

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 6 sierpnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

wobec cofnięcia w dniu **6 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2014 r.

przez wykonawcę: **M..... sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („czerwona książka”) obejmujących przebudowę – modernizację komunalnej oczyszczalni ścieków w Kraśniku* (nr postępowania 2/ZP/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Kraśnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

**A. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, CADAGUA SA z siedzibą w Bilbao (Hiszpania)**

**B. Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie**

**postanawia:**

**1. Umarza postępowanie odwoławcze.**

**2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – M..... sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku kwoty 18000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Kraśnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwanej również „ustawą pzp”, „pzp”, „Pzp” lub „PZP”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („czerwona książka”) obejmujących przebudowę – modernizację komunalnej oczyszczalni ścieków w Kraśniku* (nr postępowania 2/ZP/2014). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S\_058-096523 z 22 marca 2014 r., z tym, że 17 marca 2014 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, 24 marca 2014 r. zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń, a 22 marca 2014 r. na swojej stronie internetowej ([www.kpwik.krasnik.pl](http://www.kpwik.krasnik.pl)), na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej zwaną również w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”}. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 35.284.936,20 zł, co stanowi równowartość 8.351.661,86 euro.

15 lipca 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – M..... sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku – zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego.

25 lipca 2014 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – M..... sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku {spółka dalej zwana również w skrócie „M.....”} – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty oraz od wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów prawa.
2. Art. 87 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo tego, że oferta ta budziła wątpliwości Zamawiającego, które doprowadziły go do błędnej decyzji o odrzuceniu oferty.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez niesłuszne stwierdzenie, że treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

4. Art. 92 ust. 1 pkt 2 – w związku z brakiem szczegółowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.
5. *oraz innych przepisów wymienionych w treści niniejszego odwołania.*

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia decyzji z 15 lipca 2014 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia decyzji z 15 lipca 2014 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego.
3. Przeprowadzenia ponownej oceny i badania złożonych ofert, w tym czynności oceny oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie zgodności z SIWZ w oparciu o postanowienia SIWZ i dokonanych modyfikacji.
4. Wybrania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty wyjaśnił, że M.....zapropozował suszarnię firmy Stela, stwierdzając, że instalacja ta stanowi tylko przykładowe rozwiązanie i może zostać zmieniona w trakcie składania wniosków materiałowych na inne urządzenie produkowane przez firmy Haarslev lub Andritz. Ponadto Zamawiający stwierdził, że zaproponowana technologia nie jest zgodna z SIWZ.

Powyższą czynność poprzedziło pismo z 1 lipca 2014 r., w którym Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 90 ust. 1 pzp – do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów jego oferty mających wpływ na wysokość ceny za wykonanie przedmiotowego zadania inwestycyjnego. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia niskich cen w branży technologicznej w wyszczególnionych pozycjach oraz podkreślił, że szczególną uwagę Wykonawca powinien zwrócić przy wyjaśnianiu zaoferowanej ceny dla suszarni osadu.

7 lipca 2014 r. Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia dotyczące wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego. Natomiast odnośnie suszarni osadu Wykonawca poinformował, że firma Husar BI sp. z o.o. (potencjalny podwykonawca tego zakresu robót) złożyła dodatkowe wyjaśnienia, z których wynika, że wycena dokonana przez podwykonawcę obejmuje suszarnię osadu – Stela Laxhuber GmbH o następujących parametrach pracy:

– *wydajność – na wejściu odwodniony osad ściekowy ok. 1000 kg/h na wyjściu ok. 222 kg/h przy założeniu 90% suchej masy, parowanie wody ok. 780 kg H<sub>2</sub>O/h*

– *zużycie mediów na 1 tonę wysuszonego osadu – zużycie energii elektrycznej – 0,85 kW/kg odparowanej wody. Połączone obciążenie elektryczne – 60,9 kW*

