

WYROK
z dnia 14 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2014 r. przez Odwołującego – ROLLSTICK-TORUŃ sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100), przy ul. Wschodniej 34 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Obrowo, Al. Lipowa 27, 87-126 Obrowo

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa Kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Głogowo, Brzozówka, Szembekowo – Etap II ciąg dalszy oraz Etap III”;
- 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego – ROLLSTICK-TORUŃ sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100), przy ul. Wschodniej 34;
- 1.3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego – ROLLSTICK-TORUŃ sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100), przy ul. Wschodniej 34;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Obrowo, Al. Lipowa 27, 87-126 Obrowo, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – ROLLSTICK-TORUŃ sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100), przy ul. Wschodniej 34, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego – Gminy Obrowo, Al. Lipowa 27, 87-126 Obrowo na rzecz Odwołującego – ROLLSTICK-TORUŃ sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100), przy ul. Wschodniej 34 kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Toruniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Obrowo, Al. Lipowa 27, 87-126 Obrowo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa Kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Głogowo, Brzozówka, Szembekowo – Etap II ciąg dalszy oraz Etap III” (znak sprawy: ROO.271.1.2014.MS), zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą PZP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 stycznia 2014 r., pod numerem 6780-2014, a ogłoszenie o zmianie ogłoszenia – w dniu 16 stycznia 2014 r. (nr w BZP: 18434-2014).

W dniu 24 lutego 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach Postępowania. W zawiadomieniu zawarta była informacja o odrzuceniu ofert dwóch wykonawców – ROLLSTICK-TORUŃ sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100), przy ul. Wschodniej 34 (oferta nr 9) i S..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Instalacji Sanitarnych i C.O. Budownictwo Ogólne St..... B.....”, ul. Dolna 12, 87-800 Włocławek (oferta nr 11) z uwagi na fakt, że ich treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP. Zamawiający stwierdził, że „[...]Proponowane przez Wykonawców urządzenia i pompy do zamontowania w przepompowniach przydomowych i sieciowych nie spełniają warunków określonych w SIWZ i w STWiOR (specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót – przyp. Izby). Opisy przedstawionych przez Wykonawców pomp i przepompowni nie stanowią żadnej podstawy do wyczerpującej analizy technicznej zgodności tych pomp i przepompowni z wymaganiami zawartymi w SIWZ, STWiOR oraz rysunkami przepompowni udostępnionymi na etapie postępowania przetargowego.[...]” (pismo pn.: „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania” z dnia 24 lutego 2014 r., zwane dalej „Zawiadomieniem”).

Zamawiający wskazał ponadto, cytat: „[...]Cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i w chwili obecnej zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.[...]” (*ibidem*), oraz że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W dniu 28 lutego 2014 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy ROLLSTICK-TORUŃ sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (87-100), przy ul. Wschodniej 34 (dalej: „Odwołujący”).

W treści odwołania sformułowano następujące zarzuty:

1. dokonanie przez Zamawiającego niezgodnej z przepisami Ustawy PZP czynności w Postępowaniu, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP, z uzasadnieniem, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ z przyczyn wskazanych w Zawiadomieniu,
2. dokonanie przez Zamawiającego niezgodnej z przepisami Ustawy PZP czynności w Postępowaniu, polegającej na jego unieważnieniu z przyczyn wskazanych w Zawiadomieniu,
3. zaniechanie przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu, tj. oferty Odwołującego,

tj. naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Ustawy PZP.

W świetle tak sformułowanych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu:
 - 2.1. unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania,
 - 2.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP,
 - 2.3. powtórzenie oceny oferty Odwołującego jako nie podlegającej odrzuceniu i najkorzystniejszej;
 - 2.4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, zgodnie z art. 91 ust. 1 Ustawy PZP,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, opłaty skarbowej od dokumentu pełnomocnictwa i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Odwołujący argumentował, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku na skutek odrzucenia przez Zamawiającego złożonej przez niego oferty. Podkreślił, że po odrzuceniu oferty nr 11, złożonej przez S..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Instalacji Sanitarnych i C.O. Budownictwo Ogólne S..... B.....”, ul. Dolna 12, 87-800 Włocławek, oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle obowiązujących w Postępowaniu kryteriów oceny ofert, a zatem – w przypadku uwzględnienia odwołania – winna zostać przez Zamawiającego wybrana.

Na uzasadnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP Odwołujący podał, że jego oferta złożona została według wzoru wymaganego przez Zamawiającego, a nadto, że – zgodnie z treścią pkt 2.2 formularza oferty – oświadczył m.in., że zapoznał się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia, nie wnosi do niej żadnych zastrzeżeń i gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ. Zakwestionował nie tylko wskazaną powyżej podstawę prawną odrzucenia jego oferty, ale również uzasadnienie faktyczne. W tym zakresie Odwołujący stwierdził, że bardzo ogólnikowe twierdzenia Zamawiającego nie mają potwierdzenia w dokumentacji przetargowej, a nadto, że Zamawiający swojego twierdzenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ nie odniósł do żadnego jej konkretnego zapisu.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców podawania i opisywania w ofertach rozwiązań technicznych i materiałów, jakie zamierzają oni zastosować w trakcie wykonywania zamówienia, podobnie jak nie wymagał, aby oferta zawierała wskazanie proponowanych do zamontowania urządzeń i pomp, czy wreszcie – przedłożenia dokumentów potwierdzających ich zgodność z wymogami SIWZ. Zdaniem Odwołującego także w uproszczonym kosztorysie ofertowym nie wymagano określania i dokładnego oznaczania zastosowanych urządzeń i materiałów. Kosztorys Odwołującego został sporządzony zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zaznaczono przy tym, że Zamawiający, w pkt 7.4. L.p. 5 SIWZ, wskazał, że kosztorys ofertowy, z uwagi na formę wynagrodzenia ryczałtowego, nie będzie podlegać ocenie.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wskazał dlaczego proponowane przez niego – w pismach wyjaśniających z dnia 11 i 14 lutego 2014 r., złożonych w odpowiedzi na pisemne żądania Zamawiającego z dnia 10 i 13 lutego 2014 r. – urządzenia i pompy do zamontowania w przepompowniach przydomowych i sieciowych nie spełniają warunków określonych w SIWZ i STWiOR, a opisy przedstawionych przez Odwołującego pomp i przepompowni nie stanowią żadnej podstawy do wyczerpującej analizy technicznej

