

**WYROK**

**z dnia 30 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Emilia Garbala

**Protokolant:** Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2019 r. przez wykonawcę **JFC POLSKA Sp. z o.o., ul. Białostocka 1, 05-252 Karpin,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Somianka, Somianka-Parcele 16B, 07-203 Somianka,**

przy udziale wykonawcy **T. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EURO-POL T. M., ul. Dobrzańskiego 19/6, 07-410 Ostrołęka,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **JFC POLSKA Sp. z o.o., ul. Białostocka 1, 05-252 Karpin,** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **JFC POLSKA Sp. z o.o., ul. Białostocka 1, 05-252 Karpin,** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **JFC POLSKA Sp. z o.o., ul. Białostocka 1, 05-252 Karpin,** na rzecz zamawiającego **Gminy Somianka, Somianka-Parcele 16B, 07-203 Somianka,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Somianka, Somianka-Parcele 16B, 07-203 Somianka, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków”, numer referencyjny: Kz.272.9.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 sierpnia 2019 r., nr 589422-N-2019. Pismem z dnia 10 października 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy EURO-POL T. M. .

W dniu 15 października 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę JFC POLSKA Sp. z o.o., ul. Białostocka 1, 05-252 Karpin (dalej: „odwołujący”), w którym zarzucił on zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy EURO-POL, w zakresie jej niezgodności z ustawą Pzp oraz z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) ze względu na:
  - a) niewykazanie w ramach treści oferty przed upływem terminu składania ofert, że oferowane przydomowe oczyszczalnie spełniają wymogi równoważności określone w rozdziale IV punkt 2 lit. f tiret 3 i 8 SIWZ w zakresie:
    - sterowania wyposażonego w min. 6 wyjść przeznaczonych na elektrozawory, pompę, dmuchawę oraz lampkę alarmową informującą o awarii dmuchawy, awarii pompy, konieczności wybierania osadu,
    - minimalne wymagania w zakresie funkcji i wyposażenia sterownika - automatyczne odpompowanie ścieku oczyszczonego do odbiornika,
  - b) niewykazanie w treści oferty przed upływem terminu składania ofert, że oferowane przydomowe oczyszczalnie spełniają wymogi równoważności określone w rozdziale IV punkt 2 lit. e SIWZ tj. w przypadku posadowienia zbiornika oczyszczalni na głębokości, gdzie zagłębienie rury kanalizacyjnej jest większe niż 1 m p.p.t. dopuszcza się zbiorniki z polietylenu, minimum dwupłaszczowe, bez określania metody wytwarzania,
- 2) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp poprzez wezwanie EURO-POL dnia 20 września 2019 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty mimo, iż nie było podstaw do takiego wezwania, zaś obowiązek wykazania równoważności zaproponowanego rozwiązania spoczywał na EURO-POL w momencie składania oferty i

nie mógł być uzupełniany w drodze wyjaśnień określonych w tym przepisie albowiem stanowiło to niezgodne z przepisami ustawy PZP uzupełnienie oferty po terminie otwarcia ofert,

- 3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty EURO-POL jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu mimo, że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w siwz, spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„1) Niewykazanie przez EURO-POL w ramach treści oferty przed upływem terminu składania ofert, że oferowane przydomowe oczyszczalnie spełniają wymogi równoważności określone w rozdziale IV punkt 2 lit. f tiret 3 i 8 SIWZ.

Zgodnie z treścią rozdziału IV pkt 2 lit. f („Minimalne warunki równoważności dla oczyszczalni”) SIWZ Zamawiający m.in. wymagał aby zaoferowane oczyszczalnie spełniały:

„f) minimalne wymagania w zakresie funkcji i wyposażenia sterownika:

- Automatyczne dozowanie ścieków z osadnika do bioreaktora,
- Automatyczna recyrkulacja osadu z bioreaktora do osadnika,
- Automatyczne odpompowanie ścieku oczyszczonego do odbiornika,
- Realizacja funkcji rozruchu oczyszczalni (28 dni),
- Funkcja urlopu włączana ręcznie z automatycznym powrotem,
- Możliwość rozbudowy sterownika o obsługę pompy koagulantu strącającego fosfor,
- Pamięć stała niewrażliwa na zaniki prądu,
- Sterowanie wyposażone w min. 6 wyjść przeznaczonych na elektrozawory, pompę, dmuchawę oraz lampkę alarmową informującą o awarii dmuchawy, awarii pompy, konieczności wybierania osadu”.

(...) Z przedstawionych przed upływem terminu składania ofert dokumentów nie sposób uznać, że EURO-POL wykazał, iż oferowane oczyszczalnie spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w powyższym zakresie określonym w rozdziale IV punkt 2 lit. f tiret 3 i 8 SIWZ. Ponadto ze stron 37 i 48 (numerowanych jako strony 57 i 68 treści oferty) Książki użytkownika przydomowej oczyszczalni ścieków Sotralentz typu SL-BIO, stanowiącej treść oferty EURO-POL, wynika, że sterownik MICROBIO i DAP-110 jest wyposażony w 4 wyjścia, a nie zgodnie z wymogami rozdziału IV punkt 2 lit. f tiret 8 SIWZ - 6 wyjść. Ponadto z przedstawionych dokumentów nie wynika, że jakkolwiek sterownik oferowanych oczyszczalni SL-BIO jest wyposażony w 6 wyjść. Co również istotne żadne z 4 wyjść nie jest

przeznaczone na automatyczne odpompowanie ścieku oczyszczonego i z przedstawionych dokumentów nie wynika, że jakikolwiek sterownik oczyszczalni typu SL-BIO realizuje automatyczne odpompowanie ścieku oczyszczonego do odbiornika wymaganego zgodnie z rozdziałem IV punkt 2 lit. f tiret 3 SIWZ. (...)

Na brak wykazania przez EURO-POL w ramach treści oferty przed upływem terminu składania ofert, że oferowane przydomowe oczyszczalnie spełniają wymogi równoważności określone w rozdziale IV punkt 2 lit. f tiret 3 i 8 SIWZ wskazuje również treść Wezwania do wyjaśnień z dnia 20 września 2019 r., w którym Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia pisemnego wyjaśnienia treści złożonej oferty w następującym zakresie:

*„1. Zamawiający zgodnie z treścią SIWZ wymagał, aby sterownik wyposażony był w min. 6 wyjść przeznaczonych na elektrozawory, pompę, dmuchawę oraz lampkę alarmową informującą o awarii dmuchawy, awarii pompy, konieczności wybierania osadu. Na podstawie złożonych dokumentów Zamawiający nie jest w stanie sprawdzić jaki został zaoferowany sterownik oraz, czy spełnia powyższe wymaganie.”*

Dnia 23 września 2019 roku EURO-POL udzielił wyjaśnień treści oferty, z których wynikało, że:

*„Sterownik obsługujący oczyszczalnię BIO-DUO Lt posiada co najmniej 6 wyjść tj.:*

- Podłączenie dmuchawy*
- Dozowanie*
- Recyrkulacja*
- Dyfuzor rurowy*
- Dyfuzor talerzowy*
- Pompa dozowania koagulantu*
- Wyjście elektryczne”*

Powyższe Wezwania do wyjaśnień z dnia 20 września 2019 r. potwierdza, że przed upływem terminu składania ofert EURO-POL nie wykazał, że sterownik wyposażony jest w min. 6 wyjść. Ponadto EURO-POL nawet poprzez wyjaśnienie nie wykazał, że sterownik jest wyposażony w min. 6 wyjść przeznaczonych na elektrozawory, pompę, dmuchawę oraz lampkę alarmową informującą o awarii dmuchawy, awarii pompy, konieczności wybierania osadu. EURO-POL w wyjaśnieniach wykazał jedynie, że 6 wyjść jest przeznaczone na: Podłączenie dmuchawy, Dozowanie, Recyrkulację, Dyfuzor rurowy, Dyfuzor talerzowy, Pompę dozowania koagulantu, Wyjście elektryczne. EURO-POL nie wykazał, że któreś z 6 wyjść jest przeznaczone na lampkę alarmową informującą o awarii dmuchawy, awarii pompy, konieczności wybierania osadu, w związku z czym nie potwierdził spełnienia wymogów równoważności określonych w rozdziale IV punkt 2 lit. f tiret 8 SIWZ. Ponadto wciąż z oferty nie wynika, że sterownik realizuje funkcję automatycznego odpompowania ścieku oczyszczonego do odbiornika stanowiącą wymóg równoważności określony

w rozdziale IV punkt 2 lit. f tiret 3 SIWZ. Warto również wskazać, że EURO-POL mimo udzielonych dnia 23 września 2019 r. wyjaśnień nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających posiadanie przez oferowane oczyszczalnie co najmniej 6 wyjść przeznaczonych na elektroawary, pompę, dmuchawę oraz lampkę alarmowa informującą o awarii dmuchawy, awarii pompy, konieczności wybierania osadu, co wywołuje wątpliwości wobec przedstawionych przez niego dokumentów stanowiących treść ofert (Odwołujący podtrzymuje przy tym zdanie, iż do wyjaśnień i ewentualnego uzupełnienia dowodów w okolicznościach sprawy nie mogło dojść po upływie terminu składania ofert).

Brak wykazania przed upływem terminu składania ofert, że oferowane przydomowe oczyszczalnie ścieków spełniają wymagania określone przez Zamawiającego (w szczególności w rozdziale IV punkt 2 lit. f tiret 3 i 8 SIWZ) świadczy zatem o niezgodności tej oferty z SIWZ oraz z przepisami ustawy Pzp i wskazuje na powinność odrzucenia oferty EURO-POL. Zamawiający zaniechawszy powyższej czynności dopuścił się więc naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp,

2) Niewykazanie przez EURO-POL w ramach treści oferty przed upływem terminu składania ofert, że oferowane przydomowe oczyszczalnie spełniają wymogi równoważności określone w rozdziale IV punkt 2 lit. e SIWZ.

Zgodnie z treścią rozdziału IV pkt 2 lit. e („Minimalne warunki równoważności dla oczyszczalni”) SIWZ Zamawiający wymagał również, aby zaoferowane oczyszczalnie spełniały następujący minimalny parametr równoważności:

„e) w przypadku posadowienia zbiornika oczyszczalni na głębokości, gdzie zagłębienie rury kanalizacyjnej jest większe niż 1 m p.p.t dopuszcza się zbiorniki z polietylenu, minimum dwupłaszczyznowe, bez określania metody wytwarzania”.

Po dokonaniu wglądu do ofert konkurencyjnych, Odwołujący stwierdził, że EURO-POL nie potwierdził przed upływem terminu składania ofert spełnienia wymogu określonego w rozdziale IV punkt 2 lit. e SIWZ.

Zamawiający przewidział konieczność wypełnienia punktu 1 Formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, zgodnie z treścią którego:

„Oferowana oczyszczalnia Qdmax do 0,9 m3/d ..... (nazwa rodziny) ..... (nazwa modelu). Oferowane urządzenie występuje jako zbiornik jednopłaszczyznowy\* i dwupłaszczyznowy\*.

Oferowana oczyszczalnia Qdmax do 1,4 m3/d .....(nazwa rodziny) ..... (nazwa modelu). Oferowane urządzenie występuje jako zbiornik jednopłaszczyznowy\* / dwupłaszczyznowy\*.

\* niewłaściwe skreślić

Na potwierdzenie spełniania przez oferowane oczyszczalnie ścieków warunków/ parametrów określonych w opisie przedmiotu zamówienia do oferty dołączam karty katalogowe, rysunki

techniczne, certyfikaty, karty urządzeń, instrukcję obsługi; montażu, deklarację właściwości użytkowych itp.”

(...) O braku spełnienia przez EURO-POL wymogu określonego w rozdziale IV punkt 2 lit. e SIWZ, świadczy m.in. treść Wezwania do wyjaśnień z dnia 20 września 2019 r., w którym Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia pisemnego wyjaśnienia treści złożonej oferty (...). Brak spełnienia wymogu określonego w rozdziale IV punkt 2 lit. e SIWZ przed upływem terminu składania ofert potwierdził również sam EURO-POL, w swojej odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 23 września 2019 r.:

*„Zaoferowane urządzenia są urządzeniami dwupłaszczowymi. Metoda rozdmuchu, jaką są produkowane zbiorniki pozwala na produkcję jedno lub wielowarstwowych produktów. Jest to uzależnione od typu głowicy ekstrudera. Można je instalować przy zagłębieniu 1 metra, co wynika z dostarczonego raportu LK05-01651/15/R13NF (...).”*

W związku z powyższym potwierdziła się okoliczność, że EURO-POL w swojej pierwotnej ofercie (złożonej przed upływem terminu składania ofert):

- nie wskazał, iż w przypadku posadowienia zbiornika oczyszczalni na głębokości, gdzie zagłębienie rury kanalizacyjnej jest większe niż 1 m p.p.t. oferuje zbiorniki z polietylenu, minimum dwupłaszczowe, bez określania metody wytwarzania.
- nie wykreślając odpowiednich danych wskazał, że urządzenie występuje jako jedno i dwupłaszczowe, ale dopiero w wyjaśnieniach doprecyzował, że oferuje tylko dwupłaszczowe.

W związku z powyższym, EURO-POL w ramach treści oferty przed upływem terminu składania ofert nie wykazał, że oferowane przydomowe oczyszczalnie spełniają wymogi równoważności określone w rozdziale IV punkt 2 lit. e SIWZ, przez co jego oferta powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z ustawą Pzp oraz nie odpowiadająca treści postanowień SIWZ. Zamawiający zaniechawszy odrzucenia oferty EURO-POL dopuścił się więc naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. (...)

Mając na uwadze treść postanowień SIWZ oraz przytoczonych wyroków KIO, skoro EURO-POL zdecydował się na zaoferowanie rozwiązań równoważnych, miał on obowiązek wykazania równoważności już na etapie składania oferty, a nie na etapie późniejszym. W związku z powyższym niedopuszczalne było uzupełnienie dokumentów dotyczących rozwiązań równoważnych zaoferowanych w ofercie EURO-POL, jak również wzywianie do doprecyzowania lub uzupełnienia treści oferty w powyższym zakresie.

Tymczasem Zamawiający, wbrew przepisom ustawy Pzp, a w szczególności art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, dnia 20 września 2019 r, wezwał EURO-POL do złożenia wyjaśnień dotyczących rozwiązań równoważnych stanowiących treść oferty ww. wykonawcy. W ramach wyjaśnień doszło do doprecyzowania treści oferty EURO-POL w zakresie rzekomego spełnienia wymogów określonych w rozdziale IV punkt 2 lit. e i lit. f tiret 8 SIWZ. Zakres treści

oferty podlegający wyjaśnieniom oraz zakres dokonanego doprecyzowania oferty EURO-POL wskazuje, że między Zamawiającym oraz ww. wykonawcą doszło do przeprowadzenia niedozwolonych na tym etapie postępowania negocjacji dotyczących złożonej oferty. (...)

Zamawiający w okolicznościach sprawy dopuścił się zatem naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp poprzez wezwanie EURO-POL dnia 20 września 2019 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty mimo, iż nie było podstaw do takiego wezwania, zaś obowiązek wykazania równoważności zaproponowanego rozwiązania spoczywał na EURO-POL w momencie składania oferty i nie mógł być uzupełniany w drodze wyjaśnień określonych w tym przepisie, albowiem stanowiło to niezgodne z przepisami ustawy PZP uzupełnienie oferty po terminie otwarcia ofert. (...)

Ponadto, wybór oferty EURO-POL jako najkorzystniejszej jest równoznaczny z niespełnieniem wymogu opisanego w art. 91 ust. 1 ustawy PZP, tj. „wyboru oferty najkorzystniejszej” w Postępowaniu, za którą to powinna zostać uznana oferta Odwołującego. Odwołujący wykazuje, iż w wyniku zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty EURO-POL jako najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty EURO-POL ze względu na niezgodność tej oferty z siwz, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 21 października 2019 r. wykonawca T. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EURO-POL T. M., ul. Dobrzańskiego 19/6, 07-410 Ostrołęka (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba uznała, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 28 października 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł, że zastosowanie art. 87 ust. 1 stawy Pzp było w niniejszym postępowaniu uprawnione i wniósł o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest budowa 97 przydomowych oczyszczalni ścieków na



terenie gminy Somianka dla budynków należących do osób prywatnych. Realizacja zadania polegać będzie na budowie przydomowych oczyszczalni biologicznych w technologii osadu czynnego i zatopionego stałego złoża biologicznego, działających w technologii SBR (sekwencyjny reaktor porcjowy).

Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia został opisany w:

- przedmiarze robót stanowiącym załącznik nr 9 do siwz,
- dokumentacjach projektowych stanowiących załącznik nr 10 do siwz,
- specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót stanowiącej załącznik nr 11 do siwz.

Jednocześnie w pkt IV.2. siwz zamawiający określił minimalne warunki równoważności dla oczyszczalni:

- a) minimalna pojemność całkowita dla osadnika gnilnego 2500 litrów (dla oczyszczalni o przepływie  $Q_{dmax}$  do 0,9 m<sup>3</sup>/d oraz do 1,4 m<sup>3</sup>/d);
- b) układ technologiczny składający się z osadnika gnilnego oraz odrębnej komory bioreaktora w technologii tlenowego osadu czynnego oraz zatopionego, stałego złoża biologicznego;
- c) proces oczyszczania ścieków musi być w pełni automatyczny, realizowany przez programowany komputerowo sterownik, elektrozawory oraz dmuchawę. Nie dopuszcza się oczyszczalni wyposażonych w zawory ręczne, wymagające ingerencji Użytkownika;
- d) zbiorniki oczyszczalni wykonane z polietylenu bez określania metody wytwarzania;
- e) w przypadku posadowienia zbiornika oczyszczalni na głębokości, gdzie zagłębienie rury kanalizacyjnej jest większe niż 1 m p.p.t. dopuszcza się zbiorniki z polietylenu, minimum dwupłaszczowe, bez określania metody wytwarzania;
- f) minimalne wymagania w zakresie funkcji i wyposażenia sterownika:
  - Automatyczne dozowanie ścieków z osadnika do bioreaktora,
  - Automatyczna recyrkulacja osadu z bioreaktora do osadnika,
  - Automatyczne odpompowanie ścieku oczyszczonego do odbiornika,
  - Realizacja funkcji rozruchu oczyszczalni (28 dni),
  - Funkcja urlopu włączana ręcznie z automatycznym powrotem,
  - Możliwość rozbudowy sterownika o obsługę pompy koagulantu strącającego fosfor,
  - Pamięć stała niewrażliwa na zaniki prądu,
  - Sterowanie wyposażone w min. 6 wyjść przeznaczonych na elektrozawory, pompę, dmuchawę oraz lampkę alarmową informującą o awarii dmuchawy, awarii pompy, konieczności wybierania osadu,
- g) urządzenia muszą być zgodne z obowiązującymi normami w tym z normą PN EN 12566- 3+A2:2013 oraz posiadać oznakowanie CE na podstawie raportów z badań

wykonanych przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską.

Zamawiający dodał też w siwz, że: „W przypadku oferowania rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązań określonych w dokumentacji projektowej, Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia wymogu wynikającego z art. 30 ust. 5 Ustawy. Wykonawca obowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego roboty budowlane, materiały i urządzenia spełniają wymagania określone przez Zamawiającego oraz podania wykazu dokumentów potwierdzających ich równoważność takich jak: certyfikaty, aprobaty techniczne, z podaniem nazwy podmiotu wydającego oraz terminu ważności dokumentu”.

W załączniku nr 1 do siwz, tj. w formularzu ofertowym, zamawiający przewidział konieczność wypełnienia punktu 1, zgodnie z którym:

„Oferowana oczyszczalnia Qdmax do 0,9 m3/d ..... (nazwa rodziny) .....  
(nazwa modelu). Oferowane urządzenie występuje jako zbiornik jednopłaszczowy\* i dwupłaszczowy\*.

Oferowana oczyszczalnia Qdmax do 1,4 m3/d .....(nazwa rodziny) .....  
(nazwa modelu). Oferowane urządzenie występuje jako zbiornik jednopłaszczowy\* / dwupłaszczowy\*.

\* niewłaściwe skreślić

Na potwierdzenie spełniania przez oferowane oczyszczalnie ścieków warunków/ parametrów określonych w opisie przedmiotu zamówienia do oferty dołączam karty katalogowe, rysunki techniczne, certyfikaty, karty urządzeń, instrukcję obsługi; montażu, deklarację właściwości użytkowych itp.”

Odpowiadając na pytania wykonawców dotyczące treści siwz, zamawiający wskazał m.in.:

„Pytanie 1

Czy Wykonawca jest zobowiązany wykazać jako treść oferty, na podstawie art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, że oferowane przez niego przydomowe oczyszczalnie spełniają wymagania określone przez Zamawiającego? Zgodnie z dyspozycją art. 30 ust. 5 ustawy Pzp 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.

ODP.: Tak jest zobowiązany. Oferent musi załączyć wszelkie niezbędne dokumenty umożliwiające Zamawiającemu możliwość oceny równoważności rozwiązania.”

„Pytanie 2

Prosimy o wskazanie referencyjnego rozwiązania przydomowej oczyszczalni ścieków. W przypadku braku wskazania rozumiemy, że wszystkie przydomowe oczyszczalnie ścieków

będą traktowane jako rozwiązania równoważne?

ODP.: Zamawiający nie wykazuje żadnego rozwiązania referencyjnego, gdyż nie są mu znane wszystkie dostępne na rynku rozwiązania. Minimalne wymagania w zakresie zbiorników określone zostały w rozdziale IV pkt 2 SIWZ.”

„Pytanie 8

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza wyłącznie oczyszczalnie spełniające wszystkie "Minimalne warunki równoważności dla oczyszczalni" określone w SIWZ?

ODP.: Tak.”

Przystępujący zaoferował oczyszczalnie SL-BIO BIO-DUO 0,9 i SL-BIO BIO-DUO 1,4, przy czym w pkt 1 formularza ofertowego nie wykreślił ani zbiornika jednopłaszczyznowego ani zbiornika dwupłaszczyznowego. Wraz z ofertą przystępujący złożył także deklarację właściwości użytkowych i Książkę użytkownika przydomowej oczyszczalni ścieków Soltralentz typu SL-BIO. Treść pozostałych dokumentów złożonych wraz z ofertą, a dotyczących oferowanych oczyszczalni, przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 20 września 2019 r. zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie m.in.:

„1. Zamawiający zgodnie z treścią SIWZ wymagał, aby sterownik wyposażony był w min. 6 wyjść przeznaczonych na elektrozawory, pompę, dmuchawę oraz lampkę alarmową informującą o awarii dmuchawy, awarii pompy, konieczności wybierania osadu. Na podstawie złożonych dokumentów Zamawiający nie jest w stanie sprawdzić jaki został zaoferowany sterownik oraz, czy spełnia powyższe wymaganie.

2. Zamawiający wymagał wykonania przydomowych oczyszczalni ścieków wyłącznie w zbiornikach dwupłaszczyznowych w lokalizacjach w których występuje zagłębienie rury kanalizacyjnej większe niż 1 m p.p.t. Wykonawca w formularzu ofertowym oświadczył, że zaproponowane przez niego przydomowe oczyszczalnie występują jako zbiorniki jednopłaszczyznowe i dwupłaszczyznowe. Z załączonych do oferty dokumentów nie wynika wprost, że zaproponowane urządzenia jest dwuwariantowe tzn. że występuje jako zbiorniki jednopłaszczyznowe i dwupłaszczyznowe. Natomiast z deklaracji właściwości użytkowych wynika, że maksymalna dopuszczalna wysokość nasypu nad zbiornikiem wynosi 0,9 m dla zaoferowanych oczyszczalni, czyli nie zalecany jest montaż przy zagłębieniach rur powyżej 1 m p.p.t., gdzie wysokość nasypu jest większa niż 0,9 m. Oświadczenie wykonawcy jest sprzeczne z deklaracją właściwości użytkowych.”

Pismem z dnia 23 września 2019 r. przystępujący złożył wyjaśnienia, w których

wskazał m.in.:

„1. Sterownik obsługujący przydomową oczyszczalnię BIO-DUO Lt posiada co najmniej 6 wyjść, tj.:

- Podłączenie dmuchawy
- Dozowanie
- Recyrkulacja
- Dyfuzor rurowy
- Dyfuzor talerzowy
- Pompa dozowania koagulantu
- Wyjście elektryczne

2. Zaoferowane urządzenia są urządzeniami dwupłaszczowymi. Metoda rozdmuchu, jaką są produkowane zbiorniki, pozwala na produkcję jedno lub wielowarstwowych produktów. Jest to uzależnione od typu głowicy ekstrudera. Można je instalować przy zagłębieniu 1 metra, co wynika z dostarczonego raportu LK05-01651/15/R13NF „Maksymalna grubość nasypki (grubość warstwy gruntu od górnej powierzchni zbiornika do poziomu gruntu) wynosi maksymalnie 1,0 m.”

Deklaracja producenta ma na względzie łatwość serwisowania i eksploatacji urządzenia, dlatego zaleca się, aby urządzenia były instalowane jak najpłycej. Nie wyklucza to jednak możliwości instalacji przy zagłębieniu 1 m.”

Pismem z dnia 10 października 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp 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.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający 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 jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą,
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do kwestii wyposażenia sterownika (wymóg z pkt IV.2.f tiret 8), Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że wyjaśnienia przystępującego z dnia 23.09.2019 r. w punkcie 1 rzeczywiście prowadziły do zmiany jego oferty co do liczby i rodzaju wyjść. W książce użytkownika (pkt 16.6.) złożonej wraz z ofertą wskazano bowiem, że sterownik wyposażony jest w 4 wyjścia na dmuchawę, 2 elektrozawory i pompę, natomiast w wyjaśnieniach wskazano, że wyposażony jest w 6 wyjść na dmuchawę, dozowanie, recyrkulację, dyfuzor rurowy, dyfuzor talerzowy, pompę i wyjście elektryczne. Jeżeli treść książki użytkownika jest w tym zakresie niepełna lub nieaktualna, to wykonawca powinien od razu do oferty załączyć oświadczenie / dokument potwierdzający pełną lub uaktualnioną treść dotyczącą wyposażenia sterownika, a nie informować o tym zamawiającego dopiero w odpowiedzi na wyjaśnienia. Tym samym ewentualne przyjęcie przez zamawiającego ww. wyjaśnień byłoby sprzeczne z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż oznaczałoby akceptację zmienionej treści oferty.

Jednocześnie jednak Izba ustaliła, że wzywanie do ww. wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie było w tym wypadku niezbędne i wyjaśnienia te nie są konieczne do stwierdzenia zgodności oferty z siwz, gdyż dokonanie oceny spełnienia wymogu dotyczącego wyposażenia sterownika możliwe jest na podstawie ww. książki użytkownika dołączonej już do oferty.

Zamawiający wymagał sterownika wyposażonego w min. 6 wyjść przeznaczonych na elektrozawory, pompę, dmuchawę oraz lampkę alarmową informującą o awarii dmuchawy, awarii pompy, konieczności wybierania osadu. Z pkt 16.6. książki użytkownika wynika, że sterownik posiada wyjścia na dmuchawę, 2 elektrozawory i pompę. Tym samym w zakresie ww. urządzeń wymóg został jednoznacznie spełniony. Dodatkowo należy zauważyć, że w pkt 16.7. i 16.8. ww. książki użytkownika wskazano, że wymagana przez zamawiającego lampka jest umieszczona jako dioda na panelu sterownika i kolorem czerwonym na

wyświetlaczu sygnalizuje awarię urządzeń. Tym samym, skoro dioda (lampka) jest zainstalowana na panelu sterownika, to nie ma potrzeby, aby sterownik posiadał odrębne na nią wyjście. Istotą wymogu zamawiającego jest bowiem to, żeby możliwe było sterowanie ww. 4 urządzeniami. Jak wynika z pkt 16.6., 16.7. i 16.8. książki użytkownika, wymóg ten został spełniony poprzez zapewnienie wyjść na elektrozawory, dmuchawę i pompę oraz poprzez umieszczenie na sterowniku lampki sygnalizującej kolorem czerwonym awarię oczyszczalni.

Należy także zauważyć, że zamawiający wymagał min. 6 wyjść ze sterownika, ale nie jakichkolwiek, tylko takich, które są przeznaczone na elektrozawory, dmuchawę, pompę i lampkę. Oznacza to, że istotna była nie sama liczba wyjść, ale to, czy sterownik obsługuje ww. urządzenia. Skoro z pkt 16.6. książki użytkownika wynika, że wyjścia są 4, to nie można uznać, że wymóg równoważności nie został spełniony wyłącznie z powodu tego, że lampka (dioda) jest zainstalowana w inny sposób. Tak formalistyczne rozumienie wymogu przez odwołującego przeczy idei równoważności, której celem jest przede wszystkim zapewnienie osiągnięcia określonej funkcjonalności urządzenia. W tym przypadku funkcjonalność ta została osiągnięta poprzez 4 wyjścia na elektrozawory, dmuchawę i pompę oraz zainstalowaną na panelu sterownika (bez odrębnego wyjścia) diodę (lampkę) informującą o awariach. Tym samym, w ocenie Izby, wymóg z pkt IV.2.f tiret 8 został spełniony i zgodność oferty z siwz w tym zakresie była możliwa do ustalenia na podstawie książki użytkownika dołączonej do oferty, a zatem bez sięgania do wyjaśnień przystępującego.

Odnosząc się do kwestii automatycznego odpompowywania ścieku oczyszczonego do odbiornika (wymóg z pkt IV.2.f tiret 3) Izba stwierdziła, że o istnieniu tej funkcji świadczy treść pkt 9.2. w związku z treścią pkt 13.2.7. książki użytkownika załączonej do oferty. Z punktów tych wynika, że oczyszczalnia wyposażona jest m.in. w pompę mamutową dozującą ścieki z osadnika do bioreaktora oraz że jest w pełni napełniona wodą (tym bardziej reaktor), zatem pompa odpompowuje też ścieki. Opisany w książce użytkownika sposób działania oczyszczalni potwierdza zatem, że spełniony jest wymóg, o którym mowa w punkcie IV.2.f tiret 3 siwz.

Odnosząc się do kwestii rodzaju zastosowanego zbiornika (wymóg z pkt IV.2.e), w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający wymagał zastosowania zbiornika dwupłaszczyzowego wyłącznie w sytuacji, gdy rura kanalizacyjna posadowiona jest na głębokości ponad 1 m. W pozostałych sytuacjach zamawiający dopuszczał także zbiorniki jednopłaszczyzowe. Jednocześnie w formularzu ofertowym nie było miejsca na wskazanie, które zbiorniki zostaną zastosowane do których oczyszczalni, dlatego też przystępujący nie wykreślił w ww. formularzu żadnego z rodzaju zbiorników. Dopiero w odpowiedzi na

wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnił, że dla oczyszczalni z rurą kanalizacyjną zagłębioną na ponad 1 m (tylko takiej sytuacji dotyczyło zadane pytanie) zastosuje zbiorniki dwupłaszczkowe, czyli zgodne z siwz. Wyjaśnienia przystępującego w tym zakresie nie prowadziły do zmiany treści oferty, a jedynie stanowiły jej doprecyzowanie.

Z kolei co do możliwości zagłębienia rury kanalizacyjnej, przystępujący w ww. wyjaśnieniach powołał się na raport LK05-01651/125/R13NF, który był dołączony do oferty i zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa i z którego wynika, że istnieje możliwość zagłębienia na max. 1 m. Wyjaśnienia przystępującego w tym zakresie również nie prowadziły do zmiany treści oferty (taki jest zarzut odwołującego), a jedynie potwierdzały treść informacji złożonych już wraz z ofertą.

Odnosząc się natomiast do kwestii możliwości zastosowania w niniejszej sprawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przede wszystkim należy zauważyć, że informacje potrzebne do ustalenia zgodności oferty przystępującego z siwz znajdowały się od początku w dokumentach załączonych do oferty. Powyższe nie wykluczało możliwości wezwania przystępującego do wyjaśnień, jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do treści jego oferty. W szczególności jednak nie można zgodzić się z odwołującym, że treść art. 30 ust. 5 ustawy Pzp wyklucza możliwość zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Oczywistym jest, że wykonawca musi wykazać zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi w siwz na dzień składania ofert i to zarówno w zakresie rozwiązań wprost opisanych w siwz, jak i rozwiązań równoważnych (choć wbrew twierdzeniu odwołującego nie stanowi o tym treść art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, a art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, z którego wynika, że od chwili złożenia drugiej stronie oświadczenia woli w zakresie istotnych postanowień umowy mamy do czynienia z ofertą, która z kolei w myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp ma być zgodna z siwz). Powyższe nie wyłącza jednak uprawnień zamawiającego, aby wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w zakresie, w jakim budzi ona jego wątpliwości. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakazuje jedynie negocjacji lub zmiany treści oferty, nie zakazuje natomiast jej wyjaśniania poprzez doprecyzowanie określonych informacji. Wyjaśnienie treści oferty (jeżeli nie prowadzi do jej zmiany) nie oznacza, że wykonawca nie wykazał na dzień składania ofert, że oferta jest zgodna z siwz. Oznacza jedynie, że wykonawca rozwiązał lub nie - wątpliwości zamawiającego i że w konsekwencji oferta od początku była zgodna albo niezgodna z siwz. Argumentacja odwołującego wskazująca na zakaz stosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na konieczność wykazywania spełnienia wymogów określonych w siwz w dniu składania ofert, nie znajduje zatem oparcia ani w treści ww. przepisu ani w żadnych innych przepisach, dlatego też nie może być uznana za zasadną.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 30 ust. 5, art. 87 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i zasadnie nie odrzucił oferty przystępującego. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący** .....