– *wymiary suszarni i biofiltra – zgodnie z rysunkiem załączonym do oferty. Jeżeli chodzi o wymiary biofiltra zostanie on dobrany przez Producenta na etapie zgłaszania wniosku*

*materiałowego zgodnie z wymaganymi parametrami wejścia i wyjścia opisanymi w załączniku nr 5 do Specyfikacji. Na tej podstawie zostanie dobrany przez Producenta suszarni biofiltr a jego wymiary zostaną zoptymalizowane do wymagań projektowych.*

Dodatkowo Odwołujący przesłał wraz z wyjaśnieniami przykładowe karty katalogowe dla suszarni taśmowych wraz z referencjami z uruchomionych urządzeń na terenie Europy dla całego typoszeregu suszarni taśmowych produkowanych przez firmę Stela. Przy czym zastrzeżono, że konstrukcja, jak i elementy suszarni będą dostosowane do wymagań opisanych w warunkach kontraktowych.

Ponadto w piśmie z wyjaśnieniami wskazano, że zarówno Wykonawca, jak i podwykonawca są w pełni świadomi wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych i technologicznych wymienionego urządzenia w związku z brakiem wymogu wykazania przyjętych w ramach oferty wykazów urządzeń.

Odwołujący zarzucił, że ponieważ Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż zaproponowana technologia nie jest zgodna z wymogami SIWZ, czynność odrzucenia jego oferty została dokonana bez istnienia podstawy faktycznej, a w konsekwencji prawnej (brak podstaw do stwierdzenia zaistnienia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp). Odwołujący dodał, że w żadnym dokumencie postępowania – czy to protokole postępowania, protokole z posiedzenia komisji przetargowej czy wreszcie informacji o odrzuceniu nie wskazano treści SIWZ, z którą jego oferta jest sprzeczna, a tym samym nie przedstawiono jakichkolwiek zarzutów.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, że czynność odrzucenia, a jednocześnie informacja o odrzuceniu jego oferty została dokonana z naruszeniem przepisów prawa, w tym art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp. Z przepisu tego wynika bowiem, że 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. {tak wyrok z 9 maja 2014 r., sygn. akt KIO 829/14} Brak uzasadnienia odrzucenia oferty co najmniej utrudnia wykonawcy podnoszenie zarzutów w celu obrony swojej oferty. W orzecznictwie Izby wskazuje się na niedopuszczalność wypełniania przez zamawiającego obowiązku, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp na etapie rozprawy, gdyż pozbawia to wykonawcę możliwości odniesienia się do podstaw odrzucenia z zachowaniem przysługującego wykonawcy terminu (na wniesienie odwołania). {tak m.in. wyrok z 14 marca 2014 r., sygn. akt KIO 394/14} *Wykonawcy bowiem mogą w odwołaniu podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności odrzucenia, które zostały im zakomunikowane przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie mogą podnosić zarzutów względem powodów odrzucenia oferty, których mogą się jedynie domyślać lub*

*które zamawiający zakomunikował im na przykład dopiero w odpowiedzi na odwołanie czy na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić.* {tak wyrok z 13 sierpnia 2013 r. , sygn. akt KIO 1845/13}. Zdaniem Odwołującego naruszenie powyższego obowiązku wskazuje na nieistnienie podstawy faktycznej, a w konsekwencji prawnej *w postaci naruszenia przez ofertę Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt.2 Pzp.*

Odwołujący podniósł, że czynność odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi wynikać wprost z postanowień SIWZ. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem jakiegokolwiek niejasności SIWZ, lub wady, które Zamawiający przeoczył na etapie jej tworzenia nie mogą negatywnie wpływać na sytuację wykonawcy. {tak wyrok z 13 marca 2013 r., sygn. akt KIO 310/14} Zamawiający tworząc SIWZ nie tylko powoduje konieczność przestrzegania jej postanowień przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, ale przede wszystkim sam jest związany jej treścią i zobowiązany do przestrzegania reguł, które ustalił.

Odwołujący podał, że w części I SIWZ – *Instrukcja dla Wykonawców* – pkt 15 *Opis sposobu przygotowania oferty* – ppkt 15.3.1 *Zawartość oferty* lit. k – Zamawiający zaznaczył, że na ofertę składa się kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przedmiaru robót stanowiącego część IV SIWZ. W poz. 6.2 *Przedmiaru robót dla branży technologicznej – Maszynownia* – w poz. 6.2 – Zamawiający wskazał, że należy wycenić *Urządzenie do suszenia osadu* w ilości 1 kpl.

Odwołujący oświadczył, że mając na uwadze powyższe złożył kompletną ofertę, zawierającą wymagane przez Zamawiającego dokumenty, a w poz. 6.2 kosztorysu ofertowego dla branży technologicznej – Maszynownia – wycenił urządzenie spełniające wymogi określone w dokumentacji technicznej na kwotę netto 3.388.000 zł.

W załączniku nr 5 do *Specyfikacji wymagań użytkownika dla wybranych urządzeń technologicznych* (część VI SIWZ) Zamawiający zamieścił *Specyfikację Techniczną na kompletną instalację do suszenia osadów*. W tym dokumencie zawarto wymogi odnośnie suszarni, a także wskazano, że *Zamawiający będzie żądał przed zatwierdzeniem suszarni dostarczenia wszelkich wyników testów zamontowanych i uruchomionych suszarni na innych obiektach o minimum takiej specyfikacji jak wymagania Zamawiającego*. W związku z tym, że przedmiotowa inwestycja będzie prowadzona według standardów Warunków Kontraktowych FIDIC, Zamawiający będzie poddawał analizie i odrębnemu zatwierdzeniu wnioski materiałowe (w tym dotyczące urządzeń) składane przez wykonawcę na etapie realizacji inwestycji.

Według Odwołującego z powyższego wynika, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców podania w ofertach szczegółowych danych dotyczących urządzenia do suszenia osadu. Natomiast pozostawił sobie możliwość weryfikacji proponowanego

urządzenia na etapie realizacji zamówienia.

Odwołujący dodał, że Zamawiający wielokrotnie podkreślał brak obowiązku załączania do oferty jakichkolwiek danych technicznych urządzeń. W wyniku zadawanych pytań na mocy Zmiany I treść SIWZ przedstawia się w szczególności następująco:

*Uwagi ogólne:*

- 1. Przed podpisaniem umowy Zamawiający będzie żądał od Wykonawcy kart katalogowych, a przed zatwierdzeniem wniosku materiałowego Zamawiający będzie żądał innych dokumentów potwierdzających spełnienie przez urządzenia wymogów cz. VI SIWZ.*
- 2. Na etapie składania ofert nie ma obowiązku załączenia do oferty wykazu obiektów z pracującymi urządzeniami.*
- 3. (...)*

Wykonawca w trakcie realizacji zamówienia, zgodnie z postanowieniami kontraktu, będzie zobowiązany przedstawić Zamawiającemu wniosek materiałowy, w którym zaproponuje konkretny model urządzenia do suszenia osadu oraz przedłoży wyniki testów zamontowanych i uruchomionych urządzeń tego typu na innych obiektach. Na podstawie powyższych informacji Zamawiający zdecyduje, czy zatwierdza proponowane urządzenie czy nie. W przypadku braku akceptacji Wykonawca będzie zobowiązany zaproponować inne urządzenie. Przy czym dostawa i montaż urządzenia nastąpi za kwotę wskazaną w Kosztorysie ofertowym Wykonawcy (6.2 Kosztorysu ofertowego dla branży technologicznej – Maszynownia), co według Odwołującego potwierdzają w pełnym zakresie wyjaśnienia udzielone przez niego w trybie art. 90 ust. 1 pzp.

Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W związku z tym, że Zamawiający zalecił, aby w wyjaśnieniach zwrócić szczególną uwagę na zaoferowaną cenę dla suszarni, Wykonawca przedstawił obszernie wyjaśnienia obrazujące proces wyceny urządzenia zaoferowanego w poz. 6.2 Przedmiaru robót dla branży technologicznej – Maszynownia, tj. urządzenia do suszenia osadu. W wyjaśnieniach Odwołujący zaznaczył, że planuje przedstawić Zamawiającemu do akceptacji na etapie realizacji inwestycji suszarnię osadu Stela Laxhuber GmbH, która posiada parametry zgodne z wymaganiami dokumentacji technicznej, a jej konstrukcja oraz poszczególne elementy będą dostosowane do wymagań opisanych w warunkach kontraktowych (procedura zatwierdzenia wniosków materiałowych przez Zamawiającego). Ponadto potwierdził Zamawiającemu, że podwykonawca, któremu zostanie zlecone wykonanie tej części zamówienia, uwzględnił w swojej ofercie możliwość wymiany urządzenia na urządzenie firmy Haarsley lub Andritz.

W ocenie Odwołującego tym samym wykazał, że kalkulując cenę w pozycji dotyczącej urządzenia do suszenia osadu, przewidział zastosowanie urządzeń takich, aby

w efekcie zapewnić optymalne rozwiązanie akceptowane przez Zamawiającego oraz zgodne z wymaganiami SIWZ.

Zamawiający uwzględnił przedstawione wyjaśnienia i zdecydował, że oferta Molewskiego nie zawiera rażąco niskiej, co poddawał analizie na mocy wezwania do wyjaśnienia ceny.

Odwołujący podniósł, że ponieważ wezwanie Zamawiającego nastąpiło w trybie art. 90 ust. 1 pzp – uwzględniając doniosły charakter wymaganych wyjaśnień – dołożył wszelkich starań, aby rozwiać wątpliwości co do rzetelności dokonanej wyceny. Złożył wyjaśnienia będąc świadomym, że skutkiem ich nieuwzględnienia przez Zamawiającego może być odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 pzp. Tymczasem Zamawiający oceniając całokształt dokumentacji złożonej przez Wykonawcę, uznał, że jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zdaniem Odwołującego z powyższych czynności Zamawiającego płyną sprzeczne wnioski, gdyż badał cenę oferty, a zatem nie miał wątpliwości co do jej treści, a tylko co do sposobu skalkulowania ceny. Jednak następnie, po uzyskaniu wyjaśnień w przywołanym trybie (art. 90 ust 1 pzp), nie stwierdził, że zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 3 pzp, tylko zdecydował o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. W ocenie Odwołującego takie postępowanie Zamawiającego było niekonsekwentne i doprowadziło do niesłusznego rozstrzygnięcia.

Jeżeli Zamawiający uznał, że wyjaśnienia Odwołującego niedostatecznie wyjaśniają wszystkie wątki w zakresie ceny, mógł zadać dodatkowe pytania. Stosownie do treści art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE, *jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne (...) Przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody. Mając na względzie użyty w art. 55 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE zwrot „konsultacje”, uznać należy, że działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia nie mogą ograniczać się do jednorazowego wezwania.* {na podstawie opinii J. E. Nowickiego wyrażonej w komentarzu do art. 90 ust. 1 ustawy pzp, stan prawny 1 stycznia 2014 r.}. Powyższe stanowisko potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z 7 kwietnia 2014 r. (sygn. akt 572/14), dodając, że: *(...) dopuszczalne jest również dodatkowe badanie poszczególnych elementów wyjaśnień, lecz nie uzupełnianie wyjaśnień.*

Dla Odwołującego niezrozumiałe jest również postępowanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty na

podstawie art. 87 ust. 1 pzp. W przypadku stwierdzenia, że treść oferty Odwołującego jest niejasna lub budzi wątpliwości, Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień treści jego oferty. Zgodnie ze stanowiskiem Izby wyrażonym w wyroku z 29 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO 1514/11): *Wbrew literalnemu brzmieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z którego można by wywodzić, iż wyjaśnienie treści oferty stanowi wyłącznie uprawnienie Zamawiającego (...) trzeba podkreślić – zgodnie z ugruntowanym i jednolitym orzecznictwem Izby – iż skorzystanie z procedury opisanej powołanym przepisem stanowi obowiązek Zamawiającego, jeśli stwierdzone niejasności mają skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Inne rozumienie komentowanego przepisu stałoby w sprzeczności z zasadą wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i prowadzić by mogło do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta nie jest najkorzystniejsza.*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający oceniając treść oferty powinien mieć na uwadze przede wszystkim jej aspekt merytoryczny. Treść SIWZ to zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. {takie stanowisko wyraziła Izba w uchwale z 5 marca 2010 r., sygn. akt KIO/KD 15/10}.

Opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu przetargowym, zgodnie z pkt 4 ppkt 4.2 IDW – został szczegółowo opisany przez Zamawiającego w: *Części II: Kontrakcie, Części III: Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Części IV: Przedmiarze Robót, Części V: Dokumentacji Projektowej, Części VI: Specyfikacji.* Natomiast w pkt 15 ppkt 15.3.1 IDW Zamawiający wskazał jakie elementy składają się na treść oferty.

Wykonawca Molewski, uwzględniając powyższe okoliczności, jako profesjonalista posiadający szerokie doświadczenie w realizacji inwestycji na rynku robót budowlanych, złożył ofertę kompletną i zgodną z wymaganiami SIWZ. Złożenie oferty miało na celu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji należyte wykonanie przedmiotowego kontraktu. W związku z tym, na etapie oceny ofert Wykonawca był zdecydowany dołożyć wszelkich starań, aby wykazać, że jego oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu. Jednakże, brak możliwości ustosunkowania się do wątpliwości Zamawiającego, które legły u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z SIWZ, uniemożliwił mu skuteczną obronę swoich racji.

W ocenie Odwołującego zastosowanie przez Zamawiającego, na podstawie art. 90



ust. 1 ustawy pzp, trybu przewidzianego dla ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, a następnie odrzucenie jej jako niezgodnej z treścią SIWZ (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp) było czynnością wadliwą, naruszającą zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w efekcie doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy pzp wyboru oferty najkorzystniejszej.

*Skoro Zamawiający musi mieć pewność, zarówno, co do podstaw uznania oferty za niepodlegającą odrzuceniu, jak i co do podstaw faktycznych odrzucenia oferty, to powinien wszelkie zaistniałe wątpliwości jednoznacznie wyjaśnić* {na podstawie wyroku Izby z 29 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1735/13}, czego w stosunku do oferty Odwołującego nie uczynił. Podkreślenia wymaga fakt, że Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada wymaganiom określonym jasno w konkretnym postanowieniu SIWZ. Jasne sprecyzowanie danych oczekiwanych na etapie ofertowania jest wyłączną troską Zamawiającego, który na późniejszym etapie postępowania nie może dokonywać badania ofert według swoich intencji nie wyrażonych w SIWZ w sposób jednoznaczny, wolny od dowolności interpretacyjnej. Odrzucenie oferty w sytuacji, gdy z SIWZ nie wynika, gdzie i na jakim etapie postępowania wykonawca zobowiązany jest przedstawić konkretne dane narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. {na podstawie wyroku Izby z 27 marca 2014 r., sygn. akt KIO 488/14}

Odwołujący podsumował, że z uwagi na przedstawione wyżej naruszenia przepisów ustawy pzp Zamawiający powinien unieważnić czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. W konsekwencji oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą i jemu powinno zostać udzielone przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 4 sierpnia 2014 r. wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób odnosząc się do zarzutów odwołania.

Zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy pzp zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści.

Dokonując oceny ofert Zamawiający badał, czy Wykonawca spełniał wymogi określone w ustawie oraz w SIWZ. W związku z faktem, że Wykonawca M..... zaoferował suszarnię, której cena była rażąco niska w stosunku do innych ofert, Zamawiający pismem z 7 lipca 2014 r. (L.Dz. 200/NI/2014) wezwał Firmę M..... do złożenia stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia przysłane przez Wykonawcę pismem

z 7 lipca 2014 r. (L.Dz. 29/07/2014) wskazują, że zaproponował on suszarnię firmy Stela, stwierdzając, że instalacja ta stanowi tylko przykładowe rozwiązanie i może zostać zmieniona w trakcie składania wniosków materiałowych na inne urządzenie produkowane przez firmy Haarslev lub Andritz. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego nie było najmniejszej wątpliwości, iż zaoferowana suszarnia jest urządzeniem niezgodnym z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ.

Zamawiający powołał się na to, że *powyższy pogląd podziela prof. dr hab. inż. M..... G.....*

Zamawiający podniósł, że procedura wyjaśniania treści złożonej oferty nie może być prowadzona w formie jakichkolwiek negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Nie jest również możliwe dokonywanie zmian w treści oferty. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp może żądać wyjaśnień, w przypadku gdy zaistnieją wątpliwości {co do} zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Wykładnia gramatyczna omawianego przepisu wskazuje jedynie na uprawnienie zamawiającego do podjęcia tego rodzaju czynności, w tym również kierunku poszła część judykatury {wyroki zespołu arbitrów z: 1 stycznia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-9/06; 29 grudnia 2006, sygn. akt UZP/ZO/0-3013/06}. Zgodnie z wyrokiem Izby z 27 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 1152/13): *jakkolwiek w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy PZP mowa jest o uprawnieniu zamawiającego, to w orzecznictwie przyjmuje się, że przepis ten kreuje dla zamawiającego obowiązek uzyskania wyjaśnień w sytuacji w której zachodzą jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty w szczególności gdy część dokumentów pozostaje niespójna.*

Według Zamawiającego wykazał powyżej, że *treść złożonej oferty jednoznacznie wskazywała na niezgodność zaoferowanego urządzenia w odniesieniu do SIWZ.*

Procedura wyjaśniania treści złożonej oferty nie może być prowadzona w formie jakichkolwiek negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Negocjacje z wykonawcą prowadzone w toku czynności badania i oceny ofert prowadziłyby *de facto* do złożenia przez wykonawcę nowego oświadczenia woli w tym zakresie. Taki sposób działania nie jest uprawniony biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy ustawy pzp. Ponadto tryb określony w art. 87 ust. 1 pzp może być zamawiającemu pomocny np. w przypadku konieczności poprawy w ofertach omyłek polegających na niezgodności ofert z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Art. 87 ust. 3 zd. 2 ustawy pzp należy interpretować tak, iż ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji i tym podobne) w ewentualnych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne (nieważne). Powyższa kwestia została jednoznacznie określona w wyroku Izby z 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 992/09). W tym trybie nie może dojść do zmiany zaoferowanego produktu lub sposobu wykonania usługi.

Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z 6 sierpnia 2004 r. (sygn. akt UZO/ZO/0-1221/04) Zamawiający stwierdził, że uchybienia co do treści ofert w odniesieniu do SIWZ powinny być merytoryczne oraz istotne, aby mogły być przyczyną uzasadniającą odrzucenie oferty. Według wyroku Izby z 14 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2903/12) uchybienia formalne oferty nie mają wpływu na jej prawidłowość: *niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ.*

Przykładowe niezgodności oferty z SIWZ:

- zawarcie w ofercie błędów i niezgodności w kosztorysie ofertowym dotyczących zaniżania ilości robót i materiałów {wyrok Izby z 20 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 2819/10},
- zaoferowanie w niej innego przedmiotu zamówienia lub zaproponowanie innego sposobu realizacji czy też wykonania zamówienia określonych w SIWZ {wyrok Izby z 28 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2698/10}

Według Zamawiającego należy mieć na względzie to że odrzucenie oferty na podstawie artykułu 89 ust. 1 pkt 2 pzp może nastąpić tylko wówczas gdy niezgodność oferty z SIWZ jest niewątpliwa. Mówiąc inaczej, nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów Prawa zamówień publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Wymagania merytoryczne SIWZ, z którymi niezgodność powoduje odrzucenie oferty, nie mogą wynikać ze zdarzeń przyszłych, niepewnych i wynikających z realizacji umowy czy też z nazw produktów wskazanych w dokumentacji projektowej, a nie w SIWZ. Chodzi tutaj o niezgodność oferty z SIWZ rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy i sposobu jego formalnego wyrażenia, i to niezależnie od tego, czy wykonawca się z tą SIWZ zapoznał, czy nie.

Reasumując Zamawiający przytoczył fragment wyroku Izby z 17 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 218/11), zgodnie z którym, *aby mówić o niezgodności oferty z treścią specyfikacji niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, przy czym niezgodność taka winna być oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SIWZ.*

Zamawiający powołał się na to, że ugruntowany pogląd w orzecznictwie oraz doktrynie wskazuje, że zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp jest możliwe tylko wtedy,

gdy zamawiający może dokonać poprawienia innej omyłki na podstawie treści oferty. W orzecznictwie Izby i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawienia treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialie negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to że *oczywisto omyłki* winna być możliwa na podstawie oferty. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert w wyrażonym w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. W świetle powyższego wskazać należy iż poprawienie oferty nie może *de facto* stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy np. w przedmiocie oferowanego świadczenia czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której Zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji. {wyrok Izby z 24 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1341/13).

Jednocześnie wyjaśnienia w których wykonawca oferuje rozwiązania odmienne niż wykazane w ofercie nie mogą stanowić podstawy do poprawienia innej omyłki, na co wskazuje wyrok Izby z 4 marca 2013 r., (sygn. akt KIO 344/13): *różnica polegająca na zaferowaniu innego typu urządzenia wskazuje na złożenie oferty o treści odmiennie niż wymagał tego Zamawiający, a oświadczenie Wykonawcy złożone w trakcie postępowania w ramach składanych wyjaśnień może prowadzić do zmiany oferty (...) Zatem wpisanie innego urządzenia niż wymagał tego Zamawiający prowadzić może do złożenia nowej oferty. Izba przypomina, że treść oferty to zobowiązanie Wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego. Zatem to Wykonawca powinien w sposób należyty przygotować ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego a ewentualna poprawa oferty nie może prowadzić do znaczącej jej zmiany i kształtowania jej wyłącznie przez Zamawiającego.*

Zamawiający podsumował, że mając na uwadze powyższe – działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp – odrzucił ofertę Wykonawcy M....., której treść nie odpowiada treści SIWZ. Zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu.

Do Prezesa Izby wpłynęły – w formie pisemnej {A.} lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu {B.} – następujące zgłoszenia przystąpienia do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego:

A. 29 lipca 2014 r. – przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, CADAGUA SA z siedzibą w Bilbao (Hiszpania),

B. 30 lipca 2014 r. – przez Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie.

Zgłaszający przystąpienia wnieśli o oddalenie odwołania.

Wobec dokonania zgłoszeń w odpowiedniej formie, przy zachowaniu 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

6 sierpnia 2014 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących Odwołujący oświadczył, że wycofuje wniesione odwołanie.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Odwołujący skutecznie wycofał 6 sierpnia 2014 r. przed otwarciem rozprawy uprzednio wniesione odwołanie.

Z tych względów – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Przystępujących.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....