zgodności tych pomp i przepompowni z wymaganiami zawartymi w SIWZ i STWiOR oraz z rysunkami przepompowni udostępnionymi na etapie Postępowania. Stanowisko Zamawiającego odnośnie urządzeń i pomp do zamontowania w przepompowniach sieciowych jest dla Odwołującego zupełnie niezrozumiałe tym bardziej, że Zamawiający nigdy o tą kwestię Odwołującego nie pytał, a sam Odwołujący nie zabierał w tym przedmiocie głosu.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, że w ogóle nie powinien był żądać ww. wyjaśnień, bowiem wymagał jedynie podania w ofercie ceny oraz zaciągnięcia ogólnego zobowiązania do wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ. Odwołujący stwierdził, że skoro takową deklarację złożył, to nie musiał wskazać w ofercie konkretnych urządzeń, przepompowni, czy pomp. Pomimo tego, że Odwołujący nie miał takiego obowiązku, to złożył wyjaśnienia, czym udowodnił, że jest podmiotem profesjonalnym, a jego oferta gwarantuje realizację zamówienia zgodnie z SIWZ.

Odwołujący przytoczył następnie postanowienia pkt 4.1 SIWZ dotyczące zakresu rzeczowego przedmiotowej inwestycji (str. 5-6 odwołania), na który składały się:

1. Etap II – ciąg dalszy:

a) kanalizacja sanitarna grawitacyjna:

- studnie systemowe z PCV fi 425mm – 92 szt.,
- przyłącza z rur PCV fi 150mm – 1780 mb,
- sieć grawitacyjna z rur PCV fi 200mm – 6981 mb,

b) kanalizacja ciśnieniowa:

- przepompownie sieciowe – 4 szt.,
- przepompownie przydomowe – 133 szt.,
- sieć ciśnieniowa z rur fi 63 mm – 3357 mb, w tym przyłącza – 1064 mb,
- sieć ciśnieniowa fi 90 mm – 1182 mb,
- sieć ciśnieniowa fi 110 mm – 1557 mb.

2. Etap II wg. projektu zamiennego:

a) kanalizacja sanitarna grawitacyjna:

- studnie systemowe z PCV z rur PCV fi 425mm – 84 szt.,
- przyłącza z rur PCV fi 160 mm – 571 mb,
- sieć grawitacyjna z rur PCV fi 200 mm – 1170 mb,

b) kanalizacja ciśnieniowa:

- przepompownie przydomowe – 89 szt.,
- sieć ciśnieniowa fi 63 mm – 1181 mb,

- sieć ciśnieniowa fi 90 mm – 804 mb.

3. Etap III:

a) kanalizacja sanitarna grawitacyjna:

- studnie systemowe z PCV z rur PCV fi 425mm – 39 szt.,
- przyłącza z rur PCV fi 160 mm – 389 mb,
- sieć grawitacyjna z rur PCV fi 200 mm – 1810 mb,

b) kanalizacja ciśnieniowa:

- przepompownie sieciowe – 2 szt. (nr 12 i 13),
- sieć ciśnieniowa fi 110 mm – 1095 mb,
- sieć ciśnieniowa fi 90 mm – 720 mb.

Odwołujący oparł się również na pkt 4.2 SIWZ dotyczącym dokumentacji, w której określony został zakres robót, a nadto na pkt 4.3 SIWZ, zgodnie z którym „[...]Do wykonania zamówienia Wykonawca zobowiązany jest użyć materiałów gwarantujących odpowiednią jakość, o parametrach technicznych i jakościowych odpowiadających właściwościom materiałów przyjętych w projekcie. Jednocześnie użyte w dokumentacji projektowej nazwy materiałów i urządzeń oraz ich pochodzenie nie są obowiązujące i należy je traktować, jako propozycje projektanta. Wykonawca może zastosować materiały i urządzenia równoważne o parametrach techniczno-użytkowych odpowiadających co najmniej parametrom materiałów i urządzeń zaproponowanych w projektach.[...]”. W swoim wywodzie powołał także pkt 4.3.1 i 4.3.2 SIWZ, w których określono wymagania, jakie powinny spełniać przydomowe i sieciowe oczyszczalnie ścieków.

Nadto Odwołujący wskazał, że w pkt 4.8 SIWZ określono warunki rozliczenia z wykonawcą, zgodnie z którymi podstawą ustalenia wynagrodzenia (ceny brutto oferty) będzie kosztorys ofertowy opracowany metodą uproszczoną na podstawie dokumentacji projektowej, wytycznych i zaleceń określonych w SIWZ i STWiOR. Jednocześnie znalazło się tam stwierdzenie, że „[...]Wykonawca bierze na siebie odpowiedzialność za przekroczone koszty związane z wykonaniem prac będących przedmiotem niniejszego zamówienia.[...]”.

Odwołujący podkreślił, że wymagania dotyczące materiałów, sprzętu, transportu, ogólne zasady wykonania robót, określenie robót przygotowawczych, robót montażowych, dokładna charakterystyka sieciowych przepompowni ścieków , w tym charakterystyka pompy wirowej z wirnikiem jednokanałowym, dane techniczne pompy, zestawienia materiałów każdej przepompowni sieciowej PS, rozdzielnia sterowania pomp,

wytyczne odnośnie wyposażenia i możliwości modułu telemetrycznego GSM/GPRS, charakterystyka przydomowych przepompowni ścieków, charakterystyka pompy wirowej z rozdrabniaczem, dane techniczne, opis sterownicy pompowni przydomowej z wyposażeniem oraz szczegółowe parametry doboru przepompowni ścieków zawiera „Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót dotycząca kanalizacji sanitarnej tłocznej z przepompowniami, w miejscowościach Głogowo-Brzozówka-Szembekowo c. d. Etapu II i Etapu III”, stanowiąca Załącznik nr 4 do SIWZ.

