

WYROK
z dnia 29 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 22i 24 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. M. Sp. z o.o., (...); 2. M. S.A., (...); 3. S.E. Sp. z o.o., (...); 4. I. Sp. z o.o. Sp.k., (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Związek Międzygminny BZURA, ul. Pijarska 1 lok 9, 99-400 Łowicz**

przy udziale wykonawcy: **S. Sp. z o.o., (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. M. Sp. z o.o., (...); 2. M. S.A., (...); 3. S.E. Sp. z o.o., (...) 76-321 L.; **4. I. Sp. z o.o. Sp.k., (...), i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. M. Sp. z o.o., (...); 2. M. S.A., (...); 3. S.E. Sp. z o.o., (...); 4. I. Sp. z o.o. Sp.k., (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. M. Sp. z o.o., (...); 2. M. S.A., (...); 3. S.E. Sp. z o.o., (...); 4. I. Sp. z o.o. Sp.k., (...)** na rzecz zamawiającego: **Związek Międzygminny BZURA, ul. Pijarska 1 lok 9, 99-400 Łowicz** kwotę **3 600zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający –Związek Międzygminny BZURA z siedzibą w Łowiczu– prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Regionalnego Zakładu Zagospodarowania odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 01.10.2016 r.w Dz.U. UE pod numerem 2016/S 190-341590.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1. M. Sp. z o.o. z siedzibą W.;
2. M. S.A. z siedzibą C.;
3. S.E. Sp. z o.o. z siedzibą L.;
4. I. Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą I.– wniósł na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności Zamawiającego, zarzucając naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
 - 1) art. 7 ust. i ust. 3 przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego,
 - 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego, pomimo że oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia, w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 uznając, że dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego stanowią treść oferty i nie podlegają uzupełnieniu,
 - 3) art. 92 ust. 1 pkt 3 w związku z brakiem jednoznacznego wskazania podstaw odrzucenia, co uniemożliwia ochronę interesów Odwołującego, w tym w szczególności w związku z brakiem możliwości sformułowaniu zakresu argumentacji odwołania. Odwołujący nie może domyślać się przyczyn odrzucenia, gdyż podstawy faktyczne winny być wyraźnie wyartykułowane w informacji o odrzuceniu,
 - 4) ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 w związku z brakiem wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, które nie stanowią treści oferty i podlegają uzupełnieniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

4) zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego na rozprawie.

Odwołujący wskazał okoliczności: -interesu w uzyskaniu zamówienia, - zachowaniu terminu do wniesienia odwołania, -przekazania kopii odwołania zamawiającemu.

Uzasadnienie odwołania.

Odwołujący nie zgadzając się w całości z czynnością Zamawiającego stwierdził, że odrzucenie oferty zostało dokonane z naruszeniem prawa. Uzasadniając stanowisko wskazał: Zamawiający powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stwierdził, że sprzeczność treści oferty polega na braku dokumentów w ofercie. Uzasadniając tę decyzję podał: *Konsorcjum M. nie posiada w złożonej ofercie wszystkich wymaganych dokumentów przedmiotowych wymaganych przez specyfikację istotnych warunków zamówienia. Uzupełnienie tych dokumentów będzie miało wpływ na treść złożonej oferty. W szczególności wskazana brak opisany w pkt 2 powyżej, co do którego Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym wyżej wyroku wprost odniosła się i oceniła go jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Odwołujący podniósł, że w kontekście przedstawionego uzasadnienia zasadnym jest postawienie zarzutu naruszenia art. 93 [92]ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż Odwołujący nie wie, czy podstawą odrzucenia jest jedynie argumentacja przywołana w punkcie 2 na stronie 2-giej pisma, czy również pozostałe 12 punktów zawarty w Informacji o odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że formułowanie podstaw odrzucenia w sposób jednoznaczny i dokładny jest okolicznością przesądzającą o ewentualnej wadliwości podjętej czynności. Zakres formułowania środka zaskarżenia jest zdeterminowany przekazywanymi informacjami przez Zamawiającego. Tym samym niewypełnienie warunków nakazanych ww. przepisem obciąża w sposób negatywny Zamawiającego.

Odnosząc się do samej czynności odrzucenia, w pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że podstawą oceny prawidłowości dokonanej czynności w postępowaniu oprócz przepisów prawa, są także postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający określając zasady postępowania zawiera je w SIWZ, zarówno każdy wykonawca, jak i sam Zamawiający zobowiązani są przestrzegać zasad narzuconych w tym dokumencie.

Celem wyjaśnienia podniósł, że Zamawiający odrzucając ofertę Konsorcjum postawił, zarzuty jedynie w stosunku do części przedmiotu zamówienia odnoszące się do linii technologicznej do kompostowania biologicznej frakcji odpadów komunalnych.

Zamawiający w Rozdziale II Instrukcja dla wykonawców w pkt 9 „Opis sposobu przygotowania ofert” pkt 9.3, wskazał: (...) [powtórzony pkt 9.3 SIWZ].

Z powyższego wynika, że dla linii technologicznej do kompostowania wymagany był jedynie projekt (pkt 5) oraz formularze wymienione w pkt 9.3.

Jeśli chodzi o formularz „oferta techniczna”, to wymagania co do niezbędnych do załączenia wraz z ofertą dokumentów dla linii technologicznej do kompostownia, Zamawiający określił w pkt C i są to:(...)[powtórzona część C].

Odwołujący wskazał, że wszystkie wymienione wyżej, stanowiące treść oferty, dokumenty znajdują się w jego ofercie. Zamawiający nie postawił żadnego zarzutu, co do ich braku, wadliwości czy niekompletności. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający całkowicie wypacza sens przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis ten kreuje obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, przy czym niezgodność musi dotyczyć świadczenia, a więc jego przedmiotu lub zakresu, który nie odpowiada wymaganiom. Wszelkie „wady oferty” o charakterze formalnym nie mieszczą się w hipotezie normy prawnej zawartej w przepisie.

Wskazał na czym polega niezgodność treści oferty z treścią SIWZ – powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 § 1 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie dotyczącego oferowanego świadczenia, z zakresem zobowiązania, którego Zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Uznał, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie podniósł jakichkolwiek zarzutów związanych z zastosowanymi rozwiązaniami, maszynami czy urządzeniami, nie stwierdził, że zaproponowane rozwiązania w jakikolwiek sposób nie spełniają postawionych wymagań, stwierdził jedynie, że do oferty nie załączono dokumentów. Zatem w przekonaniu Odwołującego, nie ma możliwości stwierdzenia, że istnieje jakakolwiek niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji w zakresie merytorycznych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do poszczególnych punktów zawartych w informacji o odrzuceniu oferty, Odwołujący stwierdził, że:

Ad 1. Projekt posadzki, przekrój, rzut: Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie przedłożył wymaganych dokumentów w ofercie. Nie wykazał jednak jak złożone wyjaśnienia wpływają na merytoryczną wartość złożonej oferty. Odwołujący stwierdził, że wszystkie wymagane informacje dające podstawę do weryfikacji oferty zostały w niej zawarte. Zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę, na stornie 428 w pkt 2 oferty znajduje się informacja o systemie napowietrzania. Odwołujący wskazał te postanowienia jedynie powołując się na stronę oferty ze względu na brak możliwości ujawnienia konkretnych danych technicznych, które zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Potwierdzeniem przyjętego rozwiązania zgodnego z wymaganiami Zamawiającego jest powtórzenie opisu systemu napowietrzania na stronie 432 oferty.

Ad 2. Projekt systemu wentylacji z wykazem elementów konstrukcyjnych rurociągów - Projekt systemu wentylacji znajduje się na stronie 431 pkt 5, 434 pkt 10 oraz schemat na stronie 436. Odnosząc się do urządzeń wchodzących w skład "elementów konstrukcyjnych rurociągów", wykonawca zawarł w swojej ofercie karty katalogowe np. str. 459 wentylator promieniowy czy na stronach 497-498 podpory i na podstawie tych dokumentów Zamawiający ma pełną wiedzę co do zastosowanych materiałów/urządzeń.

Ponadto, powołując się na procedury oraz obowiązki wykonawcy opisane we wzorze umowy par. 6 ust. 1 oraz par. 13 ust. 8 pkt 3 wszelkie materiały zastosowane na kontrakcie będą zgodne z wymaganiami zawartymi w dokumentacji przetargowej oraz będą na bieżąco kontrolowane przez Zamawiającego przy odbiorach częściowych. Odwołujący podkreślił, że składając wniosek materiałowy zobowiązany był powołać się na opisy dokumentacji celem przedstawienia Zamawiającemu zgodności proponowanego materiału co do jego wymagań. W związku z powyższym, nie jest możliwe zastosowanie jakiegokolwiek materiału o parametrach gorszych niż parametry minimalne wymagane lub właściwości zawarte w rozdziale IV SIWZ – OPZ - SSWT.

Zamawiający powołując się na wyrok KIO, który dotyczył Konsorcjum L. omyłkowo porównał ofertę Odwołującego w tym zakresie z ofertą Konsorcjum L.. L. nie miała w swojej podstawowej ofercie kart katalogowych przepustnic, opisu systemu zmiany kierunku napowietrzania, kart katalogowych napędów, płuczki mokrej, wypełnienia biofiltru, a przede wszystkim podstawowego wykazu maszyn i urządzeń, w związku z czym nie można porównać czegoś czego nie ma (w przypadku oferty L.) do oferty Odwołującego, która jest ofertą kompletną.

Ad 3. Opis techniczny systemu wentylacji ze wskazaniem na jakość zastosowanych materiałów, klasy szczelności i rodzaju połączeń oraz uszczelnień. Wykonawca zgodnie z treścią oferty stosuje materiały o jakości, klasie szczelności i rodzaju połączeń zgodnie z parametrami zawartymi w SIWZ, o czym mowa w pkt 11 str. 435 oferty.

System napowietrzania znajduje się na stronie 431 pkt 5 oferty, natomiast na stronach 497-498 oraz 459-466 wskazano elementy konstrukcyjne systemu wentylacji ze wskazaniem jakości materiałów oraz połączeń.

Ponadto, powołując się na procedury oraz obowiązki wykonawcy opisane we wzorze umowy par. 6 ust. 1 oraz par. 13 ust. 8 pkt 3 oczywistym jest, że wszelkie materiały zastosowane na kontrakcie będą zgodne z wymaganiami zawartymi w dokumentacji przetargowej oraz będą na bieżąco kontrolowane przez Zamawiającego przy odbiorach częściowych. Odwołujący podkreślił, że wykonawca składając wniosek materiałowy zobowiązany jest powołać się na opisy dokumentacji celem przedstawienia Zamawiającemu zgodności proponowanego materiału z wymaganym przez Zamawiającego. W związku z powyższym nie jest możliwe zastosowanie jakiegokolwiek materiału o parametrach

gorszych niż parametry minimalne wymagane lub właściwości zawarte w rozdziale IV SIWZ – OPZ - SSWT.

Ad 4. Projekt płuczki z uwzględnieniem jej integracji z biofiltrem - Zamawiający uznał opis w ofercie głównej za wystarczający, zatem ten punkt nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty. Wymagane informacje odnośnie płuczki i biofiltra znajdują się na stronach 434-435 pkt 10, oraz stronie 444 pkt 2.1.1.6 oferty.

Ad 5. Schemat systemu doprowadzenia perkolatu nasyconego do systemu zraszania wodą brudną (odciekiem) - Zamawiający wymienił ten punkt w informacji o odrzuceniu i podał, że nie zaznaczono na schemacie sposobu odprowadzenia odcieków - takiego wymogu wykonawca składając ofertę nie miał. Brak jest wymagania co do przedstawienia na schemacie sposobu odprowadzania odcieku, w SIWZ jest mowa o doprowadzeniu perkolatu, a nie o odprowadzeniu odcieku. Ponadto, odwołujący ponownie wyjaśnił, że na stronie 436 oferty przedstawił kanały areacyjno-odciekowe.

Ad 6. Opis sposobu montażu wewnętrznej zabudowy biofiltra i sposobu zabezpieczenia przed niekontrolowanym przepływem powietrza na brzegach biofiltra - na stronie 444 pkt 2.1.1.6.1 znajduje się opis biofiltru oraz wykaz jego podstawowych elementów konstrukcyjnych. Na stronach 497 oraz 498 znajdują się pozostałe informacje, stanowiące odpowiedź na powyższe zagadnienie. Nie jest przedmiotem treści oferty wykonanie dokumentacji wykonawczej, dokumentacja ta ze wszystkimi szczegółami technicznymi i rozwiązaniami materiałowymi stanowiła przedmiot zawartej umowy.

Ad 7. Opis sposobu działania systemu deflacji jako zabezpieczenia przed zamarzaniem wody w systemie zraszania wodą czystą - na stronie 432 pkt 6 oferty znajduje się informacja o zastosowanym systemie. Z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa w odwołaniu Odwołujący nie może zacytować i wskazać rodzaju proponowanego rozwiązania.

Ad 8. Opis sposobu działania systemu deflacji jako zabezpieczenia przed zamarzaniem wody w systemie zraszania wodą brudną (odciekiem) znajduje się na stronie 432 pkt 6 oferty.

Ad 9. Opis techniczny konstrukcji dachów wraz z wyliczeniami statyki konstrukcji i wykazem zastosowanych materiałów - Opis znajduje się na str. 428 pkt 2 akapit nr 2. Wszelkie informacje w tym zakresie wymagane w SIWZ znajdują się w treści oferty.

Ad 10. Wyliczenia technologiczne wielkości zbiorników, bilans wody, wydajności pomp i dmuchaw- Wszelkie wymagane specyfikacją informacje znajdują się w treści oferty, w tym w szczególności wielkości zbiorników na stronie 430 pkt 3.

Ad 11. Schemat OO (P&ID) systemu ze wskazaniem funkcjonalnych i logicznych połączeń systemów sond, czujników z urządzeniami kontrolującymi procesy (wentylatory, pompy, siłowniki, etc.) używając symboli zgodnie z EN ISO 10628, ISO 14617 oraz EN

62424 - Zamawiający zarzucił brak odprowadzenia odcieków oraz układu pomp. Twierdził, że jest niekompletny. Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia. Złożenie wyjaśnień w żaden sposób nie zmieniło treści oferty, a jedynie wyjaśniło złożony na etapie składania ofert schemat.

Ad 12. Rysunek poglądowy kompostowni ze wskazaniem lokalizacji sond i czujników w odniesieniu do schematu OO (P&ID) - Zamawiający uważa, że brakuje sond układu pomp systemu zraszania wodą czystą i brudną. Wykonawca w tym zakresie złożył wyjaśnienia w stosunku do zawartych już w ofercie informacji - przedstawione wyjaśnienia w żaden sposób nie zmieniło treści oferty, a jedynie wyjaśniło złożony na etapie składania ofert schemat.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający powołując się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odnoszący się do merytorycznej treści oferty, nie postawił żadnego zarzutu co do jej faktycznej niezgodności z wymaganiami postawionymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Żaden z przytoczonych w informacji o odrzuceniu punktów nie stanowi również analogii do przywołanego wyroku, jak wcześniej wskazano.

Wyrok dotyczący odrzucenia oferty Konsorcjum L. został wydany w okolicznościach, gdy zostało wykazane, że w ofercie brakuje podstawowych informacji definiujących przedmiot zamówienia, które wynikały z rozdziału III SIWZ - Oferta Techniczna. W tym zakresie w pełni należało zgodzić się z wyrokiem Izby, zawarte tam wymagania, stanowią treść oferty. Z tego powodu Izba uznała, że uzupełnione dokumenty powodowały stworzenie nowej treści oferty co do rozwiązań technicznych.

W ofercie Odwołującego, wbrew stanowisku Zamawiającego znajdują się wszystkie informacje, dane techniczne wykazy maszyn i urządzeń, obliczenia i wszelkie informacje, stanowiące treść oferty. Zatem, nie może być mowy o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji.

Kwestia wyjaśnienia istniejących w ofercie danych nie stanowi naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp - zakazującego zamiany treści oferty. Tym bardziej, że treść specyfikacji jednoznacznie określa co stanowi ofertę.

Mając na uwadze powyższe, czynność odrzucenia oferty Odwołującego została dokonana z naruszeniem przepisów, a zatem odwołanie jest konieczne i zasadne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (z dnia 22 maja 2017 r.) wniósł o oddalenie odwołania, nie uznając przedstawionych w odwołaniu zarzutów. W konkluzji wskazał, że odwołanie jest całkowicie niezasadne.

W piśmie z dnia 23 maja 2017 r. przedstawił, zgodnie z opisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, braki w ofercie odwołującego wskazane w informacji z dnia 28 kwietnia 2017 r. o odrzuceniu oferty.

Wykonawca S. Sp. z o.o. z siedzibą w P., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł w zgłoszeniu przystąpienia o oddalenie odwołania. W piśmie z dnia 23 maja 2013 r. wskazał, że tabela nr 1 stanowiąca część rozdziału IV SIWZ, zawiera wykaz dokumentów w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiąc jednocześnie obligatoryjny element oferty.

Podniósł, że żądanie dokumentów wymienionych w tabeli wynika z § 13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U z 2016 r. poz. 1126). Powołał się na wyrok Izby z dnia 13 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 90/17 i KIO 112/17 dotyczący tego samego postępowania o udzielenie zamówienia, podnosząc, że Izba przesądziła o charakterze dokumentów z tabeli jako stanowiących treść oferty, co było podstawą nakazania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L. Sp. z o.o. i E. S.A.

Ponadto, zwrócił uwagę, że obecny odwołujący prezentował w poprzednim postępowaniu odwoławczym odmienne stanowisko w sprawie charakteru przedmiotowych dokumentów. Wskazał, że odmienne i sprzeczne stanowisko odwołującego należy uznać za przejaw taktyki procesowej będącej naginaniem faktów i próbą wykreowania poglądu nie mającego oparcia w SIWZ i obowiązujących przepisach, a mającej umożliwienie odwołującemu uniknięcia odrzucenia jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Odwołujący spełnia przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawniające do wniesienia odwołania w przedmiocie odrzucenia jego oferty.

Wykonawca S. Sp. z o.o. spełnił wymagania ustawowe w zakresie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, stał się uczestnikiem postępowania.

Izba oddaliła opozycję odwołującego przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykonawcy S. Sp. z o.o. po stronie zamawiającego, nie uznając uzasadnienia odwołującego jako uprawdopodobniającego, że przystępujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego (art. 185 ust. 4 ustawy Pzp). W postępowaniu pozostały trzy oferty brane pod uwagę przy ewentualnym wyborze oferty najkorzystniejszej. Oferta przystępującego jest na drugiej pozycji w rankingu ofert, zatem trudno uznać, że wykonawca nie jest zainteresowany rozstrzygnięciem na korzyść zamawiającego, tj. utrzymaniem odrzucenia oferty odwołującego, co jest jednoznaczne ze

zmniejszeniem się wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i zwiększeniem możliwości uzyskania zamówienia przez przystępującego.

Odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie wobec nie wystąpienia przesłanek odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

II. Izba ustaliła w zakresie objętym sporem, następujące fakty.

W pkt 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozdział I Instrukcja dla wykonawców, zamawiający określił co stanowi treść oferty, wskazując: *„Ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta”, formularz „Oferta techniczna”, formularze maszyn i urządzeń zamieszczone w rozdziale III SIWZ oraz niżej wymienione dokumenty:*

(...)

5) projekt linii technologicznej do kompostowania biologicznej frakcji odpadów komunalnych, (...).”

W rozdziale III SIWZ *„Formularz oferty z załącznikami”, w formularzu „Oferta techniczna”, zamawiający zamieścił w pierwszym akapicie wymaganie: „Wykonawca w oparciu o informacje i wymagania Zamawiającego opisane szczegółowo w Wymaganiach Zamawiającego – Szczegółowa Specyfikacja Wymagań Technicznych przedstawi ofertę techniczną obejmującą niżej wymienione elementy, ale nie ograniczającą się jedynie do nich, i przekazuje: (...).”*

W części oznaczonej *„C. w zakresie Instalacji do stabilizacji/kompostowania intensywnego:”* zamawiający wskazał:

„Część opisowa projektu

- 1) Schemat technologiczny odpowiadający wymaganiom funkcjonalnym Zamawiającego przedstawionym w Szczegółowej Specyfikacji Wymagań Technicznych,*
- 2) Opis rozwiązań technicznych, technologicznych, konstrukcyjnych i materiałowych zastosowanych maszyn i urządzeń spełniających wymagania Szczegółowej Specyfikacji Wymagań Technicznych,*
- 3) Opis projektowanej instalacji do stabilizacji tlenowej odpadów:*
 - a) wykaz maszyn i urządzeń,*
 - b) opis procesu stabilizacji tlenowej frakcji wydzielonej z odpadów komunalnych niesegregowanych,*
 - c) opis kompostowania zbieranych selektywnie odpadów zielonych,*
 - d) opis automatycznego systemu załadunku, przerzucania, wyładunku,*
 - e) opis systemu napowietrzania i regulacji parametrów procesu,*
 - f) opis systemu automatyki, sterowania i wizualizacji,*
- 4) Obliczenia bilansowe przepływu:*

- a) *masowego i objętościowego przetwarzanych odpadów komunalnych,*
 - b) *dla systemu hydrauliki,*
 - c) *dla systemu pneumatyki,*
potwierdzające spełnianie wymagań Szczegółowej Specyfikacji Wymagań Technicznych,
- 5) *Wykaz maszyn i urządzeń oraz wyposażenia z podaniem producenta, typu urządzenia, mocy zainstalowanej, nominalnej sprawności energetycznej w typowych warunkach pracy, określonej stosunkiem energii użytecznej do energii pobieranej, itp.,*
- 6) *Formularze maszyn i urządzeń dla oferowanych urządzeń i wyposażenia,*
- 7) *Oświadczenie wydane przez producenta/właściciela technologii stabilizacji/kompostowania o prawie własności technologii lub udzielonej licencji upoważniającej do oferowania technologii na rynku polskim.*

Rysunki:

Rysunki instalacji do stabilizacji tlenowej - rzuty i przekroje - spełniające wszystkie wymagania funkcjonalne wymagane przez Inwestora dla niniejszej instalacji."

W części opisanej „Ponadto:”, zamawiający zamieściłm.in. wymóg (drugi akapit): „Wykonawca dołączy do oferty formularze z parametrami dla wszystkich oferowanych maszyn i urządzeń, w tym parametry określające moc nominalną i sprawność energetyczną określoną dla typowych warunków pracy”, zaznaczając, że „Jeżeli w formularzu nie ujęto parametrów, które wykonawca podaje w celu potwierdzenia spełniania wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, wykonawca zostanie wezwany do uzupełnienia dokumentów.”

Zamawiający zastrzegł w końcowej części opisu: „(...)prawa weryfikacji podanych przez wykonawców danych” oraz „(...) odrzucenia oferty w przypadku nie załączenia bądź braku wymaganych danych.”

„Wymagane Formularze Maszyn i Urządzeń” zostały załączone w następnej części SIWZ (10 formularzy) oraz 2 formularze: „Wymagany Wykaz Zastosowań Urządzeń”, „Wymagany Wykaz Zastosowań Rozwiązań Technologicznych”.

Natomiast w rozdziale IV SIWZ pt. „Opis przedmiotu zamówienia – Szczegółowa Specyfikacja Wymagań Technicznych”, podzielonym na 4 części, w części: „III Linia technologiczna instalacji biostabilizacji, kompostowania i biosuszenia odpadów komunalnych”, w pkt 1.1. zamawiający wskazał, że „w projekcie budowlanym oraz jego optymalizacji określił szczegółowo sposób i formę elementów budowlanych części biologicznego przetwarzania – kompostowni, określając w projekcie lokalizacje poszczególnych elementów wymaganych systemów. Wymagana przez zamawiającego instalacja przetwarzania frakcji organicznej odpadów komunalnych składa się z substancji

budowlanej, w tym sieci oraz z systemów technologicznych, a w szczególności z następujących elementów (...)", w 9. podpunktach oznaczonych literami od A do I wyszczególnił elementy, a w dalszych opisach (punktach i tabeli) zobowiązał wykonawców:

- „A) podposadzkowego napowietrzania przyzmy w reaktorach zamkniętych [obiekt(y) nr S-1]*
- B) ujęcia i odprowadzenia odcieków technologicznych z zawracaniem odcieków do procesu [obiekt(y) nr S-2]*
- C) wentylacji reaktorów i hali manewrowej [obiekt(y) nr S-3]*
- D) dezodoryzacji i neutralizacji emisji gazowych [obiekt(y) nr S-4]*
- E) zraszania przyzmy w reaktorach [obiekt(y) nr S-5]*
- F) zamykania i hermetyzacji reaktorów [obiekt(y) nr S-6]*
- G) zapewnienia jakości odcieków technologicznych [obiekt(y) nr S-7]*
- H) pozyskiwania i przekazu danych procesowych [obiekt(y) nr S-8]*
- I) SCADA (wizualizacji i dokumentacji instalacji i zachodzących w niej procesów oraz zarządzania nimi) [obiekt(y) nr S-9].*

1.2. Obiekty technologiczne, czyli te elementy i części instalacji, które stanowią zakres szczegółowych rozwiązań oferowanych przez Dostawcę technologii, są w projekcie Budowlanym i w projektach wykonawczych oznaczone, jako te, dla których każdy Oferujący zobowiązany jest uszczegółowić w formie opisowej, w formie projektów, schematów, rysunków w taki sposób, aby Zamawiający mógł jednoznacznie i bezspornie określić, czy spełniają one wymagania szczegółowe SIWZ, w szczególności: (...).

(...)

1.4. Wymagane przez Zamawiającego parametry minimalne dla instalacji i urządzeń systemowych mają stanowić element oferty każdego Wykonawcy. Załączona dokumentacja technologiczna ma służyć Zamawiającemu do oceny kompletności oferty lub oceny równoważności w stosunku do rozwiązań opisanych w dokumentacji projektowej i opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych oraz opisem przedmiotu zamówienia, w tym wymaganiami dotyczącymi procesów kompostowania odpadów zielonych i BIO pochodzących z selektywnej zbiórki, stabilizacji tlenowej frakcji organicznej wydzielonej mechanicznie ze zmieszanych opadów komunalnych (<80mm) oraz biosuszenia zmieszanych odpadów komunalnych i wypełnił niniejszy wykaz zgodnie z powyższym.

(...)

1.8. Dokumentacja oferowanych instalacji będzie zweryfikowana przez Zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie prawo odrzucenia ofert, które nie spełniają wymagań określonych dla przedmiotu zamówienia lub które będą niekompletne lub niespójne. Zamawiający dopuszcza możliwość oferowania rozwiązań zamiennych dla

poszczególnych części projektu budowlanego, pod warunkiem że oferowane rozwiązania zamienne są w pełni zintegrowane technicznie, konstrukcyjnie, technologicznie i logistycznie z każdą pozostałą częścią projektu.

(...)

1.11. Szczegółowe zestawienie wyposażenia oraz jego minimalnych parametrów i właściwości zestawiono w tabeli nr 1 – załączniku do SSWT.”

Tabela 1, to: „Zestawienie szczegółowe minimalnych wymaganych parametrów lub właściwości i wyposażenia”, w kolumnach: „Zakres systemowy wymagany przez Zamawiającego”; „Wymagania szczegółowe” – to wymagania zamawiającego, a w kolumnie „Wymagana dokumentacja” (to dokumentacja wymagana od wykonawcy, stanowiąca treść oferty, opisująca oferowaną przez wykonawcę „instalację przetwarzania frakcji organicznej odpadów komunalnych”).

W ofercie technicznej odwołujący przedstawił (zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa) opis zatytułowany „Projekt linii technologicznej do kompostowania biologicznej frakcji odpadów komunalnych: Opis rozwiązań technicznych – technologicznych” (11 punktów, str. oferty 427-437); „Wstępny projekt rozruchu dla instalacji kompostowania/stabilizacji tlenowej” (str. oferty 438-455); „Wymagany Wykaz zastosowań urządzeń” (str. oferty 456-457); „Karty katalogowe maszyn, urządzeń i wyposażenia dla instalacji kompostowania/stabilizacji tlenowej” (str. oferty 458-468); „Dokumentacja techniczno-ruchowa pompy chemicznie odpornej” (str. oferty 469-498 – opis, karty katalogowe); „Brama hydrauliczna” (str. oferty 499-500).

Zamawiający żądał od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (wezwanie z dnia 23 marca 2017 r.), wskazując podstawę prawną art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz jednoznaczny skonkretyzowany zakres wyjaśnień: „Zamawiający wzywa do złożenia pisemnych wyjaśnień dotyczących „Zestawienia szczegółowego minimalnych wymaganych parametrów lub właściwości i wyposażenia” – Tabela Nr 1 do Rozdziału Nr IV. Zamawiający wnosi o wyraźne wskazanie numeru stron oferty, numeru akapitu oraz wersu, na których znajdują się informacje dotyczące wymagań zestawionych w tabeli załączonej do niniejszego pisma. W tym celu prosimy o wypełnienie kolumny „Numer strony w ofercie, numer akapitu, wersu”.”

Odwołujący, w terminie dwukrotnie przedłużonym, złożył wyjaśnienia (zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa z częściowym ujawnieniem informacji przez zamawiającego w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – pismo z dnia 19 kwietnia 2017 r.), załączył wypełnioną Tabelę 1 wskazując w 3. kolumnie – w miejsce żądanych numerów stron w ofercie, numerów akapitów, wersów – niektóre numery stron oferty wraz z załączeniem ponownie tych stron

oraz w jednym przypadku wskazał numer odpowiedniego punktu opisu zamieszczonego w ofercie, z którego miała wynikać odpowiednia informacja. Ponadto wskazał numery fotografii oraz dodał nowe: opisy wymagane w SIWZ nie zamieszczone w ofercie, rysunki, opis do wyjaśnień dotyczących tabeli 1 – producenta i właściciela oferowanej technologii.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego (informacja z dnia 28 kwietnia 2017 r.) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując, że „(...)odwołujący w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp załączył kopie fragmentów oferty z ograniczeniem do stron, na których miały znajdować się wyjaśnienia objęte wezwaniem oraz dodatkowe dokumenty, które nie były złożone wraz z ofertą. Po przeanalizowaniu wyjaśnień, zamawiający stwierdził, że oferta odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ, bowiem wykonawca nie potwierdził, że jego oferta zawiera wymagane w rozdziale IV SIWZ: (...)”.

Zamawiający wyszczególnił i uzasadnił w 12 punktach wskazujących pozycje z tabeli 1, tj. pozycje 1, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 16, 18, 21, 22 – niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Wymagania wskazane w pozycjach tabeli, to:

-poz.1 (S-1.1) *Projekt posadzki, przekrój, rzut* – potwierdzone w rysunkach złożonych w ramach wyjaśnień: A1 (1) oraz 1.1A (2); -poz. 6 (S-3.5) *Projekt systemu wentylacji z wykazem elementów konstrukcyjnych rurociągów* – potwierdzone w pkt 3.1 opisu do wyjaśnień; -poz. 7 (S-3.6) *Opis techniczny systemu wentylacji ze wskazaniem na jakość zastosowanych materiałów, klasy szczelności i rodzaju połączeń oraz uszczelnień* – potwierdzone w pkt 3 opisu do wyjaśnień; -poz. 8 (S-4.4) *Projekt płuczki mokrej z kontrolą pH perkolatu z uwzględnieniem jej integracji z biofiltrem* – rysunek płuczki znalazł się w uzupełnieniu w ramach wyjaśnień, płuczka przedstawiona w ofercie na str. 436 i 437 w formie prostokąta może zostać uznana jako „projekt płuczki”; -poz. 9 (S-4.5) *Schemat systemu doprowadzenia perkolatu nasyconego do systemu zraszania wodą brudną (odciekiem)* – opis w ofercie (str. 436) do którego odesłano w wyjaśnieniach, nie wskazuje sposobu odprowadzenia odcieków; -poz. 11 (S-4.9) *Opis sposobu montażu wewnętrznej zabudowy biofiltra i sposobu zabezpieczenia przed niekontrolowanym przepływem powietrza na brzegach biofiltra* – wymagane elementy znalazły się w uzupełnieniu złożonym jako wyjaśnienie, str. 444 pkt 2.1.1.6.1 oferty nie opisuje wymaganego sposobu montażu (...); -poz. 12 (S-5.8) *Opis sposobu działania systemu deflacji jako zabezpieczenia przed zamarzaniem wody w systemie zraszania wodą czystą* oraz -poz. 13 (S-5.9) *Opis sposobu działania systemu deflacji jako zabezpieczenia przed zamarzaniem wody w systemie zraszania wodą brudną (odciekiem)* – strona oferty wskazana w wyjaśnieniach (432 pkt 6) nie zawiera elementów przedstawionych w wymaganiach tabeli; -poz. 16 (S-6.9) *Opis*

techniczny konstrukcji dachów wraz z wyliczeniami statyki konstrukcji i wykazem zastosowanych materiałów – opis w ofercie (str. 428 pkt 2 akapit 2) do którego odesłano w wyjaśnieniach, nie zawiera wymaganych informacji, a część brakujących danych została przedstawiona w wyjaśnieniach; -poz. 18 (S-7.8) Wyliczenia technologiczne wielkości zbiorników, bilans wody, wydajności pomp i dmuchaw – brak wyliczeń technologicznych w ofercie (str. 430 pkt 3, str. 433 pkt 8 oraz str. 472) i w wyjaśnieniach; -poz. 21 (S-9.4) Schemat OO (P&ID) systemu ze wskazaniem funkcjonalnych i logicznych połączeń systemów sond, czujników z urządzeniami kontrolującymi procesy (wentylatory, pompy, siłowniki, etc.) używając symboli zgodnie z EN ISO 10628, ISO14617 oraz EN 62424 oraz -poz. 22 (S-9.5) Rysunek poglądowy kompostowni ze wskazaniem lokalizacji sond i czujników w odniesieniu do schematu OO (P&ID) – wskazana w wyjaśnieniach str. 436 oferty (rys.) – przedstawia braki sond układu pomp oraz sond układu pomp systemu zraszania wodą czystą i brudną.

III. Na podstawie akt sprawy odwoławczej (w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia) oraz przeprowadzonego postępowania dowodowego, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności należało uwzględnić, że w ocenianym postępowaniu o udzielenie zamówienia został wydany wyrok z dnia 13 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 90/17 i KIO 112/17, w wyniku odwołań wniesionych przez wykonawcę S. Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. Sp. z o.o., M. S.A., SAGI-EKO Sp. z o.o., I. Sp. z o.o. (porównywalny skład konsorcjum z obecnym odwołującym), w którym Izba uwzględniła oba odwołania i nakazała zamawiającemu Związkowi Międzygminnemu BZURA powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L. Sp. z o.o. i E. S.A.

W przywołanym wyroku Izba uznała „(...) za słuszny zarzut Odwołujących dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum L. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na jej niekompletność w stosunku do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym jej niezgodność z tą specyfikacją.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podlega obowiązkowemu odrzuceniu.

Zamawiający wymagania w kwestionowanej w odwołaniach części opisał m.in. w miejscach powołanych przez Odwołujących, tj. w rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tabela nr 1 (dokumenty oznaczone symbolem „S” oraz kolejnym

numerem), a także w punkcie C (brak numeracji stron specyfikacji). Ww. wymagania nie były sporne – dokumenty te miały zostać przedstawione wraz z ofertą.

(...) Aby oferta została złożona skutecznie, musi zostać złożona przed upływem terminu składania ofert – do tego momentu może zostać zmieniona lub wycofana (art. 84 ust. 1), a od upływu terminu składania ofert wykonawca zostaje nią związany (art. 85 ust. 5), sama zaś treść oferty nie może ulec zmianie, w tym niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących treści tej oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Wskazanie, iż oferta musi zostać złożona przed upływem terminu składania ofert, nie oznacza jedynie, że do tej chwili musi zostać fizycznie przekazana zamawiającemu, ale też, że do tego momentu jej treść musi zostać ostatecznie ustalona i pozostaje niezmienna (poza drobnymi korektami przewidzianymi przepisami, jak art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Ten system ma na celu zapewnienie przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ich równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Powoduje on bowiem nie tylko to, że wykonawcy mają ten sam czas na przygotowanie ofert, ale też nie mogą formułować swoich ofert po uzyskaniu dostępu do ofert innych, konkurujących wykonawców, które są dla nich dostępne od chwili dokonania oficjalnego otwarcia ofert.

Ustawa Prawo zamówień publicznych daje możliwość czy to wyjaśnienia treści ofert, czy to ich pewnego uzupełnienia (art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), jednak – nawet jeśli nie jest to wyraźnie wyartykułowane w przepisach – nie może ona prowadzić do naruszenia ww. zasad przejrzystości postępowania oraz uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ich równego traktowania, a także nie może być pretekstem do, de facto, przywrócenia wykonawcom terminu do składania ofert.

Izba też zwraca uwagę, że oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia – nie można jej traktować jak układanki, którą ma sobie ułożyć sam zamawiający, dopasowując elementy według własnego uznania. Bowiem to nie zamawiający ma oświadczenie wykonawcy kształtować – powinien on je tylko przyjąć w istniejącym, niezmiennym kształcie. Tymczasem w niniejszej sprawie taka sytuacja zaistniała – to Zamawiający doszukiwał się w ofercie istniejących lub nieistniejących treści i miało to miejsce zarówno w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, kiedy to Zamawiający nie mógł zidentyfikować około 50 dokumentów, które powinna była zawierać oferta (...).

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zażądał od wykonawców przedstawienia szeregu dokumentów obrazujących opracowaną przez nich koncepcję wykonania przedmiotu zamówienia, podając ich szczegółową listę. Przystępujący konsorcjum L. nie przedstawił wszystkich wymaganych dokumentów przedmiotowych, także po wezwaniu przez Zamawiającego pismem z 15 grudnia 2016 r. (...).

Powyższy brak wykazu elementów konstrukcyjnych rurociągów powoduje niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i tym samym konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. (...).

Potwierdził się także zarzut przedstawiony przez Odwołującego konsorcjum M., iż konsorcjum L. nie przedstawiło dokumentu wymaganego w punkcie C specyfikacji istotnych warunków zamówienia (nazwa punktu „w zakresie Instalacji do stabilizacji/kompostowania intensywnego”). W punkcie tym Zamawiający wskazał, że wykonawcy mają przedstawić m.in.:(...)5. wykaz maszyn i urządzeń oraz wyposażenia z podaniem producenta, typu urządzenia, mocy zainstalowanej, nominalnej sprawności energetycznej w typowych warunkach pracy, określonej stosunkiem energii użytecznej do energii pobieranej itp.,6. formularze maszyn i urządzeń dla oferowanych urządzeń i wyposażenia,7. rysunki instalacji do stabilizacji tlenowej,8. „ponadto” w formie zestawienia wszystkie oferowane typy maszyn, urządzeń czy wyposażenia, rozwiązania technologiczne i techniczne (konstrukcyjne), w sposób pozwalający na jednoznaczną ocenę możliwości spełnienia wszystkich postawionych wymagań i posiadania w tym względzie niezbędnych doświadczeń; wymagane są szczegółowe opisy, rysunki, schematy, zdjęcia i dowody, że oferowane elementy nie są prototypami,9. formularze z parametrami dla wszystkich oferowanych maszyn i urządzeń, w tym parametry określające moc minimalną i sprawność energetyczną określoną dla typowych warunków pracy – przy czym Zamawiający zawarł zastrzeżenie, iż jeżeli w formularzu nie ujęto parametrów, które wykonawca podaje w celu potwierdzenia spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, wykonawca zostanie wezwany do uzupełnienia dokumentów,10. dodatkowe dane dotyczące zgodności parametrów oferowanych urządzeń z wymaganiami, 11. specyfikację oferowanych urządzeń obejmującą informacje o miejscach ich zastosowania (lokalizacji instalacji).

Z powyższych wymagań wynika, że Zamawiający kilkakrotnie wskazywał na konieczność przedstawienia wykazu maszyn i urządzeń, w tym w podpunkcie 5. punktu C opisał szczegółowo, że ma to być wykaz maszyn i urządzeń oraz wyposażenia z podaniem producenta, typu urządzenia, mocy zainstalowanej, nominalnej sprawności energetycznej w typowych warunkach pracy, określonej stosunkiem energii użytecznej do energii pobieranej itp.

Konsorcjum L. takiego dokumentu nie przedstawiło, nawet pomimo wezwania Zamawiającego z 15 grudnia 2016 r., w którym w punkcie 22a wskazano na „wykaz maszyn i urządzeń zastosowanych w oferowanej linii do kompostowania komunalnych odpadów organicznych”, w którym Zamawiający powołał się na art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako podstawę wezwania. Z związku z powyższym brakiem uzupełnienia –

nawet abstrahując od stwierdzenia, czy takie wezwanie było w ogóle dopuszczalne – należy stwierdzić, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (konsorcjum L. co prawda przedstawiło częściowy wykaz, ale nie zawiera on wszystkich wymaganych danych).

Nie ulega wątpliwości, że przewidziany przez wykonawcę do zastosowania wykaz maszyn i urządzeń oraz wyposażenia tego typu zakładu jest istotnym elementem oferty, a sam Zamawiający w widoczny sposób przywiązywał do niego wagę na etapie sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o czym świadczy fakt, że wielokrotnie go przywoływał. Nie można też dopuścić sytuacji, w której Zamawiający będzie sam sobie takie zestawienie ustalał na podstawie np. kart katalogowych (nie wiadomo też, czy kompletne i czy Zamawiający dobrać właściwe urządzenia spośród kilku opisanych w danej karcie).

W zakresie uzupełniania dokumentów Izba co do zasady podzieliła argumentację Odwołujących – art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, niezależnie od uznania, czy jego treść pozornie na to pozwala, nie zmienia zasady niezmienności treści oferty ani takich naczelnych zasad postępowania jak jego przejrzystość oraz zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ich równe traktowanie. Zatem co do zasady, i z zachowaniem dużej dozy ostrożności, można uzupełnić brakujące lub wadliwe dokumenty, pod warunkiem, że nie wpłynie to na treść oferty – w szczególności nie spowoduje jej zmiany oraz a contrario – pod pretekstem uzupełnienia dokumentów nie można doprowadzić do zmiany treści oferty.(...).

Należy też zwrócić uwagę, że zgodnie z zasadą przejrzystości postępowania, zamawiający powinien się stosować do wskazań w zakresie uzupełniania dokumentów, które zawarł we wcześniejszych dokumentach, np. specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu. Zatem, skoro w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, iż wezwie do uzupełnienia danych dokumentów przedmiotowych, należy uznać to za dopuszczalne, a nawet konieczne (jak np. w powyżej przytoczonym punkcie 9. – w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienie z punktu C, bez numeracji).”

Treść pkt 9 i zastrzeżenie zamawiającego zamieszczone w SIWZ przywołane w cytowanym wyroku, jest następujące: „9. formularze z parametrami dla wszystkich oferowanych maszyn i urządzeń, w tym parametry określające moc minimalną i sprawność energetyczną określoną dla typowych warunków pracy – przy czym Zamawiający zawarł zastrzeżenie, iż jeżeli w formularzu nie ujęto parametrów, które wykonawca podaje w celu potwierdzenia spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, wykonawca zostanie wezwany do uzupełnienia dokumentów”.

Izba oceniając czynność odrzucenia oferty odwołującego (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. M. Sp. z o.o.; 2. M. S.A.; 3. S.E. Sp. z o.o.; 4. I. Sp. z o.o. Sp.k.) – informacja z dnia 28 kwietnia 2017 r., podzieliła w pełni stanowisko przedstawione w cytowanym wyroku z dnia 13 lutego 2017 r., w tym dokonaną w nim ocenę wymagań zamawiającego oraz kwalifikację dokumentów, jako dokumentów uzupełnianych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dokumentów stanowiących treść oferty podlegających jedynie wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazał w SIWZ dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez zamawiającego. W pkt C oferty technicznej w części pod opisem „*Ponadto*”, zamieścił wymóg dołączenia do oferty „*Wymaganych formularzy maszyn i urządzeń*”(10 formularzy) oraz 2. formularzy: „*Wymagany wykaz zastosowań urządzeń*”; „*Wymagany wykaz zastosowań rozwiązań technologicznych*” – zaznaczając, że jeżeli w formularzu nie ujęto parametrów, które wykonawca podaje w celu potwierdzenia spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, wykonawca zostanie wezwany do uzupełnienia dokumentów. Przy czym w końcowej części opisu zastrzegł sobie prawo weryfikacji podanych przez wykonawców danych oraz odrzucenia oferty w przypadku nie załączenia bądź braku wymaganych danych. Braki te, zgodnie z opisem zamawiającego zamieszczonym w SIWZ, mogły stanowić podstawę do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Natomiast dokumenty wymagane w rozdziale IV SIWZ pt. „*Opis przedmiotu zamówienia – Szczegółowa Specyfikacja Wymagań Technicznych*”, część: „*III Linia technologiczna instalacji biostabilizacji, kompostowania i biosuszenia odpadów komunalnych*” – parametry minimalne dla instalacji i urządzeń systemowych (tabela nr 1 w załączniku do SSWT), to elementy oferty wykonawcy służące zamawiającemu do oceny m.in. kompletności oferty, której braki stanowiły podstawę odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Brakujące elementy oferty odwołującego wskazane w informacji z dnia 28 kwietnia 2017 r., stanowiące podstawę jej odrzucenia, są to dokumenty wyszczególnione w tabeli 1 w załączniku do SSWT.

Zamawiający jest uprawniony na mocy art. 87 ust. 1 ustawy do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 (dotyczących trybu dialogu konkurencyjnego oraz poprawiania w ofercie omyłek), dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt X Ga 7/10, orzekło możliwości skutecznego wyjaśnienia treści oferty oraz niedopuszczalności takiego wyjaśnienia – *artykuł 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał.*

Wobec uzasadnionych wątpliwości spowodowanych częściowymi opisami żądanych wg tabeli 1 wymagań, zamieszczonymi w różnych fragmentach oferty odwołującego w postaci jednozdaniowych opisów często w treści dotyczącej innych elementów, ogólnikowych niezbyt czytelnych techniczno-fotografii, zamawiający zasadnie wezwał odwołującego, w ramach przysługujących mu uprawnień z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty (treść wezwania powtórzona w piśmie przedłużającym termin złożenia wyjaśnień), żądając wyłącznie wskazania numeru strony w ofercie, numeru akapitu, wersu, z których wynika, że w ofercie przedstawiono minimalnie wymagane parametry lub właściwości i wyposażenie dla instalacji i urządzeń systemowych.

Odwołujący nie kwestionując wezwania, złożył wyjaśnienia nie wskazujące wymaganych w wezwaniu danych, lecz uzupełnił ofertę wbrew treści przepisu art. 87 ust. 1 Pzp.

W postępowaniu dowodowym, z wyłączeniem jawności rozprawy, została potwierdzona niezgodność treści oferty z treścią wymagań zamawiającego opisanych w SIWZ – polegająca na nieprzedstawieniu dokumentacji opisanej w kolumnie 3. tabeli 1 „Wymagana dokumentacja” w stosunku do opisanego „Zakresu systemowego wymaganego przez Zamawiającego” i „Wymagań szczegółowych” (kolumny 1 i 2 tabeli) – dotyczy to wszystkich pozycji wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty, za wyjątkiem poz. 8, której opis zamieszczony przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty, mimo wykazanej zasadności, jest nieprecyzyjny.

W świetle ustalonych okoliczności Izba uznała, że nie można przypisać zamawiającemu naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Niezgodność merytoryczna oferty stanowiąca jej treść, z wymaganiami zamawiającego określającymi treść oferty zamieszczonymi w SIWZ, zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec jednoznacznego opisanie zakresu stanowiącego treść oferty, brak jest podstaw, w przypadku braków w dokumentacji przedstawionej w ofercie, do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie ma podstaw również do uznania naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, uzasadnienie odrzucenia oferty odpowiada wymaganiom przepisu, wskazano w nim powody odrzucenia oraz zamieszczono uzasadnienie faktyczne i prawne. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy nie znajduje uzasadnienia, nieodrzuconie oferty odwołującego stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy, szczególnie, że ustalenia wynikające z wyroku Izby z dnia 13 lutego 2017 r. wskazywały zamawiającemu kierunek oceny dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Reasumując powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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, z późn. zm.). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego w kwocie 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: