

**WYROK**

**z dnia 21 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) ABT Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k., adres dla pełnomocnika: ul. Bór 139, 42-202 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dopiewo, ul. Leśna 1c, 62-070 Dopiewo,**

przy udziale wykonawcy **ENVIROTECH Sp. z o.o., ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty złożonej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) ABT Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k., adres dla pełnomocnika: ul. Bór 139, 42-202 Częstochowa** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Dopiewo, ul. Leśna 1c, 62-070 Dopiewo** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) ABT**

**Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k., adres dla pełnomocnika: ul. Bór 139, 42-202 Częstochowa** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Gminy Dopiewo, ul. Leśna 1c, 62-070 Dopiewo** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) ABT Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k., adres dla pełnomocnika: ul. Bór 139, 42-202 Częstochowa** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*rozbudowa oczyszczalni ścieków w Dąbrówce*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 lipca 2013 r. pod numerem 137015-2013.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, podczas gdy oferta z treścią SIWZ jest zgodna;
2. art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty oraz zaniechanie dokonania poprawienia innej niż rachunkowa czy pisarska omyłki, polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, podczas gdy takie rozwiązanie prowadziłoby do usunięcia ewentualnych niezgodności, wykluczając możliwość odrzucenia oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty ENVIROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej i unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz przeprowadzenie ponownej oceny ofert, a nadto o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, że przywołana przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego norma prawna zapisana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje odrzucić taką ofertę, która jest merytorycznie niezgodna z treścią SIWZ. Niezgodność oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Tymczasem w stanie faktycznym sprawy Odwołujący zaoferował Zamawiającemu świadczenie, które w pełni odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ i które zapewnia realizację przedmiotu zamówienia.

Odnośnie zgodności z wymaganiami SIWZ urządzeń zaoferowanych jako "podstawowe" Odwołujący wyjaśnił, że stosownie do treści pkt 3.1. akapit 6 SIWZ, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w dokumentacji projektowej,

specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w przedmiarach robót. W dokumentacji projektowej zostały wskazane konkretne urządzenia, które miałyby zostać wykorzystane przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, w tym w szczególności stacja dmuchaw i stacja mechanicznego odwadniania osadu. Jednocześnie jednak w pkt 3.5 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji technicznej, pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w tej dokumentacji, przy czym przez pojęcie "parametry nie gorsze" Zamawiający rozumiał parametry o co najmniej takich samych lub wyższych standardach jakościowych niż wskazane w dokumentacji. Z powyższego wynika, w opinii Odwołującego, że dla potrzeb ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne i w celu skalkulowania ceny ofertowej wykonawcy mogli zaproponować zarówno urządzenia wprost wskazane w dokumentacji projektowej (o tożsamy parametrach w zakresie standardów jakościowych), jak i urządzenia równoważne (o parametrach "nie gorszych").

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem pkt 3.3. SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców dołączenia do oferty tabelarycznego zestawienia urządzeń (według wzoru określonego w Załączniku nr 9 do SIWZ), które zostały przez danego wykonawcę przyjęte do wyceny i stanowią one koszt realizacji zadania. Każde urządzenie należało opisać nazwą, numerem katalogowym producenta oraz podstawowymi parametrami technicznymi i eksploatacyjnymi, charakteryzującymi ten produkt, zgodnie z przedstawionym opisem zamieszczonym w Załączniku nr 9. Zamawiający wymagał, aby przedstawione urządzenia były opisane takimi samymi parametrami, jak te uwidocznione w Załączniku nr 9. Zdaniem Odwołującego, z powyższego zapisu wynikało, że w przedkładanym wykazie urządzeń (dalej: "Wykaz") wykonawcy mieli ująć te urządzenia, które stanowiły podstawę do oszacowania ceny za realizację zamówienia. Zamawiający nie wymagał zatem od wykonawców na tym etapie postępowania przetargowego jednoznacznego sprecyzowania, jakie konkretnie urządzenia będą przez wykonawcę zainstalowane na przebudowywanej oczyszczalni, a jedynie wskazania, jakie urządzenia stanowiły podstawę kalkulacji ceny ofertowej i będą stanowiły koszt realizacji zadania.

W stanie faktycznym sprawy Odwołujący cenę skalkulował z uwzględnieniem dwóch typów każdego z wymaganych urządzeń w zakresie stacji mechanicznego odwadniania osadu oraz stacji dmuchaw. W pierwszej kolejności uwzględnił urządzenia wprost wymienione w dokumentacji projektowej (urządzenia "podstawowe"), tj.:

- stację mechanicznego odwadniania osadu - prasę do odwadniania osadów Monobelt® typ NP08CK, zespół przygotowania i dozowania poi elektrolitu CMP10XL 2 szt., Pompę osadu PD- MH060-B2 2szt., zespół odzysku wody płuczącej ZOW 2szt., silos na wapno V=10m<sup>3</sup> oraz przenośniki i dozowniki wapna

PS130/3,0; PS108/5,5; PS108/5,5; PS-200/3,0 produkcji Ekofinn-Pol sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie;

- dmuchawy typu Robox ES produkcji ROBUSHI (dystrybutor Ekofinn-Pol sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie).

Urządzenia te są tożsame z wymaganymi przez Zamawiającego, a zatem w pełni odpowiadają wszystkim cechom jakościowym i parametrom technicznym określonym w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w treści SIWZ. W tym zakresie nie istnieje i nie może w żaden sposób istnieć niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ.

Ponadto, na potrzeby wyceny oferowanego świadczenia Odwołujący wziął pod uwagę urządzenia równoważne do opisanych w dokumentacji projektowej, tj.:

- stację mechanicznego odwadniania osadu - prasę taśmową M-08E z linią higienizacji osadu produkcji Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Montażowego "Montech" sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie;
- dmuchawy typu Aerzen Delta Flower model GM produkcji Aerzen Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Urządzenia równoważne zostały przez Odwołującego wycenione na tożsamym poziomie (dokładnie w tej samej cenie). Z uwagi na brak różnicy ich ceny w stosunku do ceny dla urządzeń "podstawowych" i równoważnych, dla potrzeb wyceny i oszacowania kosztu Odwołujący mógł przyjąć oba rodzaje urządzeń, gdyż w żaden sposób nie wpływało to na ostateczną cenę oferty. Odwołujący wskazał jednocześnie w Wykazie, iż dla potrzeb realizacji przedmiotu zamówienia wykorzysta urządzenia "podstawowe" lub urządzenia równoważne. Zatem, w swojej kalkulacji Odwołujący ujął dwa typy stacji dmuchaw oraz stacji do mechanicznego odwadniania, przewidując ich wykorzystanie w sposób alternatywny. Z uwagi na użyte w wykazie sformułowanie "lub" należy przyjąć, iż taka alternatywa ma charakter łączny (alternatywa łączna).

Odwołujący podnosi, że zaproponowanie Zamawiającemu urządzeń "podstawowych", tożsamych z urządzeniami wskazanymi w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz SIWZ powoduje, że oferta jako całość jest z wymaganiami Zamawiającego zgodna niezależnie od zgodności z SIWZ zaproponowanych w sposób alternatywny urządzeń równoważnych. Wynikające z oferty Odwołującego zobowiązanie do wykonania zamówienia z zastosowaniem urządzeń zgodnych z SIWZ ("podstawowych") lub urządzeń, co do których Zamawiający zgodności nie był w stanie zweryfikować (równoważnych), jest zatem zobowiązaniem zgodnym z SIWZ.

Posiłkując się zasadami logiki formalnej Odwołujący stwierdza, że zobowiązanie alternatywne do wykonania czynności "w określony sposób" (z zastosowaniem urządzeń

"podstawowych") lub w inny sposób (z zastosowaniem urządzeń "równoważnych"), jako całość będzie zgodne z określoną normą odniesienia (w tym przypadku z wymaganiami SIWZ), gdy zgodny z taką normą (wymaganiami) będzie chociaż jeden z wymienionych sposobów (lub oba te sposoby jednocześnie).

Odwołujący podniósł, że w stanie faktycznym sprawy Odwołujący oszacował koszt realizacji zamówienia (proponując tym samym Zamawiającemu) realizację rozbudowy oczyszczalni ścieków w Dąbrówce z zastosowaniem dokładnie takich urządzeń, jakich wymagał Zamawiający (urządzenia "podstawowe"). Jednocześnie, opierając się na własnej wiedzy technicznej i doświadczeniu, w swojej kalkulacji uwzględnił również alternatywną możliwość zastosowania dwóch urządzeń "równoważnych", które jego zdaniem są pod wieloma względami technologicznie lepsze - a co za tym idzie, ich instalacja w rozbudowywanej oczyszczalni będzie bardziej efektywna.

Oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza pod względem ceny. W tej sytuacji odrzucenie tej oferty (tylko z tego powodu, że Odwołujący nie sprecyzował w Wykazie kilku spośród wszystkich parametrów urządzeń stanowiących podstawę kalkulacji cenowej) było działaniem nieuzasadnionym, a ponadto również naruszającym zasady racjonalnego wydatkowania środków finansowych.

Działanie takie jest o tyle niezrozumiałe, iż wybór oferty Odwołującego w żaden sposób nie mógłby prowadzić do uzyskania przez Zamawiającego świadczenia niezgodnego z opisaniem w SIWZ, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i w dokumentacji projektowej. Zgodnie bowiem z zapisem pkt 3.5 zd. 4 i 5 SIWZ Wykonawca stosując rozwiązania równoważne jest w pełni odpowiedzialny za taki dobór maszyn, urządzeń, sprzętu, armatury i innych, by uzyskać wymagane parametry technologiczne oczyszczalni oraz by dostosować je do istniejących i projektowanych budynków bez zmiany ich istniejącej/zaprojektowanej powierzchni, kubatury i układu przestrzennego, tak by nie zachodziła konieczność zmiany tych budynków i zmiany pozwolenia na budowę. Rozwiązania równoważne mają być zgodne z dokumentacją projektową.

Stosownie zaś do treści postanowienia § 2 ust. 2 lit. g projektu umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego (Załącznik nr 2 do SIWZ), wybrany w postępowaniu wykonawca zawierając umowę będzie zobligowany oświadczyć, iż przeanalizował dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót i specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz zobowiązać się, iż zrobi wszystko, co jest niezbędne do odpowiedniego wykonania przedmiotu umowy, zgodnie z intencją i znaczeniem dokumentacji projektowej.

W treści przedstawionego Zamawiającemu formularza ofertowego Odwołujący złożył zaś oświadczenia o treści następującej:

- *"Nawiązując do ogłoszenia dotyczącego rozbudowy oczyszczalni ścieków w*

*Dąbrówce, oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami oraz wymogami i zakresem określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia" (pkt 1 formularza ofertowego),*

- *"Oświadczamy, że dołączony do SIWZ projekt Umowy, został przez nas zaakceptowany oraz, że zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia Umowy na wymienionych w nim warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego" (pkt 7 formularza ofertowego).*

Ponadto w myśl zapisu § 10 ust. 1 projektu umowy, wybrany wykonawca będzie zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy z materiałów i urządzeń własnych, wolnych od wad fizycznych i prawnych, odpowiadających co do jakości wymogom wyrobów dopuszczonych do obrotu i stosowania w budownictwie, zgodnie z projektem, SIWZ i ofertą wykonawcy.

W przypadku natomiast stwierdzenia przez Zamawiającego, że wbudowane materiały są niezgodne z umową, będzie on uprawniony żądać od wykonawcy usunięcia ich (na koszt wykonawcy) i ponownego wykonania robót z materiałów właściwych. Jeżeli wykonawca nie zastosuje się do polecenia, Zamawiający będzie uprawniony do zlecenia powyższych czynności osobie trzeciej i potrącenia poniesionych kosztów z wynagrodzenia wykonawcy lub pokrycia ich z kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a gdy kwota ta okaże się niewystarczająca, do dochodzenia zapłaty na zasadach ogólnych (§ 10 ust. 6 projektu umowy).

Z powyższych uregulowań jednoznacznie wynika, w ocenie Odwołującego, że obowiązkiem wykonawcy po zawarciu umowy będzie stosowanie w ramach inwestycji wyłącznie urządzeń spełniających wymagania opisane w SIWZ. W przypadku zatem zawarcia umowy z Odwołującym, który zgodnie ze swą ofertą zaproponował realizację przedmiotu zamówienia z alternatywnym zastosowaniem dwóch typów stacji dmuchaw i stacji mechanicznego odwadniania osadów (urządzenia "podstawowe" lub równoważne), gdyby zaistniały jakiegokolwiek wątpliwości co do zgodności z treścią SIWZ urządzeń równoważnych, będzie zobligowany do wykorzystania wyłącznie urządzeń "podstawowych".

W tych okolicznościach Zamawiający ma gwarancję (w postaci odpowiednich zobowiązań umownych Odwołującego oraz instrumentu zapewniającego ich realizację, tj. uprawnienia przewidzianego w § 10 ust. 6 projektu umowy), iż w przypadku wyboru oferty Odwołującego przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie ze wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ, a także specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w dokumentacji projektowej.

Co do zgodności urządzeń równoważnych ze wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ Odwołujący podaje, że w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał na określone nieprawidłowości w ofercie Odwołującego. Jednakże

przedmiotowe "nieprawidłowości", zdaniem Odwołującego, nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Nie świadczą one bowiem w żaden sposób o niezgodności wskazanych w Wykazie urządzeń równoważnych z wymaganiami SIWZ, a jedynie o pominięciu przez Odwołującego niektórych informacji o oferowanych jako alternatywa urządzeniach równoważnych. Nawet gdyby potraktować wskazane braki tak jak Zamawiający, jako niezgodność z wymaganiami co do zakresu podawanych w ofercie informacji, brak byłoby możliwości odrzucenia oferty Odwołującego z powodu takich "niezgodności". Zgodnie bowiem z utrwalonym poglądem orzecznictwa z zakresu zamówień publicznych, przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przesłanka do odrzucenia oferty zachodzi wówczas, gdy niezgodność oferty z SIWZ ma charakter nieusuwalny (uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 285/12, podobnie w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1266/13).

Wskazane przez Zamawiającego braki w Wykazie mogą zostać w łatwy sposób usunięte przy zastosowaniu dyspozycji art. 87 ust. 1 lub art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący mógł zostać wezwany do złożenia wyjaśnień co do treści oferty i wskazać, że wszystkie kwestionowane przez Zamawiającego wymagania określone w Załączniku nr 9 są przez oferowane urządzenia równoważne spełnione. Dodatkowo, Odwołujący oświadcza, iż wszystkie wymagania w opisanym powyżej zakresie są przez zaproponowane urządzenia równoważne spełnione.

Zdaniem Odwołującego, możliwe jest również potraktowanie wspomnianych braków, w ofercie Odwołującego, jako omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ. Niezgodność ta ma charakter omyłki, gdyż brak wskazania wyszczególnionych przez Zamawiającego informacji wynikał ze zwykłego ich "przeoczenia". Intencją Odwołującego było złożenie oferty zgodnej z SIWZ i wykazanie wszelkich niezbędnych parametrów technicznych i jakościowych. Poprawienie takiej omyłki nie doprowadzi do jakiegokolwiek zmiany oferty Odwołującego (ani istotnej, ani nawet nieistotnej), albowiem w przypadku poprawienia tej omyłki świadczenie Odwołującego pozostanie tożsame (wykorzystane będą te same urządzenia). W przypadku, gdy istnieje możliwość usunięcia omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie takiej omyłki. Obowiązek ten wynika z literalnej treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - przepis ten wyłącza możliwość odrzucenia oferty w przypadku, gdy omyłka może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważa, że odrzucanie prawidłowej i spełniającej w rzeczywistości merytoryczne wymagania Zamawiającego oferty z tego tylko powodu, iż Odwołujący przeoczył w Wykazie niektóre spośród szczegółowych parametrów proponowanych urządzeń, stanowiłoby przejaw skrajnego formalizmu. Zaś Sąd Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 lutego 2007 r. sygn. akt X Ga 23/07 zauważył: „*formalizm*



*postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad."*

Co do rzekomej niezgodności wymiarów zaoferowanych dmuchaw z wymaganiami SIWZ Odwołujący podaje, że w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał, że wymiary zewnętrzne zaoferowanych przez Odwołującego równoważnych dmuchaw nie mieszczą się w założonej przez niego tolerancji wymiarów. Jego zdaniem, mając na uwadze względy eksploatacyjne oraz rozmieszczenie dmuchaw w miejscu ich montażu tak określone parametry (wymiary) mają decydujące znaczenie przy montażu, jak i przy bieżących naprawach i konserwacji tych urządzeń.

Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że wymaganie dotyczące wymiarów zewnętrznych dmuchaw zostało określone w specyfikacji wykonania i odbioru robót budowlanych w postaci konkretnych wartości liczbowych, tj. 1155x1207x1150 (wysokość) mm. Zaś, jak podaje Odwołujący, na rynku istnieje tylko jeden typ dmuchaw o podanych przez Zamawiającego wymiarach - jest to wskazany w dokumentacji projektowej i zaoferowany przez Odwołującego jako urządzenie podstawowe typ Robox ES produkcji ROBUSHI. Wymiary takie nie są powtarzane w innych urządzeniach, gdyż poszczególni producenci stosują własne unikalne rozwiązania technologiczne - nie odwzorowują urządzeń konkurentów (a tylko w takim przypadku poszczególne urządzenia mogłyby posiadać identyczne wymiary).

Z uwagi na powyższą okoliczność na etapie poprzedzającym termin składania ofert został do Zamawiającego skierowany wniosek o wyjaśnienie SIWZ, w którym jeden z wykonawców zwrócił się o potwierdzenie, iż podane w dokumentacji technicznej wymiary urządzeń mają tylko określić przybliżone gabaryty, nie są zaś obligatoryjne (pytanie nr 25 na zamieszczonej przez Zamawiającego liście pytań i odpowiedzi z dnia 21 sierpnia 2013 r.). W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający wyjaśnił, że wymiary urządzeń zostały wystarczająco dokładnie podane na rysunkach technologii projektu wykonawczego, zaś wymiary projektowanych urządzeń dobrano w powiązaniu ze stanem istniejącym, uwzględniając względy konstrukcyjne [otwory w stropach, ścianach].

Z powyższej odpowiedzi wynika, w ocenie Odwołującego, że dla Zamawiającego podstawowym kryterium określenia wymiarów zewnętrznych instalowanych dmuchaw były możliwości instalacji tych urządzeń w pomieszczeniach do tego celu zaprojektowanych i przeznaczonych. Znajduje to potwierdzenie w treści pkt 3.5 zd. 4 SIWZ, zgodnie z którym *"Wykonawca stosując rozwiązania równoważne jest w pełni odpowiedzialny za taki dobór maszyn, urządzeń, sprzętu, armatury i innych, by uzyskać wymagane parametry technologiczne oczyszczalni oraz by dostosować je do istniejących i projektowanych budynków bez zmiany ich istniejącej/zaprojektowanej powierzchni, kubatury i układu przestrzennego, tak by nie zachodziła konieczność zmiany tych budynków i zmiany*

*pozwolenia na budowę.*" Ponadto, zgodnie z zapisem w pkt 3.5 zd. 2 SIWZ Zamawiający dopuścił zastosowanie przy realizacji przedmiotu zamówienia innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji technicznej, pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w tej dokumentacji, przy czym pod pojęciem "parametry nie gorsze" Zamawiający rozumiał parametry o co najmniej takich samych lub wyższych standardach jakościowych, niż wskazane w dokumentacji.

Odwołujący stwierdza, że przyjęte przez Odwołującego dla potrzeb wyceny urządzenie równoważne (dmuchawy typu Aerzen Delta Flower model GM produkcji Aerzen Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) o wymiarach 1183 x 925 x 1280 (wysokość) mm z całą pewnością może zostać zainstalowane w projektowanym budynku dmuchaw bez jakichkolwiek modyfikacji wymiarów tego budynku (w szczególności w zakresie fundamentów, wiat, otworów w stropach czy ścianach). Mając zaś na uwadze, że zaproponowane przez Odwołującego dmuchawy są mniejsze od tych wymaganych zgodnie z dokumentacją projektową, po ich zainstalowaniu dostęp do tych urządzeń będzie w istocie łatwiejszy.

W konsekwencji, w opinii Odwołującego, wskazane w Wykazie równoważne dmuchawy Aerzen Delta Flower GM z całą pewnością zapewniają parametry o standardach jakościowych nie gorszych niż wymagane zgodnie z dokumentacją projektową dmuchawy "podstawowe" (typu Robox ES produkcji ROBUSHI). W zakresie parametru wymiarów zewnętrznych odpowiadają one zatem przyjętej przez Zamawiającego definicji urządzeń równoważnych - a zatem brak jest podstaw do formułowania twierdzenia o niezgodności tych urządzeń z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Co do zarzutu dotyczącego braku wyposażenia dmuchaw w filtr powietrza zgodnie z intencją Zamawiającego, Odwołujący wyjaśnia, że stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność z SIWZ dmuchaw typu Aerzen Delta Flower GM, polegająca na braku ich wyposażenia w filtr powietrza jest całkowicie nieuzasadniona. Zgodnie z informacją zawartą na stronie 17 przedstawionego przez Odwołującego Wykazu, dmuchawy te wymagany przez Zamawiającego filtr powietrza, zintegrowany z tłumikiem wlotowym absorpcyjno-interferencyjnym posiadają.

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

Zamawiający w części 3. SIWZ pkt 3.1 wskazał, że *„szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiary robót”*. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że: *„Występujące w dokumentacji nazwy własne producentów lub wyrobów zostały użyte wyłącznie w celu wskazania założonego standardu przyjętych rozwiązań. Zamawiający dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż*

podane w dokumentacji technicznej pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w tej dokumentacji. Pod pojęciem parametry nie gorsze Zamawiający rozumie parametry o co najmniej takich samych lub wyższych standardach jakościowych, niż wskazane w dokumentacji. Wykonawca stosując rozwiązania równoważne jest w pełni odpowiedzialny za taki dobór maszyn, urządzeń, sprzętu, armatury i innych, by uzyskać wymagane parametry technologiczne oczyszczalni oraz by dostosować je do istniejących i projektowanych budynków bez zmiany ich istniejącej/ zaprojektowanej powierzchni, kubatury i układu przestrzennego, tak by nie zachodziła konieczność zmiany tych budynków i zmiany pozwolenia na budowę. Rozwiązania równoważne mają być zgodne z dokumentacją projektową” (pkt 3.5 SIWZ).

W dokumentacji projektowej Zamawiający wskazał m.in. następujące urządzenia: 1) stację mechanicznego odwadniania osadu - prasę taśmową M-08E z linią higienizacji osadu produkcji Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Montażowego "Montech" sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie; 2) dmuchawy typu Aerzen Delta Flower model GM produkcji Aerzen Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Zaś, w specyfikacji wykonania i odbioru robót budowlanych określił wymiary zewnętrzne dmuchaw następującymi wartościami liczbowymi: 1155x1207x1150.

W § 2 ust. 2 lit. g projektu umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) zawarte jest oświadczenie, że wykonawca „przeanalizował dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i specyfikację istotnych warunków zamówienia jak też, że zapewni i zrobi wszystko, co jest niezbędne do odpowiedniego wykonania przedmiotu umowy, zgodnie z intencją i znaczeniem dokumentacji projektowej”.

Jednocześnie we wzorze formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ) zawarte są następujące oświadczenia, odpowiednio w pkt 1. i 7.: „Nawiązując do ogłoszenia dotyczącego rozbudowy oczyszczalni ścieków w Dąbrówce, oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami oraz wymogami i zakresem określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...). Oświadczamy, że dołączony do SIWZ projekt Umowy, został przez nas zaakceptowany oraz, że zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia Umowy na wymienionych w nim warunkach (...).”

Nadto w § 10 ust. 1 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ) zawarto oświadczenie: „Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy z materiałów i urządzeń własnych, wolnych od wad fizycznych i prawnych, odpowiadających co do jakości wymogom wyrobów dopuszczonych do obrotu i stosowania w budownictwie, zgodnie z projektem, specyfikacją istotnych warunków zamówienia i ofertą Wykonawcy (...)”. Zaś, w ust. 6 znajduje się następujące postanowienie: „W przypadku stwierdzenia, że wbudowane materiały są niezgodne z umową Zamawiający ma prawo wymagać od Wykonawcy (na koszt

Wykonawcy) usunięcia i ponownego wykonania robót z materiałów właściwych. Jeżeli Wykonawca nie zastosuje się do polecenia, Zamawiający zleci wykonanie powyższych czynności osobie trzeciej i potrąci poniesione przez siebie koszty z wynagrodzenia Wykonawcy lub pokryje je z kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a gdy kwota ta okaże się niewystarczająca, będzie dochodził jej zwrotu na zasadach ogólnych”.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2013 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień, na zadane przez wykonawców pytania. I tak, m.in. na pytanie nr 25: „Prosimy potwierdzić, że wymiary urządzeń mają tylko określić ich przybliżone gabaryty, a nie być obligatoryjne”, Zamawiający odpowiedział: „Wymiary urządzeń są wystarczająco dokładnie podane na rysunkach technologii projektu wykonawczego. Wymiary projektowanych urządzeń dobrano w powiązaniu ze stanem istniejącym, uwzględniając względy konstrukcyjne [otwory w stropach, ścianach].”

Pismem z dnia 29 sierpnia 2013 r. Zamawiający poinformował o modyfikacji SIWZ w zakresie Załącznika nr 9 do SIWZ, gdzie w odniesieniu do stacji dmuchaw wskazano na m.in. następujące cechy dmuchaw: „wymiarzy zewnętrzne dmuchawy 1155x1207x1150 (wysokość) mm – (+/- 100 mm), tłumik wlotowy absorpcyjno-interferencyjny zintegrowany z filtrem powietrza.”

Odwołujący w swojej ofercie w Załączniku nr 9 w zakresie pkt 2 i 3 zaproponował dwa rodzaje urządzeń, tj. urządzenia wskazane przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej oraz urządzenia równoważne, podając nazwy własne rzeczonych urządzeń i producenta. Opis oferowanych przez Wykonawcę parametrów urządzeń równoważnych stanowił opis minimalnych wymaganych przez Zamawiającego parametrów urządzeń.

Wobec powyższego, Zamawiający w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie Załącznika nr 9 do SIWZ. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że przedmiotowy załącznik „został wypełniony niezgodnie z wymogami SIWZ, co uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie weryfikacji zaproponowanych urządzeń tzn.: brak opisu oferowanych przez Wykonawcę parametrów urządzeń” (pismo z dnia 24 września 2013 r.).

W odpowiedzi (pismo z dnia 26 września 2013 r.) Odwołujący przedłożył Załącznik nr 9, w którym w pkt 3 w odniesieniu do zaproponowanej jako równoważna stacji dmuchaw podał m.in. następujące cechy: „wymiarzy zewnętrzne dmuchawy 1183x925x1280 (wysokość) mm, zintegrowany filtr-tłumik na ssaniu bez materiałów absorbcyjnych – brak zagrożenia zapychania się instalacji napowietrzania.”

Pismem z dnia 1 października 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że po dokonaniu analizy oferty oraz uzupełnionych dokumentów stwierdzono, że: „W załączonym

do oferty wykazie urządzeń Wykonawca zaproponował w zakresie pozycji nr 2 i 3 tabeli po dwa urządzenia. W takiej sytuacji, każde z tych urządzeń musi być zgodne w całości z minimalnymi wymogami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Urządzenia wskazane w ofercie jako równoważne nie spełniają jednak minimalnych wymagań określonych w SIWZ ponieważ:

- 1) pozycja nr 2 (tabel) – urządzenie równoważne. Stacja mechanicznego odwadniania osadu:
  - brak podania dolnej granicy płynnej regulacji wydatku (wymagano regulacji płynnej od 1,2 do 6,0 m<sup>3</sup>/h, w wyjaśnieniach podano tylko wielkość 6,0 m<sup>3</sup>/h),
  - brak określenia rodzaju zagęszczacza wstępnego (do wyboru był bębnowy lub taśmowy),
  - brak informacji, czy zagęszczacz jest wyposażony w śrubę Archimedesą,
  - brak informacji, czy zagęszczacz gwarantuje współczynnik rozdziału stężenia suchej masy osadu na urządzeniu więcej 98,5% (stężenie s.m. odcieku winno wynosić mniej niż 1,5% s.m. osadu nadawy);

Brak powyższych informacji nie pozwala ocenić czy te proponowane urządzenie spełnia podstawowe parametry jakie były założone przez zamawiającego a tym samym stwierdzić czy jest ono równoważne.

- 2) pozycja nr 3 (tabeli) – urządzenie równoważne. Dmuchawy:
  - wymiary zewnętrzne zaproponowanych dmuchaw nie mieszczą się w zakładanej tolerancji wymiarów określonych przez Zamawiającego (mając na uwadze względy eksploatacyjne oraz rozmieszczenie dmuchaw w miejscu ich montażu tak określone parametry (wymiary) mają decydujące znaczenie przy montażu, jak i przy bieżących naprawach i konserwacji urządzeń),
  - brak informacji czy regulacja naciągu pasów klinowych jest automatyczna,
  - dmuchawy nie są wyposażone zgodnie z intencją zamawiającego w filtr powietrza,
  - Zamawiający określił, iż na wale napędowym od strony przekładni pasowej łożysko wałeczkowe, a pozostałe kulkowe - Wykonawca w przedłożonych wyjaśnieniach nie wskazuje takiego rodzaju łożyska umiejscowionego we właściwym miejscu, tylko wskazuje, że łożyska są wzmocnione. Niestety wymagane łożysko wałeczkowej nie jest tożsame z przedstawioną propozycją łożyska wzmocnionego. Łożysko wzmocnione - nie wiadomo, na czym polega to wzmocnienie - brak takiej informacji nie pozwala na stwierdzenie równoważności proponowanego rozwiązania,
  - w dmuchawie (silnik 11,0 Kw) - Wykonawca nie podaje dolnej wydajności dmuchawy (wskazuje tylko na górną jej granicę, tj. do 420 m<sup>3</sup>/h/szt), brak dolnego parametru uniemożliwia weryfikację urządzenia.”

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymaga, jak charakter należy przypisać Załącznikowi nr 9 do SIWZ. Odwołujący starał się wywieść, że przedmiotowy dokument ma jedynie znaczenie dla kalkulacji ceny oferty. Z takim poglądem zgodzić się jednak nie można. Jakkolwiek należy przyznać rację Odwołującemu, że rzeczony Załącznik stanowi podstawę wyceny przedmiotu zamówienia, to nie należy pomijać, jak słusznie podkreślił Zamawiający, że zawężanie znaczenia tegoż załącznika jest nieuprawnione. Analiza treści spornego dokumentu prowadzi bowiem do wniosku, że Zamawiający oczekiwał skonkretyzowania oferowanego przedmiotu zamówienia przez podanie konkretnego urządzenia ze wskazaniem jego parametrów. W tych okolicznościach stwierdzić należy, że intencją Zamawiającego było, aby wykonawca wskazał przedmiot świadczenia w odniesieniu do urządzeń.

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje okoliczność, że w projekcie umowy i w formularzu ofertowym zawarte są postanowienia mocą, których wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Zaś, w przypadku materiałów niezgodnych z umową będzie zobowiązany do ich usunięcia. Umowa reguluje etap realizacji zamówienia i oczywistym jest, że w jej treści znajdujemy odwołanie do odpowiednich postanowień SIWZ i treści oferty, ale nie oznacza to wcale, że weryfikacja zaoferowanego przedmiotu zamówienia następuje dopiero w toku wykonywania zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że ocena oświadczenia woli, dotyczącego zaoferowanego przedmiotu zamówienia a ocena prawidłowości realizacji inwestycji to dwie różne oceny dokonywane na odmiennych etapach, pierwsza na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, druga zaś na etapie wykonywania zamówienia. Ocen tych nie można łączyć, ani też przenosić na inny etap postępowania, pozytywna weryfikacja treści oferty, co oczywiste, determinuje ewentualną dalszą ocenę, w tym na etapie wykonawstwa.

Przypisanie wskazanej roli Załącznikowi nr 9 do SIWZ powoduje, że podlega on ocenie w zakresie zgodności oferty z treścią SIWZ. Jak wskazuje się w orzecznictwie, weryfikacja w tym przedmiocie winna następować w odniesieniu do merytorycznej zawartości oferty, co oznacza, że ocenie podlega zaoferowany przedmiot zamówienia w świetle wymagań sformułowanych przez Zamawiającego. Stwierdzenie niezgodności jest możliwe, jedynie w sytuacji, w której przedmiot i zakres świadczenia zaoferowany przez wykonawcę prowadzić będzie do uzyskania świadczenia, które wymagań Zamawiającego nie spełnia.

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że Odwołujący w poz. 2 i 3 Załącznika nr 9 do SIWZ zaproponował do realizacji zamówienia dwa urządzenia. Urządzenie, na które wskazał

Zamawiający w treści SIWZ oraz urządzenie, które w ocenie Odwołującego, jest urządzeniem równoważnym względem „urządzenia podstawowego”. Jednocześnie z treści Wykazu wynika, że Odwołujący wskazał urządzenie równoważne jako alternatywne oraz, że kalkulacja ceny oferty niezależnie od rodzaju urządzenia, które zostanie wykorzystane przy realizacji zamówienia pozostanie na niezmiennym poziomie, bowiem oba urządzenia zostały wycenione jednakowo. Zamawiający akceptując wskazany sposób zaferowania przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do jego weryfikacji pod kątem sformułowanych wymogów.

Nie ulega wątpliwości, że urządzenia, które zaferował Odwołujący, a które są jednocześnie urządzeniami wymienionymi w SIWZ, spełniają wymagania Zamawiającego. W tym zakresie więc oświadczenie woli Odwołującego czyni zadość wymaganiom wyartykułowanym w SIWZ. W konsekwencji zaferowany przedmiot świadczenia odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego. Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy zaferowanie jednocześnie przez Odwołującego urządzeń równoważnych (przy uwzględnieniu okoliczności, że Zamawiający nie kwestionuje powyższego), które nie odpowiadają oczekiwaniom Zamawiającego powoduje, że oświadczenie woli w przedmiocie zaferowania urządzeń „podstawowych” nie wywiera skutków prawnych. Twierdzenia Zamawiającego, że oświadczenie woli wykonawcy musi być w całości zgodne z treścią SIWZ w istocie bowiem sprowadza się do konstatacji, że oświadczenie woli, dotyczące obu urządzeń musi być zgodne z treścią SIWZ. Zaś niezgodność rzeczoności oświadczenia w zakresie odnoszącym się do jednego z urządzeń niweczy całe oświadczenie woli w tym przedmiocie.

Pogląd ten nie zyskał aprobaty Izby. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że sens oświadczeń woli ujawnionych w postaci pisemnej, czyli wyrażonych w dokumencie, ustala się, przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu (por. uchw. SN z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995, nr 12, poz. 168; wyr. SN z dnia 12 grudnia 2002 r., V CKN 1603/00, Lex nr 75350; wyr. SN z dnia 7 kwietnia 2005 r., II CK 431/04, Lex nr 145198; wyr. SN z dnia 23 kwietnia 2009 r., IV CSK 558/08, Lex nr 512966). Zawarte w art. 65 k.c. zasady tłumaczenia oświadczeń woli wymagają uwzględnienia całego złożonego oświadczenia woli, a nie tylko wybranego dowolnie fragmentu (por. wyr. SN z dnia 26 sierpnia 1994 r., I CKN 100/94, Lex nr 293258; wyr. SN z dnia 29 stycznia 2002 r., V CKN 679/00, Lex nr 54342; wyr. SN z dnia 23 września 2004 r., III CK 400/03, Lex nr 174201; wyr. SN z dnia 21 sierpnia 2008 r., IV CSK 159/08, Lex nr 466005; wyr. SN z dnia 5 marca 2010 r., IV CSK 382/09, Lex nr 852584; wyr. SN z dnia 3 lutego 2011 r., I CSK 348/10, Lex nr 936479). Przy wykładni oświadczeń woli postuluje się życzliwą ich interpretację (*benigna interpretatio*) wspomagającą uznanie czynności prawnej za ważną. Stosowanie tej dyrektywy (nazywanej *favor negotii*, a w odniesieniu do umów *favor contractus*) oznacza preferowanie

takiego znaczenia oświadczenia woli, które pozwala na utrzymanie czynności prawnej i uznanie jej za zgodną z prawem oraz skuteczną niż kwalifikowanie jej jako nieważnej czy nieskutecznej. Za przyjęciem takiej reguły przemawia przede wszystkim okoliczność, że z istoty swej oświadczenia woli składane są właśnie po to, aby wywołać określone skutki prawne.

Bezspornie Odwołujący zaoferował urządzenia, które spełniają wymagania Zamawiającego („urządzenia podstawowe”), alternatywnie zaoferował również urządzenia równoważne. Nie ulega wątpliwości, że dla realizacji zamówienia konieczne jest wykorzystanie jedynie jednego z urządzeń (podstawowego lub równoważnego). Skoro tak, to pozytywna weryfikacja przez Zamawiającego przynajmniej jednego urządzenia musi prowadzić do wniosku, że przedmiot zamówienia spełnia wymagania SIWZ.

Za nieuprawnioną należy uznać, w świetle powołanych reguł wykładni oświadczeń woli, przedstawioną przez Zamawiającego interpretację oświadczenia woli Odwołującego. Po pierwsze bowiem, Wykonawca nie miał obowiązku zaoferowania dwóch urządzeń. Po drugie, Odwołujący wskazując dwa urządzenia, uwzględnił jedno z urządzeń wymienionych przez Zamawiającego. Wreszcie, Odwołujący nie zastrzegł, że przypisuje sobie uprawnienie do wyboru tych urządzeń i że, wyboru tego dokona na etapie realizacji zamówienia. W tych okolicznościach należy więc przyjąć, że Odwołujący zaoferował urządzenie równoważne niejako z ostrożności, przy jednoczesnym zaproponowaniu „urządzenia podstawowego” poddając ocenie treść złożonego oświadczenia woli Zamawiającemu.

Zamawiający tej oceny nie dokonał w sposób prawidłowy. Nie można bowiem przypisywać rozstrzygającego znaczenia tej części oświadczenia woli, która okazałaby się niezgodna z SIWZ. Niezgodność urządzenia równoważnego z wymaganiami Zamawiającego, a w konsekwencji oferty w tym przedmiocie z treścią SIWZ pozostaje bez wpływu na skuteczność oświadczenia o zaoferowaniu „urządzeń podstawowych”. Nadto, zwrócić należy uwagę, że oba oświadczenia winny być rozpatrywane rozłącznie, bowiem pozostają w alternatywie. Co więcej, między tymi oświadczeniami nie zachodzi sprzeczność i nie czynią treści oferty niejednoznaczną. Wszystko to zaś oznacza, że każde z tych oświadczeń należy oceniać odrębnie w świetle postanowień SIWZ. Nie stoi temu na przeszkodzie również przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który jak podkreślał Zamawiający, nie daje podstaw do częściowego odrzucenia oferty. Jakkolwiek stanowisko to jest słuszne, to jednak wykładnia powołanego przepisu, zaproponowana przez Zamawiającego, jest wadliwa.

Wspomniany przepis stanowi dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, w sytuacji, w której jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Co do okoliczności, że niezgodność tę należy odnosić jedynie do przedmiotu zamówienia, Izba wypowiedział się wyżej. Na tle niniejszego stanu faktycznego pozostaje do rozważenia jeszcze jeden aspekt, a mianowicie,



czy oświadczenie woli, stanowiące ofertę w zakresie, w jakim pozostaje w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego, przy uwzględnieniu, że oświadczenie w pozostałej części w pełni realizuje oczekiwania Zamawiającego, przesądza o niezgodności treści oferty z SIWZ. Zdaniem Izby, w opisanej sytuacji takiej niezgodności dopatrzeć się nie można, bowiem biorąc pod uwagę reguły wykładni oświadczeń woli i jednoznaczną i wyartykułowaną intencję Odwołującego, co do zaoferowania przedmiotu zamówienia odpowiadającego wymaganiom Zamawiającego („urządzenia podstawowe”), oferta Odwołującego z pewnością jest zgodna z SIWZ w zakresie wymaganym do realizacji zamówienia. Intencją ustawodawcy we wskazanym przepisie było poddanie ocenie oferty w świetle wymagań SIWZ przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że zgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi także w sytuacji, w której określone postanowienia tej zgodności nie wykazują, ale dają podstawę do ich poprawienia (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp) albo też znajdują się poza zakresem oświadczenia, które zostało uznane za spełniające wymagania SIWZ. Oznacza to, że można je pominąć bez uszczerbku dla treści oferty i stwierdzenia jej zgodności z treścią SIWZ.

Zatem, wobec stwierdzenia, że oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, bowiem „urządzenia podstawowe” zaoferowane przez Odwołującego spełniają wymagania Zamawiającego, decyzję o jej odrzuceniu przez Zamawiającego, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za wadliwą i stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego wskazanego przepisu.

Przechodząc do aspektu oceny zaoferowanych urządzeń równoważnych w świetle wymagań SIWZ stwierdzić należy, że bezsporne jest w niniejszej sprawie, iż Odwołujący w uzupełnionym Załączniku nr 9 do SIWZ nie wykazał wszystkich parametrów urządzenia, które dawałyby podstawę do stwierdzenia przez Zamawiającego równoważności tego urządzenia względem „urządzenia podstawowego”. Tymczasem obowiązek ten wynikał z treści SIWZ. Co więcej, Odwołujący nie uczynił tego również na wezwanie Zamawiającego, skierowane w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W tych okolicznościach, Odwołujący kreując tezę o pominięciu wskazanych parametrów domaga się zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednakże, w ocenie Izby, żądania Odwołującego należy uznać za bezpodstawne. W pierwszej kolejności, zauważyć należy, że mocą przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowany przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zatem, na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, dotyczącej równoważności oferowanego przedmiotu zamówienia i to w sposób określony przez Zamawiającego. W niniejszej sprawie, przyjąć należy, że obowiązek wskazania w Załączniku

nr 9 do SIWZ oferowanego urządzenia i co ważne, parametrów, którymi się ono charakteryzuje, stanowiło o spełnieniu przedmiotowego obowiązku. Skoro Odwołujący temu nie sprostął w treści w oferty, to nie ma podstaw do zastępowania wymaganego dokumentu na drodze wyjaśnień, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnień nie służą bowiem uzupełnianiu treści oferty.

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje fakt, że Odwołujący wskazał konkretne urządzenie, skoro nie wykazał cech, które świadczą o równoważności tego urządzenia względem urządzenia opisanego w SIWZ, a na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania powyższej okoliczności. W istocie skorzystanie przez Zamawiającego ze wskazanego przepisu prowadziło do przerwania ciężaru dowodu w tym przedmiocie na Zamawiającego, bowiem to Zamawiający domagając się wyjaśnień, winien tak sformułować ich przedmiot, że doprowadzić a przynajmniej umożliwić wykazanie Odwołującemu cech równoważności. Nie znajduje uzasadnienia również i to twierdzenie Odwołującego, że kierowane przez Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwanie do uzupełnienia dokumentu było niejasne, a w konsekwencji czynności wezwania wadliwa. Jakkolwiek treść wezwania Zamawiającego nie może być wzorem umiejętności semantycznych, to zarówno treść wezwania, biorąc pod uwagę treść oferty i opis kolumn w Załączniku nr 9 do SIWZ, nie pozostawia wątpliwości, adresatem, jakiej dyspozycji jest Odwołujący.

Izba, celem usunięcia rzekomych „pominięć” nie dostrzega podstaw do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, niespełnienie obowiązku wykazania cech równoważności oferowanego urządzenia nie może być kwalifikowane w kategoriach omyłki. Zdaniem Izby, wskazany przepis, jako wyjątek od reguły, nie powinien być interpretowany rozszerzającego, a tym samym należy wyłączyć jego zastosowanie w sytuacji, w której oświadczenie woli jest na tyle niepełne, że wyłącza możliwość oceny w zakresie zgodności oferty z treścią SIWZ. Zauważyć należy, że Wykaz służył potwierdzeniu, że oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego i są równoważne względem tych przez niego opisanych. Zatem, zastosowanie wskazanego przepisu do uzupełnienia Wykazu należałoby również oceniać jako obejście norm wyrażonych w przepisach art. 30 ust. 5 ustawy Pzp i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba stoi na stanowisku, że dowody z dokumentów przedłożonych na rozprawie, w których zawarte są oświadczenia odnośnie parametrów potwierdzających równoważność oferowanych urządzeń nie mogą być wykorzystywane celem uzupełnienia treści oferty i służyć realizacji przez Odwołującego obowiązku dowodzenia na etapie składania ofert oraz zastępowaniu dokumentu, za pomocą którego, zgodnie z wolą Zamawiającego, wyrażoną w SIWZ, wykonawca winien to uczynić.

W ocenie Izby, znalazł potwierdzenie pogląd Zamawiającego o niezgodności wymiarów zaoferowanej dmuchawy jako urządzenia równoważnego. Odwołujący w swojej argumentacji skupia się jedynie na odpowiedzi na pytanie numer 25, zawartej w piśmie Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2013 r. Całkowicie natomiast pomija, że Zamawiający dokonał modyfikacji Załącznika nr 9 do SIWZ w zakresie wymiarów stacji dmuchaw, dopuszczając odchylenia od wskazanych wymiarów na poziomie +/- 100 mm. Biorąc zaś pod uwagę, że wymiary podstawowe charakteryzują konkretne urządzenie występujące na rynku, stwierdzić należy, że poziom tolerancji określa w tym zakresie urządzenie równoważne. Urządzenie zaoferowane przez Odwołującego jako równoważne, charakteryzujące się wymiarami 1183x925x1280 mm w granicach zakreślonych przez Zamawiającego się nie mieści, zatem słusznie Zamawiający uznał, że nie spełnia jego wymagań, wyartykułowanych w SIWZ.

Izba podziela również pogląd Zamawiającego o braku wyposażenia dmuchawy zaoferowanej jako urządzenie równoważne w filtr powietrza, mając na uwadze okoliczność, że Zamawiający wymagał tłumika wlotowego absorbcyjno-interferencyjnego zintegrowanego z filtrem powietrza. Wskazanie zaś przez Odwołującego w Wykazie na zintegrowany filtr-tłumik na ssaniu bez materiałów absorbcyjnych – brak zagrożenia zapychania się instalacji napowietrzania nie pozwala na przyjęcie, że filtr powietrza został uwzględniony. Wskazanie na brak materiałów absorbcyjnych, przy jednoczesnym braku wskazania na wyposażenie w postaci filtra powietrza dawało Zamawiającemu podstawy do dokonanej oceny. W tym miejscu, raz jeszcze wypada przypomnieć, że ciężar udowodnienia faktu równoważności obciąża wykonawcę i to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób wskazany przez Zamawiającego, a nie na etapie postępowania odwoławczego za pomocą dowodów z dokumentu. Zatem, przedłożone przez Odwołującego na rozprawie oświadczenie przedstawiciela producenta dmuchowy nie może wywrzeć skutków prawnych.

Poza rozstrzygnięciem Izby pozostają zaś sformułowane przez Przystępującego zarzuty dotyczące wadliwości treści oferty Odwołującego i nieprawidłowej kalkulacji ceny oferowanych urządzeń, powyższe nie stanowiło podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji nie zostało objęte treścią zarzutów, a zatem z mocy przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może być podstawą orzekania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....