Zamawiający doprecyzował i wyjaśnił ww. wymagania w odpowiedziach na pytania zawarte w pismach z dnia 20 stycznia 2014 r. (znak pisma: ROO.271.1.1.2014.MS – część I, 22 stycznia 2014 r. (znak pisma: ROO.271.1.2.2014.MS – część II) i 28 stycznia 2014 r. (znak pisma: ROO.271.1.3.2014 MS – część III).

Dalej Odwołujący podał, że pismem z dnia 10 lutego 2014 r. (znak pisma: ROO.271.1.5.2.2014.MS) Zamawiający – na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 Ustawy PZP – zwrócił się do niego o wyjaśnienie treści dokumentów, wskazując, że „[...]Wykonawca w kosztorysie ofertowym w poz. 375 dział 2.6 o nazwie „Montaż i rozruch przepompowni przydomowych” wskazał cenę jednostkową kpl. 7.389,20 zł – prosimy o wyjaśnienie, jakie są koszty montażu jednej pompy i ile kosztuje pompa. Ponadto proszę podać parametry proponowanych pomp i ile kosztuje pompa. Ponadto proszę podać parametry proponowanych pomp przepompowni przydomowych wraz z nazwą producenta. Pompy przepompowni przydomowych muszą spełniać parametry określone w STWiOR oraz SIWZ.[...]”.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający – w świetle przytoczonych wcześniej zapisów pkt 4.8 i 7.4 L.p. 5 SIWZ – nie miał prawa zadawać powyższych pytań, podobnie jak żądać parametrów proponowanych pomp przepompowni przydomowych wraz z nazwą producenta, ponieważ – jak sam stwierdził w zacytowanej powyżej korespondencji – pompy przepompowni przydomowych muszą spełniać parametry określone w STWiOR oraz SIWZ.

Pomimo takiej argumentacji Odwołującego udzielił on, jak sam przyznał „[...]wyczerpującej odpowiedzi na konkretnie zadane pytania[...]” (odwołanie, str. 8).

I tak – pismem z dnia 11 lutego 2014 r. (znak pisma: TR-11/02/14) Odwołujący poinformował Zamawiającego, że opracowując ofertę w oparciu o SIWZ i dokumentację

projektową uwzględnił również wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w odpowiedziach na pytania wykonawców wraz z przekazaną informacją, że na polskim rynku występuje co najmniej 3 dostawców spełniających omówione w SIWZ wymagania techniczne. Odwołujący na tej podstawie zakwalifikował, jako spełniające wymagania Zamawiającego, 3 modele przepompowni przydomowych:

1. Przepompownię przydomową z pompą FZR.1 produkcji Hydro Vacuum Grudziądz montowaną na etapie II zadania Brzozówka-Głogowo, o parametrach znanych Zamawiającemu.

2. Przepompownię przydomową z pompą MP3068.890HT/214 produkcji Flygt, o następującej charakterystyce:
 - wydajność: $Q = 4,6$ l/s,
 - wysokość podnoszenia $H = 23,5$ m,
 - moc: $P_2 = 1,7$ kW,
 - prąd/napięcie: trójfazowy/400 V,
 - wykonanie antyeksplodyjne,
 - rozdrabniacz usytuowany na zewnątrz pompy,
 - nóż i płyta rozdrabniająca wykonane ze stali nierdzewnej hartowanej,
 - możliwość regulacji szczeliny pomiędzy nożem a płytą tnącą,
 - dopuszczalny suchobieg,
 - funkcja mieszadła ścieków,
 - komora olejowa,
 - kabel zasilający zabezpieczony przed dostaniem się wilgoci do komory silnika.Według oświadczenia znanego na polskim rynku dostawcy „[...]ofertowa pompa jest, co najmniej równoważna a nawet lepsza od określonych w specyfikacji[...]”.

3. Przepompownię przydomową typ PES-Z-1 x PWIR z pompą nowej generacji WIR-R15 Ex produkcji Inwap Brzeg, o następującej charakterystyce:
 - wydajność pompy: $Q = 5$ l/s,
 - wysokość podnoszenia: 30 m,
 - moc silnika: 1,5 kW,
 - napięcie: 400 V,
 - silnik klasy F wyposażony w zabezpieczenie przed przeciążeniem i przegrzaniem wykonany w wersji przeciwwybuchowej Ex.Według oświadczenia dostawcy ofertowa przepompownia jest w 100 %

z wytycznymi zawartymi w SIWZ oraz STWiOR, jak również zgodna z odpowiedziami Zamawiającego na udzielone zapytania.

W piśmie z dnia 11 lutego 2014 r. Odwołujący wyjaśnił również, że:

1. oferty producentów i dostawców nie zawierają rozbicia na poszczególne części przepompowni i ich montaż,
2. montaż pompy w zbiorniku przepompowni nie stanowi istotnego i porównywanego kosztu,
3. nie jest w stanie podać ceny samej pompy, bowiem stanowi ona element przepompowni ścieków i nie jest w większości ofert wyodrębniana,
4. podana przez niego cena jednostkowa w wysokości 7 389,20 zł zawiera koszt dostawy i montażu kompletnej przepompowni przydomowej,
5. w przypadku wyboru jego oferty wyraża zgodę na wybór jednej z typowanych przez niego przepompowni w uzgodnieniu z Zamawiającym, uwzględniając jednorodność urządzeń, koszty eksploatacyjne, dostępność serwisu itp.

Następnie, pismem z dnia 13 lutego 2014 r. (znak pisma: R00.271.1.5.3.2014.MS) Zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 4 Ustawy PZP, ponownie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści dokumentów wymaganych w Postępowaniu wskazując, że „[...]Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia zapisów w kosztorysie ofertowym z dnia 10.02.2014r. oczekiwał od Wykonawcy wyczerpującej odpowiedzi dot. pomp i producentów, które muszą spełniać parametry określone w STWiOR i w SIWZ. Z dostarczonych w dniu 12.02.2014r. informacji wynika, że urządzenia i pompy proponowane do zamontowania przez Państwa Firmę nie spełniają warunków SIWZ i STWiOR, dlatego też Zamawiający nie może ich zaakceptować. Jednocześnie przypominam, że w STWiOR w pkt. 5.4. Zamawiający określił m.in., „że wszelkie odstępstwa od decyzji (w tym proponowanie innych niż wymienione w dokumentacji technicznej pomp, armatur, itp.) muszą być poprzedzone obliczeniami wraz ze szczegółowymi rysunkami technicznymi uzgodnionymi przez Inwestora w formie pisemnej i dołączonymi do oferty przetargowej, (...) Zgodę należy dołączyć do oferty przetargowej, przepompownie ścieków należy wykonać, jako kompletne, w pełni zautomatyzowane, kompaktowe urządzenia. W związku z powyższym wzywa się Wykonawcę do ponownego przedłożenia dokumentów potwierdzających zgodność proponowanych do zamontowania urządzeń i pomp, zgodnie ze SIWZ i STWiOR.[...]”.

Odwołujący złożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia w piśmie z dnia 14 lutego

2014 r. oraz potwierdzenia zgodności proponowanej przepompowni z pompą produkcji FLYGT wskazanej w SIWZ i STWiOR. Załączył także stosowne oświadczenia pochodzące od przedsiębiorcy J..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B.K.D. Termo-bis J..... K..... oraz Xylem Water Solutions Polska sp. z o.o. będącej przedstawicielem handlowym producenta pomp Flygt o zgodności produktu ze specyfikacją przetargową.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że rozszerza treść wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 11 lutego 2014 r. (znak pisma: TR-11/02/14) i:

1. zaproponował – po wnikliwej analizie otrzymanych ofert znanych i sprawdzonych producentów oraz firm specjalizujących się w montażu przepompowni, mając na uwadze opinie techniczne, doświadczenia oraz koszty eksploatacyjne – przepompownie przydomowe z pompami MP.3068.890HT/214 produkcji Flygt,
2. potwierdził spełnianie przez ww. urządzenie warunków SIWZ oraz STWiOR przedstawiając część techniczną oferty firmy B.K.D Termo-bis J..... K..... zawierającą:
 - parametry pracy oferowanej przepompowni,
 - charakterystykę zbiornika, w tym wyposażenie przepompowni z materiałów odpornych na korozję,
 - charakterystykę pompy i jej dane techniczne,
 - opis sterownicy pompowni przydomowych z wyposażeniem.
3. załączył szczegółowe rysunki, opisy, specyfikacje techniczne, charakterystyki z wykresami, tj:
 - rysunek techniczny przydomowej przepompowni ścieków dn. 800 mm HD PE 800-S wraz z produktem połączonych technologii,
 - szczegółową informację o produkcie „Pompa z rozdrabniaczem Flygt MH/MP 3068”, zawierającą: część opisową, specyfikację techniczną, charakterystyki – wykresy pracy pompy-motoru, rysunki wymiarowe i konstrukcyjne,
 - opis produktu – pompy M zawierający informacje o: zastosowaniu, oznaczeniu, limitach zastosowań, danych silnika, kablach, wyposażeniu monitorującym określającym materiały, wykończeniu powierzchni, opcjach, akcesoriach, danych silnika wraz z charakterystyką pracy 3068.170/.890.

W konsekwencji Odwołujący doszedł do wniosku, że – jak uprzednio wskazano - Zamawiający nie miał podstaw prawnych i faktycznych do odrzucenia jego oferty.

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia jego oferty mogło – zdaniem Odwołującego – świadczyć ewentualnie o niezgodności wyjaśnień z treścią SIWZ, nie mogło natomiast w tym przypadku odnosić się do treści oferty, z uwagi na fakt, że wyjaśnienia wykonawcy, składane w jakimkolwiek trybie, nie mogą – w myśl art. 87 ust. 1 Ustawy PZP – zmienić jasnej, wyrażonej na piśmie i zgodnie z SIWZ, treści oferty. Wskazane przyczyny odrzucenia oferty nie odnoszą się, w ocenie Odwołującego, do niezgodności treści złożonej oferty z SIWZ, a usiłują wykazać niezgodność jego planów co do sposobu wykonania zamówienia, przedstawionych Zamawiającemu w odpowiedzi na jego zapytania.

Odwołujący, w końcowej części odwołania, uzasadnił również zarzut naruszenia przepisu art. 7 Ustawy PZP stwierdzając, że Zamawiający nie zapewnił – na etapie oceny dokumentów bezstronności i obiektywizmu, o których mowa w ust. 2 powołanej regulacji, a nadto nie udzielił zamówienia Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Ustawy PZP, bowiem nie miał podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, którego to właśnie ofertę winien wybrać jako najkorzystniejszą po odrzuceniu oferty nr 11 złożonej przez S..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Instalacji Sanitarnych i C.O. Budownictwo Ogólne S..... B.....”, ul. Dolna 12, 87-800 Włocławek.

W złożonej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że przedmiotem sporu jest zgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie urządzeń i pomp do zamontowania w przepompowniach przydomowych i sieciowych, które – w jego ocenie – nie spełniają wymagań zawartych w SIWZ i STWiOR. Podkreślił przy tym, że twierdzenia Odwołującego o rzekomym braku wymogu zawarcia w ofercie informacji o proponowanych do zamontowania urządzeń i pomp, czy przedłożenia dokumentów potwierdzających ich zgodność ze wspomnianymi wymogami są nieprawdziwe, co najmniej w zakresie drugiego z nich.

Jako uzasadnienie tak postawionego wniosku przywołał zapis ze str. 13 STWiOR, zgodnie z którym „[...]Wszystkie roboty instalacyjne wykonać należy zgodnie z „Warunkami technicznymi wykonania i odbioru sieci kanalizacyjnych”. Parametry techniczne, rozwiązania konstrukcyjne, materiałowe i przepompowni ścieków powinny być zgodne z dokumentacją techniczną, wszelkie odstępstwa od dokumentacji (w tym proponowanie innych niż wymienione w dokumentacji technicznej pomp, armatury itp.) muszą być poprzedzone obliczeniami wraz ze szczegółowymi rysunkami technicznymi uzgodnionymi przez Inwestora w formie pisemnej i dołączonymi do oferty przetargowej, w przypadku proponowania innych równoważnych rozwiązań niż

wymienionych w dokumentacji projektowej Wykonawca uzyska wcześniejszą pisemną akceptację od projektanta w oparciu o zestawienie z wykazem elementów zamiennych (podać typ i producenta dla wszystkich zamiennych elementów, załączyć wymagane atesty, świadectwa, karty katalogowe oraz DTR). Zgodę należy dołączyć do oferty przetargowej, przepompownie ścieków należy wykonać, jako kompletne, w pełni zautomatyzowane, kompaktowe urządzenie[...]”. Zdaniem Zamawiającego z zapisu tego wynikała konieczność udowodnienia przez wykonawcę równoważności oferowanych rozwiązań, w sytuacji gdy będzie się on na takową równoważność powoływał, przy czym ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa – w świetle przepisu art. 30 ust. 5 Ustawy PZP – na samym wykonawcy.

Zamawiający przyznał również, że analizując kosztorysy uproszczone złożone przez Wykonawców nie oceniał ich jak założył w pkt 7.4 L.p. 5 SIWZ, „[...]ale skoro zażądał jednak w ofercie przedłożenia tego opracowania przez Wykonawców – to miało to czemuś służyć[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 2). W jego ocenie wspomniane kosztorysy uproszczone były źródłem dodatkowych informacji, w tym o kalkulacji ceny ofertowej. Analiza tego materiału (poz. nr 375, dział 2.6 pn.: „Montaż i rozruch przepompowni przydomowych”) wywołała u Zamawiającego wątpliwości, czy ze względu na bardzo niską cenę jednostkową wskazanej pozycji kosztorysu Odwołujący zaoferował rozwiązanie opisane w dokumentacji Postępowania, czy rozwiązanie równoważne, które obligowało Odwołującego do przedłożenia obliczeń, zgód, czy rysunków technicznych, zgodnie ze wspomnianym powyżej postanowieniem STWiOR.

Wobec powyższego Zamawiający wszczął procedurę wyjaśniającą w oparciu o przepis art. 26 ust. 4 Ustawy PZP (wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 10 i 13 lutego 2014 r. dotyczące przepompowni przydomowych). Ponadto, w drugim z ww. pism Zamawiający – pomimo braku powołania stosownej podstawy prawnej (art. 26 ust. 3 Ustawy PZP) – zawarł żądanie przedłożenia dokumentów przedmiotowych dotyczących oferowanego przez Odwołującego rozwiązania równoważnego. Wyniki powyższych czynności utwierdziły Zamawiającego w przekonaniu, że – w zakresie montażu i rozruchu przepompowni przydomowych – Odwołujący zaoferował rozwiązanie równoważne w stosunku do opisanego w SIWZ i STWiOR. W szczególności odpowiedź Odwołującego na drugie z wezwań (pismo Odwołującego z dnia 14 lutego 2014 r.) i załączone do niej dokumenty wykazały – zdaniem Zamawiającego – że oferowane przez Odwołującego rozwiązanie równoważne nie spełnia wymagań SIWZ.

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, konieczne było odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP, z uzasadnieniem wyrażającym się stwierdzeniem zacytowanym na str. 1 niniejszego uzasadnienia.

Na rozprawie strony postępowania odwoławczego nie zmieniły swojego stanowiska, wnosząc i wywodząc jak w pismach procesowych. Zamawiający wskazał uzupełniająco, że sformułowany przez Odwołującego zarzut dotyczący braku podstaw do unieważnienia Postępowania winien zostać oddalony, gdyż dotyczy czynności, której nie ujęto w katalogu zawartym w przepisie art. 180 ust. 2 Ustawy PZP.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy PZP. Oferta złożona przez Odwołującego sklasyfikowana została, co prawda, na drugim miejscu w świetle przewidzianych w treści SIWZ kryteriów oceny ofert (cena – 100%), tym niemniej oferta wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę (oferta nr 11 złożona przez S..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Instalacji Sanitarnych i C.O. Budownictwo Ogólne S..... B.....”, ul. Dolna 12, 87-800 Włocławek) została odrzucona z tych samych powodów, co oferta Odwołującego, a wykonawca ten nie zakwestionował takiej decyzji Zamawiającego. Należy zatem zauważyć, że gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego miałby on szansę na uzyskanie zamówienia publicznego.

Przechodząc do merytorycznej oceny odwołania Izba uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie, za czym przemawiają następujące okoliczności faktyczne i argumentacja prawna.

Na wstępie wskazać należy, że nie może ulegać wątpliwości, iż – w świetle treści SIWZ, potwierdzonej dodatkowo argumentacją zawartą w odpowiedzi na odwołanie – Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia kosztorysu ofertowego jedynie w formie uproszczonej (co wynika także z odpowiedzi Zamawiającego na pytanie jednego z wykonawców do treści SIWZ, zawartej w dokumencie pn.: „Część II pytań i odpowiedzi dotyczących zamówienia publicznego pn. *Budowa Kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Głogowo, Brzozówka, Szembekowo – Etap II ciąg dalszy oraz Etap III*” z dnia 22 stycznia 2014 r., pyt. nr 4 wraz z odnośną odpowiedzią Zamawiającego, k. 633-635 dokumentacji

Postępowania, a nadto zostało przyznane przez niego w toku rozprawy – protokół z rozprawy, str. 3), nie oczekując przy tym podawania w ofercie konkretnych rozwiązań technicznych, czy też nazw producentów proponowanych do zamontowania urządzeń (okoliczność przyznana – *vide* odpowiedź na odwołanie, str. 2). Co zaś dotyczy oferowania innych niż wymienione w dokumentacji technicznej pomp oraz przedstawiania rozwiązań równoważnych, to Zamawiający – zgodnie z powoływanym przezeń zapisem pkt 5.4 STWiOR (str. 13 załącznika nr 4 do SIWZ, ostatni akapit – k. 427 dokumentacji Postępowania) – był uprawniony do żądania obliczeń, rysunków technicznych, czy pisemnej akceptacji projektanta. W takim przypadku zgodność treści oferty z treścią SIWZ oceniana miała być – w świetle twierdzeń Zamawiającego – w oparciu o katalog dokumentów wskazany w komentowanym postanowieniu STWiOR.

Osią sporu pomiędzy stronami było ustalenie, czy w świetle wskazanych powyżej zapisów SIWZ, mając również na względzie treść oferty złożonej przez Odwołującego, Zamawiający uprawniony był do uznania, że Odwołujący zaproponował w niej rozwiązania równoważne, umożliwiając tym samym Zamawiającemu żądanie przedłożenia dodatkowych dokumentów wymienionych w pkt 5.4 STWiOR, których negatywna ocena doprowadziła w konsekwencji do odrzucenia oferty Odwołującego, w oparciu o przesłankę określoną w art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP. Stąd też Izba pominęła wywody Odwołującego w części dotyczącej prawidłowego oszacowania ceny oferty i jej relacji do kwoty, jaką Zamawiający dysponował na zrealizowanie zamówienia.

Zamawiający powziął wątpliwość co do charakteru zaproponowanych przez Odwołującego rozwiązań w odniesieniu do przepompowni przydomowych, wymienionych pod pozycją nr 375, dział 2.6 pn.: „Montaż i rozruch przepompowni przydomowych” kosztorysu ofertowego załączonego do oferty Odwołującego (str. 54 kosztorysu ofertowego, w dokumentacji Postępowania). Ich podstawą była – jak to podkreślał Zamawiający zarówno w złożonej odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie – cena jednostkowa ww. urządzenia, która wydała mu się bardzo niska.

Przedstawione powyżej rozumowanie, zdaniem Izby, budzi poważne wątpliwości co do jego prawidłowości. Nie można bowiem z jednostkowej ceny urządzenia wskazanej w treści oferty wyprowadzać wniosku, że dotyczy ona rozwiązania równoważnego w stosunku do tego, które opisane zostało w treści SIWZ. Takie założenie powodowałoby, że pojęcie „rozwiązania równoważnego”, o którym mowa w przepisie art. 30 ust. 5 Ustawy PZP należałoby utożsamiać z „tańszym zamiennikiem” dla oczekiwanej przez Zamawiającego technologii (urządzenia), z czym nie sposób się zgodzić. Izba nie przesądza

przy tym, że rozwiązania równoważne nigdy nie są tańsze, niż rozwiązania „podstawowe”, opisywane w SIWZ, tym niemniej zwraca uwagę, że równoważności nie należy upatrywać wyłącznie w wysokości ceny, jak to zrobił w niniejszej sprawie Zamawiający.

Istotne jest przy tym, że Zamawiający – zarówno w złożonej odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie – podkreślał, iż jego wątpliwości potwierdziły się w efekcie przeprowadzonej z Odwołującym procedury wyjaśniającej, której ustalenia doprowadziły do odrzucenia jego oferty.

Zamawiający wskazał w powyższym zakresie na wzmiankowany wcześniej zapis STWiOR, dający mu możliwość żądania dodatkowych dokumentów, ograniczoną wszak do przypadków powoływania się przez Odwołującego na równoważność zastosowanych w ofercie rozwiązań. Argumentował również, że w takiej sytuacji to na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia, że oferowany przez niego element przedmiotu zamówienia (*ergo* – przepompownie przydomowe) spełniają wymagania określone w dokumentacji Postępowania, co wywodził z treści wspomnianego wcześniej art. 30 ust. 5 Ustawy PZP.

Izba stwierdziła jednak, że – po pierwsze – celem omawianej regulacji nie jest potwierdzanie obaw czy przypuszczeń Zamawiającego odnośnie charakteru poszczególnych technicznych aspektów oferty. Ma ona bowiem za zadanie umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowanie, czy oferowane mu rozwiązanie równoważne spełnia jego wymagania, a nie czy jest takim rozwiązaniem w ogóle. Powyższe wynika nie tylko z przepisu art. 30 ust. 5 Ustawy PZP, który w swej treści nie przewiduje badania powoływania się na rozwiązania równoważne, ale również z literalnej wykładni treści pkt 5.4 STWiOR, tj. użytych tam wyrażeń „[...]proponowanie (podkreślenie Izby) innych niż wymienione w dokumentacji technicznej pompy [...]”, czy „[...]w przypadku proponowania (podkreślenie Izby) innych równoważnych rozwiązań niż wymienionych w dokumentacji projektowej[...]” (str. 13 załącznika nr 4 do SIWZ, ostatni akapit – k. 427 dokumentacji Postępowania).

Po drugie – Izba miała na względzie, że – jak to argumentował Odwołujący i co znalazło odzwierciedlenie w treści dokumentacji Postępowania – żadne postanowienie SIWZ nie nakładało nań obowiązku podania parametrów technicznych i producentów oferowanych urządzeń, wobec czego Zamawiający ograniczył sobie możliwość stwierdzenia powoływania się przez wykonawców na rozwiązania równoważne w treściach ich ofert. Jakkolwiek wspomniane „powoływanie się” nie musi przybierać formy bezpośredniego oświadczenia wykonawcy, które wyrażałoby się stwierdzeniem, że nie zastosował on i nie wycenił w złożonej ofercie rozwiązania opisanego w SIWZ (wniosek taki mógłby płynąć

również z analizy opisanych w ofercie parametrów technicznych urządzenia, czy też chociażby z samego wskazania jego producenta i typu/modelu/numeru katalogowego), tym niemniej – w analizowanym przypadku i wobec przyjętej przez Zamawiającego konstrukcji zapisów SIWZ – pierwsza z opisanych sytuacji musiałaby w istocie mieć miejsce. Innymi słowy Izba doszła do przekonania, że stwierdzenie *ad casum* zastosowania przez Odwołującego rozwiązań równoważnych w złożonej przezeń ofercie, uprawniające Zamawiającego do zastosowania procedury opisanej w pkt 5.4 STWiOR, wymagałoby – wobec zawodności ustalania równoważności przy pomocy ceny – aktywności samego Odwołującego, który musiałby zamieścić taką informację w swojej ofercie, to zaś nie miało miejsca.

Nawet gdyby jednak przyjąć, że sama cena mogłaby świadczyć o zastosowaniu przez Odwołującego w złożonej ofercie rozwiązań równoważnych, to Izba stwierdza, że Zamawiający w żaden sposób tej okoliczności nie udowodnił. Należy bowiem zauważyć, że w treści skierowanych do Odwołującego – w trybie przepisu art. 26 ust. 4 Ustawy PZP – wezwań do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów (pisma Zamawiającego z dnia 10 i 13 lutego 2014 r., k. 853 i 865 dokumentacji Postępowania) nie powołano się wprost na okoliczność, że cena jednostkowa pompy przydomowej jest niska. W pierwszym z nich Zamawiający przywołał wskazaną w formularzu ofertowym cenę urządzenia i wezwał do wyjaśnienia, jakie jest jednostkowy koszt montażu pompy i ile kosztuje jeden egzemplarz oraz do podania parametrów proponowanych pomp przepompowni przydomowych wraz z nazwą producenta. W kolejnej korespondencji znalazło się natomiast sformułowanie „[...]wzywa się Wykonawcę do ponownego przedłożenia dokumentów (mimo iż wcześniej Zamawiający żadnych dokumentów na podane okoliczności nie żądał – przyp. Izby) potwierdzających zgodność proponowanych do zamontowania urządzeń i pomp, zgodnie ze SIWZ i STWiOR[...]”, z przytoczeniem fragmentu treści pkt 5.4 STWiOR. Dopiero w treści odpowiedzi na odwołanie znalazło się stwierdzenie pozwalające ustalić przyczynę dwukrotnego wzywania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonych w Postępowaniu dokumentów, wyrażającą się stwierdzeniem, że „[...]Zamawiający powziął wątpliwość analizując cenę jednostkową w pozycji nr 375, dział 2.6 (...) która była bardzo niska[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 2), bez przytoczenia jednak konkretnych wyliczeń prowadzących do wniosku o bardzo niskiej cenie tej pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego.

Należy również podkreślić – abstrahując nawet od faktu, że w treści ww. korespondencji winno znaleźć się, w ocenie Izby, przytoczenie podstaw wątpliwości (niejasności), do których wyjaśnienia wzywa się Odwołującego (taki bowiem jest sens

omawianej regulacji Ustawy PZP) – to wątpliwa jest powołana przez Zamawiającego podstawa prawna podjętych czynności. Z przepisu art. 26 ust. 4 Ustawy PZP wynika bowiem, że wyjaśnienia dotyczyć mogą dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy PZP, zaś sam kosztorys ofertowy, o którego wyjaśnienie wezwano *de facto* Odwołującego, nie jest ani dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ani też dokumentem złożonym na okoliczność, że oferowane przez Odwołującego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Mimo iż katalog tych ostatnich ma charakter otwarty (argument z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Dz.U.2013.231), to ze względu na uproszczoną formę kosztorysu nie sposób byłoby na jego podstawie ustalić okoliczności, na potwierdzenie których składane są dokumenty przedmiotowe.

Znamienna jest także okoliczność, że Zamawiający – stwierdzając, że Odwołujący zaoferował w poz. 375, dział 2.6 pn.: „Montaż i rozruch przepompowni przydomowych” rozwiązania równoważne do opisanych w SIWZ pominął inne pozycje kosztorysu ofertowego, które również dotyczyły przepompowni przydomowych (przykładowo – poz. 55, dział 1.1.3.3, poz. 94, dział 1.2.2.3, poz. 146, dział 1.3.3.3, poz. 205, dział 1.4.3.3, poz. 233, dział 1.5.3 kosztorysu ofertowego, odpowiednio str. 9, 15, 23, 31 i 34 kosztorysu ofertowego, w dokumentacji Postępowania) i w których Odwołujący wskazał ceny tożsame z ceną zakwestionowaną przez Zamawiającego. Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił logiki swoich poczynań, co dodatkowo wzbudza wątpliwości odnośnie ich prawidłowości.

Reasumując, Izba nie kwestionuje, że – jak to stwierdził sam Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie – „[...]kosztorys stanowił (...) źródło dodatkowych informacji[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 2) i o ile można było na jego podstawie ustalić ogólny zakres robót budowlanych, ich ilość, czy cenę, tym niemniej nie mógł on stanowić podstawy do przyjęcia niejako *a priori* i przy pomocy niezdatnego do takiego ustalenia kryterium (cena), że Odwołujący zastosował w przepompowniach przydomowych pompy równoważne do opisanych w SIWZ.

Powyższe nie stoi w sprzeczności ze stwierdzeniem zawartym w pkt 7.4 L.p. 5 SIWZ, zgodnie z którym kosztorys ofertowy, z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, nie miał podlegać ocenie w ogóle, aczkolwiek Izba nie akceptuje stanowiska, że kosztorys ów nie był przez Zamawiającego traktowany zgodnie z pierwotnym założeniem, co zostało uzasadnione przytoczonym wcześniej stwierdzeniem, że „[...]skoro (Zamawiający –

przyj. Izby) zażądał jednak w ofercie przedłożenia tego opracowania przez Wykonawców – to miało to czemuś służyć[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 2). Powodem jest nie tylko omówiona wcześniej kwestia braku możliwości ustalenia zastosowania rozwiązań równoważnych za pomocą ceny, ale także okoliczność, że Zamawiający nie może w sposób dowolny dostosowywać niebudzących wątpliwości interpretacyjnych zapisów SIWZ do swoich doraźnych potrzeb. Nie wymaga bowiem szerszego komentarza stwierdzenie, że skoro jest on gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie tylko odpowiada za jego prawidłowe przygotowanie, w tym opracowanie SIWZ i innej niezbędnej dokumentacji, ale również za stosowanie się do przyjętej przez siebie treści tego dokumentu, co stanowi jedną z gwarancji nienaruszalności zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP.

W odniesieniu do samego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Izba podziela jego pogląd, że – po pierwsze – przytoczenie przyczyn takiej decyzji ograniczono do lakonicznego stwierdzenia o braku podstaw do wyczerpującej analizy technicznej zgodności rozwiązań zastosowanych w ofercie z wymaganiami Zamawiającego, po drugie zaś, że nie zawierało ono wskazania na konkretne niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, uzasadniające zastosowanie przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP.

Izba stwierdziła przy tym, że w przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji znajduje się dokument (bez daty) pn.: „Tabela porównawcza parametrów oferowanych przez firmę Rollstick przepompowni przydomowych z wymogami SIWZ/STWiOR” (k. 1103-1105 dokumentacji Postępowania), który został następnie załączony do odpowiedzi na odwołanie. Zawiera on zestawienie przewidzianych przez Zamawiającego wymogów dotyczących przepompowni przydomowych z parametrami wynikającymi z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w trakcie postępowania wyjaśniającego, którego podstawy przeprowadzenia wzbudziły – jak wskazano – wątpliwości Izby. W świetle powyższych okoliczności ubocznie (jako, że nie było to przedmiotem odwołania wniesionego w niniejszej sprawie) można stwierdzić, że Odwołujący winien dowiedzieć się o podstawach faktycznych i prawnych odrzucenia jego oferty z treści Zawiadomienia, jak to przewiduje przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP. Jakiegokolwiek późniejsze uzupełnianie przesłanek odrzucenia oferty, chociażby o wspomniane podstawy faktyczne (przyczyny niezgodności treści oferty z treścią SIWZ) należy uznać za niedopuszczalne. Zwrócić uwagę należy również, że treść wspomnianego uzasadnienia faktycznego odnosi się również do niezgodności z wymaganiami SIWZ odnośnie pomp sieciowych, tym niemniej – jak na to wskazywał Odwołujący – Izba nie doszukała się w dokumentacji Postępowania korespondencji dotyczącej tego elementu treści jego oferty.

Izba sygnalizuje przy tym, że samo istnienie omówionej powyżej tabeli przeczy również twierdzeniu zawartemu w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego. Skoro bowiem możliwe było stworzenie wykazu niezgodności oferowanego przez niego rozwiązania z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego, to brak jest logiki w zawartym w Zawiadomieniu stwierdzeniu „[...]Opisy przedstawionych przez Wykonawców pomp i przepompowni nie stanowią żadnej podstawy do wyczerpującej analizy technicznej zgodności tych pomp i przepompowni z wymaganiami zawartymi w SIWZ, STWiOR oraz rysunkami przepompowni udostępnionymi na etapie postępowania przetargowego.[...]” (k. 1055 dokumentacji Postępowania), skoro analiza taka (co prawda z wynikiem negatywnym) powstała.

Suma powyższych okoliczności spowodowała, że uzasadnione stało się, w ocenie Izby, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania powtórnego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, czemu Izba dała wyraz w pkt 1.2 i 1.3 sentencji orzeczenia. Izba nie przesądza o zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, tym niemniej stoi na stanowisku, że jej odrzucenie w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym, z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, było co najmniej przedwcześnie. Zamawiający powinien zatem przeanalizować, czy w świetle treści oferty Odwołującego, mając jednocześnie na uwadze zapisy SIWZ, istnieje konieczność wyjaśniania z Odwołującym, czy zaoferował on rozwiązania równoważne w stosunku do oczekiwanych przez Zamawiającego, a dopiero potem – w następstwie poczynionych ustaleń – dokonanie ewentualnego wezwania do przedłożenia dokumentów, o których mowa w pkt 5.4 STWiOR. Jednocześnie Zamawiający powinien rozważyć, czy na etapie ponownego badania i oceny ofert brać pod uwagę wyniki przeprowadzonego uprzednio postępowania wyjaśniającego, z uwagi na przedstawione powyżej wątpliwości. Co zaś dotyczy Odwołującego, to winien mieć on świadomość, że – wbrew argumentacji zawartej w uzasadnieniu odwołania i podtrzymanej na rozprawie – wszelkie wyjaśnienia treści oferty, choć nie stanowią oferty *sensu stricto*, to powinny być brane pod uwagę przez Zamawiającego na etapie badania i oceny oferty. Nie ma bowiem podstaw do sztucznego oddzielania samej treści oferty od wyjaśnień, które treść ową tłumaczą (objaśniają).

W konsekwencji powyższego rozstrzygnięcia konieczne stało się również nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania (*vide* pkt 1.1 sentencji orzeczenia). Nie sposób przy tym przychylić się do zdania Zamawiającego, że sformułowany w tym zakresie przez Odwołującego zarzut podlega oddaleniu tylko na tej podstawie, że nie zawiera się w katalogu czynności zaskarżalnych w drodze odwołania

w postępowaniach, których wartość nie przekracza tzw. progów unijnych. Co prawda regulujący omawianą kwestię przepis art. 180 ust. 2 Ustawy PZP nie wskazuje na możliwość zaskarżenia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym niemniej trzeba mieć na względzie, że w niniejszej sprawie wspomniana czynność stanowiła następstwo odrzucenia dwóch ofert z najniższą ceną, w tym oferty Odwołującego. Przyjęcie zapatrywania Zamawiającego pozbawiłoby w istocie Odwołującego możliwości kwestionowania niekorzystnego dlań rozstrzygnięcia Postępowania, podczas gdy – gdyby nie odrzucono jego oferty i nie unieważniono Postępowania, w którym została ona złożona – mógłby on liczyć na uzyskanie zamówienia.

Z przytoczonych powyżej względów Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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.2010.41.238). Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego do wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

Przewodniczący: