

Sygn. akt: KIO 132/19

WYROK

z dnia 7 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Kamoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **JFC Polska**

Sp. z o.o., Karpin, ul. Białostocka 1, 05-252 Dąbrówka w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Szczutowo, ul. Lipowa 5a, 09-227 Szczutowo**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego JFC Polska Sp. z o.o.;
- 1.3. powtórzenie czynności oceny ofert, w tym uwzględnienie przy ocenie oferty Odwołującego JFC Polska Sp. z o.o. oraz odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ofert złożonych przez wykonawców: EKO-BUD A. Ż., ul. Ziółowa 1A, 87-800 Włocławek, Euro-Pol T. M., ul. Dobrzańskiego 19/6, 07-410 Ostrołęka, Spółka Budowlano-Handlowa SMOLBUD s.c. S. G., S. A., ul. Wybudowanie Wąbrzeskie 1, 06-230 Lisewo, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe CENTROPLAST Sp. z o. o., Mazury 51, 97-400 Bełchatów, jako niezgodnych z treścią SIWZ;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Szczutowo i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **JFC Polska Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminy Szczutowo** na rzecz Odwołującego - **JFC Polska Sp. z o.o.** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczzonego przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 132/19

Uzasadnienie

Gmina Szczutowo (zwana dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” na: Budowę oczyszczalni przydomowych w miejscowościach Mościska, Cisse, Agnieszkowo, Słupia i Białasy.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 listopada 2018 roku pod numerem 643801-N-2018. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Pismem z dnia 21 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy JFC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Karpinie, zaś pismem z dnia 22 stycznia 2019 roku zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 25 stycznia 2019 roku wykonawca JFC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Karpinie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wyboru oferty EKO-BUD A. Ż., ul. Ziółowa 1A, 87-800 Włocławek, odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechań Zamawiającego w toku postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

- 1)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób błędny, bez uwzględnienia oferty Odwołującego,
- 2)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - ponieważ jak wskazuje Zamawiający w uzasadnieniu pisma z dnia 21.01.2019 r. oferta nie odpowiada treści SIWZ i w ocenie Zamawiającego z jej treści nie wynika, aby Odwołujący udowodnił, że zaoferowana przez niego oczyszczalnia spełnia rozwiązania równoważne określone w SIWZ podczas, gdy zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie spełnia wszelkie wymogi SIWZ, a JFC Polska Sp. z o. o. wywiązała się z obowiązku wykazania, że zaproponowane rozwiązanie równoważne spełniają wymagania określone w SIWZ,
- 3)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: EKO- BUD A. Ż., ul. Ziółowa 1A, 87-800 Włocławek, Euro-Pol T. M., ul. Dobrzańskiego 19/6, 07-410 Ostrołęka, Spółka Budowlano-Handlowa SMOLBUD s.c. S. G., S. A., ul. Wybudowanie Wąbrzeskie 1, 06-230 Lisewo, CENTROPLAST Sp. z o. o., Mazury 51, 97-400 Bełchatów jako niezgodnych z treścią SIWZ

oraz innych przepisów prawa wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 3)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert,
- 4)nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert wykonawców Euro-Pol T. M. ul. Dobrzańskiego 19/6, 07-410 Ostrołęka EKO-BUD A. Ż., ul. Ziółowa 1A, 87-800 Włocławek, Euro-Pol T. M., ul. Dobrzańskiego 19/6, 07-410 Ostrołęka, Spółka Budowlano-Handlowa SMOLBUD s.c. S. G., S. A., ul. Wybudowanie Wąbrzeskie 1, 06-230 Lisewo, CENTROPLAST Sp. z o. o., Mazury 51, 97-400 Bełchatów jako niezgodnych z treścią SIWZ;
- 5)dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał, iż objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację, przez co jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Zgodnie z ustalonymi w SIWZ wymaganiami, prawidłowe dokonanie oceny oferty Odwołującego przez Zamawiającego, umożliwi wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów Pzp, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą po dokonaniu należytej oceny w ramach kryteriów oceny ofert. Tym samym, naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał m.in., iż Zamawiający w treści zawiadomienia z dnia 21.01.2019 r. o odrzuceniu jego oferty, jako podstawę prawną określił art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując, że oferta nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ jego zdaniem Odwołujący nie udowodnił, że zaoferowane przez niego oczyszczalnie spełniają nw. rozwiązania równoważne. Odwołujący wskazał, że w Rozdziale II pkt 9 SIWZ znajduje się wymóg: „w przypadku zastosowania równoważnych obiektów oczyszczalni ścieków innych niż przewidziane w dokumentacji technicznej, stanowiącej załącznik do SIWZ, wymagane jest przedstawienie pełnej dokumentacji technicznej, pozwalającej na zweryfikowanie proponowanych rozwiązań w stosunku do wymogów określonych w dokumentacji technicznej oraz w SIWZ, a w szczególności:

- 1)przydomowe oczyszczalnie muszą posiadać certyfikat zgodności z normą PN-EN 12566- 3+A2:2013,
- 2)spół sposób oczyszczania oparty na procesach mechanicznych oraz na biologicznym oczyszczaniu tlenowym za pomocą osadu czynnego lub osadu czynnego połączonego z technologią złoża zanurzonego,
- 3)automatyczne sterowanie procesami oczyszczania za pomocą sterownika mikroprocesorowego,
- 4)wielkość komór i zbiorników oczyszczalni wg projektu tj.: pojemność czynna proponowanych oczyszczalni musi wynosić minimum 3m³ i zdolność oczyszczania do 8 RLM, a przy zdolności oczyszczania 10 RLM pojemność 4m³, osadnik wstępny musi posiadać minimum 1m³ pojemności przy wielkości do 8 RLM i 2m³ przy wielkości do 10 RLM.
- 5)Zamawiający nie dopuszcza zastosowania oczyszczalni jednozbiornikowych .”

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający uznał m. in., że:

- 1)w załączonych do jego oferty dokumentach nie ma informacji o pojemności czynnej oczyszczalni Hydro H3 i Hydro H10 oraz pojemności osadników wstępnych i nie może zweryfikować spełniania wymogu dotyczącego zdolności oczyszczania zaoferowanych oczyszczalni do 8 RLM i 10 RLM,

2)w ofercie nie ma żadnych informacji dotyczących nominalnych dobowych ładunków BZTs dla modelu Hydro H3 i modelu Hydro H10,

3)z oferty Wykonawcy nie wynika, że zaoferował oczyszczalnię dwuzbiornikową a Zamawiający nie dopuszczał w SIWZ oczyszczalni jednozbiornikowych. Wykonawca w informacji złożonej w ramach wyjaśnienia z dnia 26.11.2018 r. doprecyzował, że są to oczyszczalnie dwuzbiornikowe, niemniej jednak z oferty nie wynika, to jednoznacznie. Poprzez analizę informacji zawartych w Protokole z wykonywanych testów (str. 39 oferty) można założyć, że oferowane oczyszczalnie nie są jednozbiornikowe,

4)Wykonawca nie wywiązał się w sposób dostateczny z obowiązku wykazania, że zaproponowane rozwiązanie równoważne spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ,

a w związku z brakiem możliwości zweryfikowania przez Zamawiającego spełnienia przez zaoferowane rozwiązania równoważne wszystkich wymagań określonych w SIWZ w wyniku niedopełnienia przez Wykonawcę obowiązku wykazania spełnienia przez oferowane oczyszczalnie przydomowe wymagań określonych przez Zamawiającego oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.

Dodatkowo Odwołujący podał, że Zamawiający w dniu 26.11.2018 r. wezwał go na podstawie art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów i udzielenia wyjaśnień w następującym zakresie:

a.Zamawiający żądał pełnego raportu badań PBOŚ, zgodnego z normą PN-EN 12566-3+A2:2013E w zakresie: wodoszczelności, wytrzymałości, efektywności oczyszczania, energochłonności oraz trwałości, wystawiony przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską wydanym dla konkretnego typoszeregu urządzeń natomiast do oferty Wykonawca (Odwołujący) załączył Protokół z wykonanych testów, proszę o wyjaśnienie;

b.z załączonych do oferty dokumentów wynika, że oferowane przez Wykonawcę (Odwołującego) oczyszczalnie przydomowe składają się z dwóch części (osadnika wstępnego, który odpowiada za wstępne oczyszczanie ścieków i reaktora, w którym zachodzi oczyszczanie biologiczne). Proszę o informację czy Wykonawca potwierdza te dane. (...)

Odwołujący w wyznaczonym terminie udzielił żądanych wyjaśnień i potwierdził, że oferuje oczyszczalnie dwuzbiornikowe. Już w świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, rodzą się uzasadnione wątpliwości odnośnie zasadności odrzucenia oferty Odwołującego z podanych przez Zamawiającego powodów.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Zamawiającego dotyczących niewykazania równoważności, Odwołujący stwierdził, iż udowodnił, że zaoferowane przez niego oczyszczalnie spełniają rozwiązania równoważne określone przez Zamawiającego w SIWZ.

1)ad. zarzut braku w załączonych do oferty dokumentach informacji o pojemności czynnej oczyszczalni Hydro H3 i Hydro H1 oraz pojemności osadników wstępnych

Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym, że w załączonych do oferty dokumentach brak jest informacji o pojemności czynnej oczyszczalni Hydro H3 i Hydro H1 oraz pojemności osadników wstępnych.

Na str. 19 oferty wskazano bowiem wprost, że: „*wielkość komór i zbiorników oczyszczalni tj.: pojemność czynna proponowanych oczyszczalni wynosi powyżej 3m³ i zdolność oczyszczania do 8 RLM. a przy zdolności oczyszczania 10 RLM pojemność powyżej 4m³, osadnik wstępny ma powyżej 1m³ pojemności przy wielkości do 8 RLM i powyżej 2m³ przy wielkości do 10 RLM*”. Zgodnie z Informacją na temat nazwy rodziny i modelu oferowanych oczyszczalni, podaną na stronie 19 oferty, zostały zaoferowane dwa określone modele oczyszczalni. Zgodnie natomiast ze stroną 39 oferty (objętą tajemnicą przedsiębiorstwa), zaoferowane modele mają podane tam wymiary, zaś ze strony 58 oferty (objętej tajemnicą przedsiębiorstwa) wynika, że oczyszczalnie są oparte o określone typy zbiorników o podanych średnicach. Z danych tych wynika, że zaoferowane modele muszą być wielozbiornikowe, minimum dwuzbiornikowe, co potwierdza informacja na temat oferowanych oczyszczalni podana na stronie 19 oferty. Nadto mając na uwadze rysunek na stronie 58 oferty, pokazujący kształt zbiorników i wykonując prosty rachunek matematyczny dla dwóch najmniejszych zbiorników z uwzględnieniem podanych tam wymiarów, jego objętości wynoszą ponad 2 m³ i ponad 3 m³. Skoro oferowane oczyszczalnie są minimum dwuzbiornikowe, to ich pojemność wynosi minimum 4 m³ i 6 m³ zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Odnosnie wymaganej pojemności osadnika wstępnego, Odwołujący podał, iż zgodnie z dokumentem na stronie 56-71 oferty, oczyszczalnia składa się z osadnika wstępnego i reaktora biologicznego. Ustalono, że jedna oczyszczalnia składa się ze zbiorników 2 m³, a druga 3 m³, czyli dla obu oczyszczalni pojemności osadnika wstępnego spełniają wymóg Zamawiającego.

Powyższe, w ocenie Odwołującego wskazuje, że na podstawie danych zawartych w dokumentacji technicznej, w tym w Instrukcji obsługi i Protokole z wykonywanych testów (str. 39 oferty), Zamawiający mógł zweryfikować informacje o pojemności poprzez proste obliczenia matematyczne, wobec czego nieprawdą jest, że w ofercie Odwołującego nie informacji o pojemności czynnej oczyszczalni Hydro H3 i Hydro H1 oraz pojemności osadników wstępnych.

2)ad. zarzut braku w ofercie informacji dotyczących nominalnych dobowych ładunków BZT5 dla modelu Hydro H3 i modelu Hydro H10

Zarzut ten jest w ocenie Odwołującego całkowicie nieuprawniony, ponieważ Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie żądał określenia nominalnych dobowych ładunków BZT5 dla poszczególnych modeli oczyszczalni.

Nawet jednak w przypadku, gdyby Zamawiający wymagał ich wskazania, to zgodnie z art. 86 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (tekst jedn. Dz. U. 2018 r., poz. 2268) ilekroć w ustawie jest mowa o "równoważnej liczbie mieszkańców - należy przez to rozumieć ładunek substancji organicznych biologicznie rozkładalnych wyrażonych jako wskaźnik pięciodobowego biochemicznego zapotrzebowania tlenu (BZT5) w ilości 60 g tlenu na dobę". W Polsce przyjmuje się, że ładunek BZT5 pochodzący od 1 mieszkańca równy jest 60g O₂/dobę. Skoro zgodnie ze stroną 19 oferty zaferowano oczyszczalnie są o zdolności oczyszczania do 8RLM i do 10 RLM, to oczywistym jest, że ten ładunek będzie wynosił odpowiednio 60x8= 480 g O₂/dobę i 60x10= 600 g O₂/dobę.

3)ad. zarzut zaferowania przez Odwołującego oczyszczalni jednozbiornikowych

Zdaniem Odwołującego spełnienie wymogu zaferowania oczyszczalni wielozbiornikowych wynika wprost z oferty, gdzie na str. 19 wskazano, że zaferowane oczyszczalnie Hydro H3 i Hydro H10 charakteryzuje wielozbiornikowość. Wskazują na to zarówno informacje na temat nazwy rodziny, modelu oferowanych oczyszczalni, jak też strony 39, 54 i 58 oferty, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący zwrócił uwagę, że na s. 58 oferty wdarła się oczywista omyłka pisarska, tj. „literówka”, polegająca na opuszczeniu litery "i" przy sformułowaniu „zbiornik z nadbudowami i pokrywami i wyposażeniem” (powinno być: „zbiorniki z nadbudowami i pokrywami i wyposażeniem”. Powyższa omyłka nie ma, zdaniem Odwołującego, żadnego znaczenia, ponieważ dalsza część tej strony rozwiewa wątpliwości, gdyż z rysunku zbiornika, o które oparte są oczyszczalnie wynika, że zbiornik składa się z jednej nadbudowy i pokrywy. Ponadto w Instrukcji montażu na s. 54 oferty zawarto aż sześć sformułowań, gdzie wskazano na montaż „zbiorników”, a nie "zbiornika". Zamawiający mógł zatem na podstawie danych zawartych w dokumentacji technicznej bezproblemowo zweryfikować, że Odwołujący nie zaferował oczyszczalni jednozbiornikowych.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, nie sposób uznać, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Na podstawie treści załączonych do oferty dokumentów, zgodnych z katalogiem dokumentów z Rozdziału V „Wykaz oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania” pkt II SIWZ, w tym: „TEST REPORT”, czyli pełnego raportu z badań zgodnego z normą PN-EN 12566-3+A2:2013E w zakresie: wodoszczelności, wytrzymałości, efektywności oczyszczania, energochłonności oraz trwałości, wystawiony przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską wydany dla konkretnego typoszeregu urządzeń, deklaracji właściwości użytkowych oferowanej oczyszczalni, informacji na temat rodziny i modeli oferowanych oczyszczalni, pełnej dokumentacji technicznej, umożliwiono dokonanie oceny zgodności oferty z wymaganiami SIWZ i jednocześnie potwierdzenie spełnienie wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 21 stycznia 2019 r. wskazał, że „poprzez analizę informacji zawartych w Protokole z wykonanych testów (str. 39 oferty) można założyć, że oferowane oczyszczalnie nie są jednozbiornikowe”. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w tym fragmencie sam przyznał, że analiza oferty Wykonawcy prowadzi do wniosku, iż zaferowane oczyszczalnie nie są jednozbiornikowe, wobec czego pozostała argumentacja, w której Zamawiający nieudolnie usiłuje udowodnić, iż jednak są one jednozbiornikowe, jest całkowicie niezasadna. Nadto w piśmie z dnia 26.11.2018 r. Wykonawca wyjaśnił, że oferuje oczyszczalnie dwuzbiornikowe, jednak ta okoliczność wynika również z treści oferty, dlatego też twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący dopiero w wyjaśnieniach dookreślił oferowane rozwiązanie jest nieuprawnione. Zamawiający zgodnie z omawianym wymogiem SIWZ nie dopuszczał „oczyszczalni jednozbiornikowej”, a ta okoliczność wynika z wielu miejsc oferty Odwołującego.

Następnie Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 7 ust. 1. ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwe kontraktowanie wykonawców. Zasada ta obowiązuje Zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza także, by wszystkie wymagania, które Zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert były jednakowe dla wszystkich wykonawców.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył tę zasadę, ponieważ w wyniku wadliwego przeprowadzenia czynności oceny oferty Odwołującego uznał, iż podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że oferta zawiera dokumenty niezbicie potwierdzające spełnianie wszystkich wymagań Zamawiającego. W konsekwencji zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ w podanym wyżej zakresie należy uznać za bezzasadny. Z załączonych dokumentów jednoznacznie wynika spełnienie przez oferowane oczyszczalnie wymogów Zamawiającego i udowodnienie równoważności w wymaganym zakresie. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2014 r. (KIO 1543/14), w którym Izba wyraziła pogląd, że *„ oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może*

przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego". Niezgodność treści oferty z wymogami SIWZ musi mieć charakter merytoryczny, co przejawia się w rozbieżności pomiędzy zakresem/cechami świadczenia oferowanego przez wykonawcę a zakresem oczekiwań i wymagań Zamawiającego. Doskonale kwestię tę ilustruje wyrok KIO z dnia 16 marca 2008 r. (sygn. K10/UZP/151/08), w świetle którego: „użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada SIWZ”.

W podsumowaniu tej części odwołania Odwołujący podał, iż sporządził ofertę z należytą starannością, w sposób prawidłowy i oraz umożliwiający Zamawiającemu zweryfikowanie równoważności zaoferowanych rozwiązań. Informacje zawarte w treści oferty świadczą o potwierdzeniu wszystkich wymagań SIWZ, dlatego też, Zamawiający odrzucając ofertę Wykonawcy naruszył art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

4)ad. zaniechanie odrzucenia ofert innych wykonawców, co skutkowało wadliwym dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty

Odwołujący zauważył, iż w dniu 22.01.2019 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę EKO-BUD A. Ż., podczas, gdy w ocenie Odwołującego, oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tak jak oferty innych wykonawców. Natomiast pomimo, iż oferta Odwołującego została sporządzona w sposób prawidłowy i z należytą starannością, a z jej treści wynika spełnianie wszystkich wymagań określonych w SIWZ, Zamawiający sformułował wiele zarzutów względem Odwołującego, niedostatecznie analizując przy tym oferty pozostałych wykonawców. Odwołujący wskazał, iż miał okazję zapoznać się z jawną treścią konkurencyjnych ofert. Z ich analizy wynika, że oferty następujących wykonawców:

- a)EKO-BUD A. Ż. (jak wynika z formularza ofertowego - oferta nie zawiera treści stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa),
- b)Euro-Pol T. M. (jak wynika z formularza ofertowego - oferta nie zawiera treści stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa),
- c)Spółka Budowlano-Handlowa SMOLBUD s.c. S. G., S. A., (jak wynika z formularza ofertowego - oferta nie zawiera treści stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa),
- d)CENTROPLAST Sp. z o. o

nie zawierają dokumentacji technicznej umożliwiającej dokonanie oceny czy zaoferowane oczyszczalnie spełniają następujące wymogi Zamawiającego określone w Rozdziale II pkt 9 SIWZ:

- 2)„sposób oczyszczania oparty na procesach mechanicznych oraz na biologicznym oczyszczaniu tlenowym za pomocą osadu czynnego lub osadu czynnego połączonego z technologią złoża zanurzonego,
- 3)automatyczne sterowanie procesami oczyszczania za pomocą sterownika mikroprocesorowego,
- 4)wielkość komór i zbiorników oczyszczalni wg projektu tj.: pojemność czynna proponowanych oczyszczalni musi wynosić minimum 3 m³ i zdolność oczyszczania do 8 RLM, a przy zdolności oczyszczania 10 RLM pojemność 4m³, osadnik wstępny musi posiadać minimum 1m³ pojemności przy wielkości do 8 RLM i 2m³ przy wielkości do 10 RLM.
- 5)Zamawiający nie dopuszcza zastosowania oczyszczalni jednozbiornikowych”.

Pomimo, że w ww. ofertach nie wykazano potwierdzenia spełniania wymagań określonych w SIWZ, Zamawiający ich nie odrzucił, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nadto z odpowiedzi Zamawiającego z dnia 16.11.2018 r. na pytanie nr 2 wynika, iż jako treść oferty Zamawiający żądał podania nazwy rodziny i modeli oferowanych oczyszczalni, tymczasem z żadnej z ww. ofert nie wynika, jaki konkretnie model został zaoferowany. Z załączonych przez tych wykonawców dokumentów dotyczących oczyszczalni wynika co najwyżej nazwa rodziny i nazwy modeli, które na tę rodzinę się składają. Odwołujący przy tym zauważył, że na poszczególne rodziny oczyszczalni składa się wiele oczyszczalni, a Zamawiający wymagał wskazania dwóch modeli. W sytuacji, gdy w ramach danej rodziny występuje wiele

modeli, a informacja o konkretnym modelu nie widnieje w treści ofert, Zamawiający nie jest władny domniemywać, jaki model zaoferował dany wykonawca. Kwestia ta nie może zostać doprecyzowana po terminie składania ofert w ramach wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ takie wyjaśnienia stanowiłyby niedopuszczalną w świetle tego przepisu zmianę treści oferty, ani tym bardziej uzupełnioną w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe świadczy o tym, iż zaoferowane przez tych wykonawców rozwiązania są niezgodne z SIWZ, a zatem ich oferty powinny podlegać odrzuceniu. Zamawiający dokonując wyboru oferty EKO-BUD A. Ż. dopuścił się rażącego naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Dodatkowo w zakresie niezgodności z treścią SIWZ oferty wykonawcy Euro-Pol T. M., Odwołujący wskazał, że zgodnie z Informacją z otwarcia ofert z dnia 19.11.2018 r. zamieszczoną na stronie internetowej Zamawiającego brak jest w ofercie tego wykonawcy informacji odnośnie energochłonności. Zgodnie z SIWZ do wyliczenia kryterium energochłonność jako oferowana dobową energochłonność w kW/d na osobę Wykonawca winien przyjąć wartość energochłonności, wynikającą z treści raportu badań PBOŚ, zgodnego z normą PN-EN 12566-3+A2:2013E, który stanowi załącznik do formularza ofertowego dla najniższego przedziału wielkości oczyszczalni. Zamawiający żądał pełnego raportu z badań PBOŚ, zgodnego z normą PN-EN 12566-3+A2:2013E w zakresie: wodoszczelności, wytrzymałości, efektywności oczyszczania, energochłonności oraz trwałości, wystawiony przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską wydanym dla konkretnego typoszeregu urządzeń natomiast do oferty. Ponadto Zamawiający wymagał wskazania w punkcie 4 Formularza ofertowego oferowanej dobowej energochłonności w kW/d na osobę.

W związku z brakiem jednego z głównych parametrów wymaganych przez Zamawiającego w raporcie PBOŚ, jak również w formularzu ofertowym (tj. energochłonności) oferta wykonawcy Euro-Pol T. M. podlega odrzuceniu, jako niezgodna z SIWZ, ponieważ wykonawca ten nie potwierdził zaoferowania wymaganych parametrów. W załączonych do oferty dokumentach tego wykonawcy znajdują się tylko dokumenty techniczne dotyczące oczyszczalni tj.: deklaracja właściwości użytkowych i Protokół z oceny właściwości wyrobu. Zamawiający, dopuszczając równoważność produktów, sprecyzował zakres minimalnych parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ, jednak z uwagi na brak dokumentów w ofercie Wykonawcy Euro-Pol T. M. niemożliwe jest dokonanie tejże oceny.

Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający bada oferty m. in. przez pryzmat ich merytorycznej kompatybilności z zakresem wymagań określonym w SIWZ, która jest zbiorem wymagań i warunków przewidzianych przez Zamawiającego, wobec czego oferta wykonawcy powinna potwierdzać, iż zaoferowane przez niego rozwiązanie w całości odzwierciedla kompleksowo wszystkie oczekiwania Zamawiającego. Zaniechanie powyżej wskazanego wymogu naraża wykonawcę na ryzyko odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwem Krajowej izby Odwoławczej, wskazując przykładowo wyrok z dnia 26 maja 2011 r., sygn. KIO 997/11, *„niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymaganiami zamawiającego.”* Dodatkowo podkreśla się, że: *„Odrzuceniu podlega oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób nieusuwalny. (...) Należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia nawet jeżeli nie zawsze się im to udaje”* (wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2013 r. sygn. KIO 1266/13).

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że przedmiotowe odwołanie jest drugim odwołaniem, złożonym przez Odwołującego w obecnym postępowaniu. Pierwsze odwołanie zostało wniesione w dniu 24.12.2018 r., a Zamawiający je uwzględnił w całości, co świadczy o tym, iż uznał, że jego czynności i zaniechania, na które zwrócił uwagę Odwołujący były wadliwe. Odwołujący, podobnie jak w obecnym piśmie, zarzucił Zamawiającemu niezasadne odrzucenie jego oferty oraz zaniechanie odrzucenia ofert pozostałych wykonawców. Argumentacja przedstawiona w niniejszym odwołaniu na potwierdzenie twierdzeń Odwołującego w dużej mierze pokrywa się z argumentacją przedstawioną w poprzednim odwołaniu. Zamawiający po miesiącu od uwzględnienia poprzedniego odwołania w całości, ponownie dokonał tych samych wadliwych czynności.

Pismem z dnia 7 lutego 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych. Ponadto Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka Pana B. K., na okoliczność oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ochrony środowiska, na okoliczność oceny oferty złożonej przez Odwołującego w kontekście zgodności tej oferty z SIWZ, a zwłaszcza zgodności równoważnego rozwiązania oczyszczalni przedłożonego w ofercie przez odwołującego z wymogami ustalonymi w SIWZ.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał m.in., iż Zamawiający troszczy się, by udzielanie zamówień publicznych odbywało się z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, jawności w zgodzie z procedurami ustalonymi w ustawie Pzpi w oparciu o SIWZ. Zamawiający również w przedmiotowym postępowaniu stosował się do powyższych reguł. Czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej

oferty, w tym odrzucenie oferty Odwołującego dokonane zostało w oparciu o ustawę Pzp i SIWZ. Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 21.01.2019 r. podał uzasadnienie prawne i obszernie uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego i podtrzymuje stanowisko tam przedstawione.

Zamawiający przytoczył wskazany w odwołaniu i przedstawiony powyżej fragment SIWZ dotyczący potrzeby wykazanej równoważności oczyszczalni ścieków, w razie zaoferowania innych, niż przewidziane w dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik do SIWZ i wskazał, że w złożonej przez Odwołującego ofercie zaoferowano oczyszczalnię produkowaną przez JFC Manufacturing Co Ltd. Weir Road Tuam, Co Galway, Irlandia z rodziny Hydro model Hydro H Hydro H 10. Na stronie 19 oferty wykonawca powiadomił Zamawiającego, o rodzinie i typie oferowanych oczyszczalni oraz poinformował, że przedstawia pełną dokumentację techniczną, pozwalającą na zweryfikowanie proponowanych rozwiązań w stosunku do wymogów określonych w SIWZ. Z analizy załączonych do oferty dokumentów Zamawiający ustalił, iż oferowane oczyszczalnie posiadają certyfikat zgodności z normą PN-EN 12566- 3+A2:2013. Sposób oczyszczania oparty jest na procesach mechanicznych oraz na biologicznym oczyszczaniu tlenowym za pomocą osadu czynnego - oczyszczalnie posiadają osadnik wstępny i bioreaktor. Proces oczyszczania jest automatyczny, kierowany sterownikiem. W załączonych do oferty dokumentach nie ma informacji o pojemności czynnej oczyszczalni Hydro H3 i Hydro H 10 oraz pojemności osadników wstępnych. Wielkości te Zamawiający mógł jedynie wyszacować w oparciu o podane w Instrukcji obsługi wymiary zbiorników. W ofercie Wykonawcy nie ma żadnych informacji dotyczących nominalnych dobowych ładunków BZT5 dla modelu Hydro H3 i modelu Hydro H10. W Deklaracji właściwości użytkowej nr 2017/Hydro/001 dla typu wyrobów Biologiczna oczyszczalnia ścieków, seria - Hydro (H1, H2, H3, H4, H5, H6, H7, H8, H9, H10, H11, H12, H13, H14, H15, H16, H17, H18, H19, H20, H21 H22, H23) w pozycji: Nominalne dzienne obciążenie substancjami organicznymi - właściwości użytkowe widnieje wielkość: 0,24-3,0 kg/dzień. Zamawiający nie mógł zweryfikować spełniania wymogu dotyczącego zdolności oczyszczania zaoferowanych oczyszczalni do 8 RLM i 10 RLM.

Zamawiający podniósł, iż w SIWZ nie dopuszczał oczyszczalni jednozbiornikowych, a w treści oferty ten parametr nie był jednoznacznie określony i powołał się na instrukcję obsługi, przywołaną w odwołaniu, gdzie w punkcie: Budowa i zasada działania systemu jest zapis wskazujący na użycie liczby pojedynczej w odniesieniu do zbiornika, przy jednoczesnym użyciu liczby mnogiej do towarzyszących mu nadbudów, pokryw i wyposażenia. Jednocześnie Zamawiający, tak jak w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, iż poprzez analizę informacji zawartych w Protokole z wykonanych testów (str. 39 oferty) można założyć, że oferowane oczyszczalnie nie są jednozbiornikowe.

Następnie Zamawiający stwierdził, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał schemat myślowy i wykonanie, jakich rachunków matematycznych dałoby możliwość ustalenia wymaganych przez Zamawiającego wielkości pojemności czynnej oczyszczalni Hydro H3 i Hydro H 1 oraz pojemności osadników wstępnych. Nie podał natomiast wzoru na objętość „przybliżonego walca” - bo tak zdefiniował kształt zbiorników.

Odnosząc się do kwestionowanego przez Odwołującego zarzutu Zamawiającego dotyczącego braku informacji w ofercie dotyczącej nominalnych dobowych ładunków BZT5 dla modelu Hydro H3 i modelu Hydro H10 i argumentu Odwołującego, iż Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie żądał określenia nominalnych dobowych ładunków BZT5 dla poszczególnych modeli oczyszczalni, Zamawiający stwierdził, że w SIWZ określił jaką zdolność oczyszczania mają mieć oferowane oczyszczalnie tj. 8 RLM i 10 RLM. W celu weryfikacji tej wielkości potrzebna była informacja o zdolności oczyszczania oczyszczalni H3 i H10 lub informacja o nominalnych dobowych ładunkach BZT5 dla oczyszczalni H3 i H10, który ustala się jako 0.06 kg/dzień na osobę. W ofercie nie było informacji o zdolności oczyszczania oferowanych oczyszczalni H3 i H10.

Zamawiający zauważył, że w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdził, iż w informacji złożonej w ramach wyjaśnienia z dnia 26.11.2018 r. Wykonawca doprecyzował, że są to oczyszczalnie dwuzbiornikowe, niemniej jednak z oferty nie wynika to jednoznacznie. Poprzez analizę informacji zawartych w Protokole z wykonanych testów (str. 39 oferty) można założyć, że oferowane oczyszczalnie nie są jednozbiornikowe. Odwołujący w odwołaniu stwierdza iż cyt .-"Zamawiający nieudolnie usiłuje udowodnić, iż jednak są one jednozbiornikowe, jest całkowicie niezasadna." Wyżej powołane stwierdzenie jest sprzeczne ze stanowiskiem Zamawiającego, który uznał, iż oferowane oczyszczalnie nie są jednozbiornikowe.

Zdaniem Zamawiającego analizując treść odwołania nasuwa się pytanie czy intencją ustawodawcy wyartykułowaną w art. 30 ust. 5 Pzp było, że to Zamawiający ma obowiązek wykazać, że oferowane przez Wykonawcę urządzenia spełniają wymagania określone w SIWZ, czy jest to zadanie Wykonawcy? Z treści odwołania wynika, że Odwołujący ten obowiązek sędował na Zamawiającego, który to na podstawie złożonych dokumentów miał obowiązek wydedukowania i policzenia wymaganych parametrów tak, by te spełniały wymagania określone przez Zamawiającego. To na składającym ofertę spoczywa obowiązek przedstawienia oferty, z której wynikać ma przedmiot oferty, rolą Zamawiającego w tym postępowaniu jest ocena oferty, bez możliwości ingerencji ze strony Zamawiającego. Zamawiający przywołał wyrok KIO z

dnia 30-03-2018, sygn.. akt KIO 524/18, z którego wynika iż, cyt: „Skoro wykonawca decyduje się na zaoferowanie rozwiązania równoważnego, to w braku odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ma on obowiązek wykazania równoważności już na etapie składania oferty, a nie na etapie późniejszym (podpisania umowy czy wykonania zamówienia). To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia” W wyroku KIO z dnia 31-07-2018, sygn.. akt KIO1404/18 stwierdzono natomiast, iż: cyt. " Wykonawca jest zobowiązany przygotować w ten sposób ofertę, aby zamawiający nie musiał domyślać się, czy jego wymagania będą spełnione, czy też nie."

Odnosząc się do żądania Odwołującego w zakresie odrzucenia ofert, jako niezgodnych z treścią SIWZ, ww. czterech wykonawców, Zamawiający stwierdził, iż takie żądanie jest nieuzasadnione. Zamawiający zauważył, iż Odwołujący zarzuca Zamawiającemu niedostateczną analizę ofert tych wykonawców i brak zauważenia, że nie zawierają one dokumentacji technicznej umożliwiającej spełnianie warunku równoważności, podczas gdy oferowane przez wykonawców w ofercie nr V; VI; VII i VIII oczyszczalnie przydomowe są tożsame z opisem przedmiotu zamówienia - nie zastosowano równoważnych obiektów oczyszczalni ścieków innych, niż przewidziane w dokumentacji technicznej - w związku z powyższym nie podlegały badaniu spełniania warunku równoważności. Jeśli natomiast chodzi o zarzut dotyczący niezgodności oferty firmy Euro-Pol T. M. z SIWZ i konieczności jej odrzucenia Zamawiający stwierdził, iż uznaje ten zarzut jako niezasadny z uwagi na to, że obowiązek dotyczący określenia energochłonności w ofercie wykonawcy dotyczył kryterium wyboru oferty, nie zaś warunku spełniania wymagań dla oferowanych urządzeń. W związku z brakiem określenia tego parametru w ofercie w kryterium tym wykonawca otrzymał 0 punktów.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania złożoną przez zamawiającego w formie kserokopii poświadczoną za zgodność z oryginałem Uznając, iż materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwala na rozstrzygnięcie odwołania, Izba nie uwzględniła wniosków Zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania wnioskowanego świadka oraz opinii biegłego. Ich ewentualne uwzględnienie oznaczałoby bowiem nieuzasadnioną zwłokę postępowania.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, w tym SIWZ, a także złożonymi w postępowaniu ofertami, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia. W tym celu złożył ofertę, a w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Następnie Izba ustaliła:

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający podał, iż oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. (Dz.U. 2018 poz. 1986 z późn zm.). W uzasadnieniu zostało wskazane: „Zamawiający w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia zawarł następujące założenia cyt. "W przypadku zastosowania równoważnych obiektów oczyszczalni ścieków innych niż przewidziane w dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik do SIWZ wymagane jest przedstawienie pełnej dokumentacji technicznej, pozwalającej na zweryfikowanie proponowanych rozwiązań w stosunku do wymogów określonych w dokumentacji technicznej oraz w SIWZ, a w szczególności

- 1) przydomowe oczyszczalnie muszą posiadać certyfikat zgodności z normą PN-EN 12566- 3+A2-2013;
- 2) sposób oczyszczania oparty na procesach mechanicznych oraz na biologicznym oczyszczaniu tlenowym za pomocą osadu czynnego lub osadu czynnego połączonego z technologią złoża zanurzonego,
- 3) automatyczne sterowanie procesami oczyszczania za pomocą sterownika mikroprocesorowego;
- 4) wielkość komór i zbiorników oczyszczalni wg projektu tj. pojemność czynna proponowanych oczyszczalni musi wynosić minimum 3m³ i zdolność oczyszczania do 8 RLM, a przy zdolności oczyszczania 10 RLM pojemność 4m³. osadnik wstępny musi posiadać minimum 1m³ pojemności przy wielkości do 8 RLM i 2m³ przy wielkości do 10
5. Zamawiający nie dopuszcza zastosowania oczyszczalni jednozbiornikowych."

W złożonej przez JFC Polska ul. Białostocka 1, 05-252 Dąbrówka ofercie zaoferowano oczyszczalnie produkowane przez JFC Manufacturing Co Ltd. Weir Road Tuam, Co Galway: Irlandia z rodziny Hydro model Hydro H3 i Hydro H 10

W informacji znajdującej się na stronie 19 oferty wykonawca powiadomił Zamawiającego o rodzinie i typie oferowanych oczyszczalni oraz poinformował, że przedstawia pełną dokumentację techniczną, pozwalającą na zweryfikowanie

proponowanych rozwiązań w stosunku do wymogów określonych w SIWZ

Z analizy załączonych do oferty dokumentów zamawiający ustalił, iż oferowane oczyszczalnie posiadają certyfikat zgodności z normą PN-EN 12566- 3+A2 2013.

Sposób oczyszczania oparty jest na procesach mechanicznych oraz na biologicznym oczyszczaniu tlenowym za pomocą osadu czynnego - oczyszczalnie posiadają osadnik wstępny i bioreaktor. Proces oczyszczania jest automatyczny, kierowany sterownikiem.

W załączonych do oferty dokumentach ma informacji o pojemności czynnej oczyszczalni Hydro H3 i Hydro H 10 oraz pojemności osadników wstępnych. Wielkości te Zamawiający mógł jedynie wyszacować w oparciu o podane w Instrukcji obsługi wymiary zbiorników.

W ofercie Wykonawcy nie ma żadnych informacji dotyczących nominalnych dobowych ładunków BZT5 dla modelu Hydro H3 i modelu Hydro H10. W Deklaracji właściwości użytkowej nr 2017/Hydro/001 dla typu wyrobów Biologiczna oczyszczalnia ścieków, seria - Hydro (H1, H2, H3, H4, H5, H6, H7, H8, H9, H10, H11, H12, H13, H14, H15, H16, H17, H18, H19, H20, H21 H22, H23) w pozycji: Nominalne dzienne obciążenie substancjami organicznymi - właściwości użytkowe widnieje wielkość: 0,24-3,0 kg/dzień.

Zamawiający może zweryfikować spełnienia wymogu dotyczącego zdolności oczyszczania zaoferowanych oczyszczalni do 8 RLM i 10 RLM.

Zamawiający w SIWZ nie dopuszczał oczyszczalni jednozbiornikowych.

W treści oferty również ten parametr nie był jednoznacznie określony. W instrukcji obsługi, w punkcie: Budowa i zasada działania systemu jest zapis:

„ W skład standardowego wykonania oczyszczalni wchodzi:

- a)Zbiornik z nadbudowami i pokrywami i wyposażeniem
- b)Szafa sterownicza ze sterownikiem i dmuchawą

W informacji złożonej w ramach wyjaśnienia z dnia 26.11.2018 r. Wykonawca doprecyzował, że są to oczyszczalnie dwuzbiornikowe, niemniej jednak z oferty nie wynika to jednoznacznie. Poprzez analizę informacji zawartych w Protokole z wykonanych testów (str. 39 oferty) można założyć , że oferowane oczyszczalnie nie są jednozbiornikowe.

Zgodnie z aktualnie przyjętym orzecznictwem KIO dla przykładu przytoczę wyrok KIO 265/17 z dnia 24 lutego 2017 r. cyt. „...treść oferty precyzująca oferowane produkty i rozwiązania, musi być ustalona w terminie składania ofert i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu, a wykonawca oferujący rozwiązania równoważne ma obowiązek wykazać, że przedstawione w treści oferty rozwiązania spełniają wymagania określone przez zamawiającego”

Wykonawca nie wywiązał się w sposób dostateczny z obowiązku wykazania, że zaproponowane rozwiązanie równoważne spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ

W ofercie nie ma jednoznacznych informacji na temat pojemność czynnej .oczyszczalni Hydro H3 i Hydro H 10 i pojemność osadników wstępnych.

W ofercie brakuje informacji dotyczących zdolności oczyszczania oczyszczalni model Hydro H3 i model Hydro H10.

W związku z brakiem możliwości zweryfikowania przez Zamawiającego spełnienia przez zaoferowane rozwiązanie równoważne wszystkich wymagań określonych w SIWZ w wyniku niedopełnienia przez Wykonawcę obowiązku wykazania spełnienia przez oferowane oczyszczalnie przydomowe wymagań określonych przez Zamawiającego odrzuca się ofertę wykonawcy jako nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym postanowiono jak w sentencji.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwwołanie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W sprawie zostało wykazane, iż Zamawiający nie traktował na równych zasadach wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zamawiający w swoim piśmie z dnia 16 listopada 2018 r. zawierającym odpowiedzi na pytania wykonawców: „Czy Zamawiający jako treść oferty żąda podania informacji na temat nazwy rodziny i nazwy modelu oferowanych oczyszczalni” odpowiedział: „Tak.” Oznacza to, że wykonawcy w ofercie winni jednoznacznie określić model i rodzinę oferowanych oczyszczalni, a zatem jednoznacznie określić swoje zobowiązanie. Pomimo, iż wskazani w odwołaniu czterej wykonawcy

w swoich ofertach nie podali tych danych, Zamawiający nie odrzucił ofert tych wykonawców, lecz wskazując, iż działa na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pismami z dnia 7 grudnia 2018 r. wystąpił do nich o „wskazanie konkretnego / konkretnych modeli oczyszczalni przydomowych, które zostały zaofertowane przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu.”

Pisma te wskazują, że treść ofert tych wykonawców nie była kompletna, nie obejmowała wskazania jakie oczyszczalnie są objęte oświadczeniem woli tych wykonawców. Nie było wiadomo, jakie jest konkretnie zobowiązanie tych wykonawców. Tym bardziej, że ze złożonych przez tych wykonawców dokumentów w postaci deklaracji właściwości użytkowych wynikało, że w każdym przypadku tych modeli jest kilka.

Dopiero w wyniku otrzymanych odpowiedzi tych wykonawców na wystąpienie Zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp już po otwarciu ofert, Zamawiający mógł pozyskać wiedzę w zakresie oferowanego przez tych wykonawców przedmiotu zamówienia.

Oznacza to, w ocenie Izby, niedozwolone negocjacje. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi bowiem, iż *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.* W wyniku odpowiedzi na wyjaśnienia doszło natomiast nie tyle do wyjaśnienia treści oferty, co do uzupełnienia oferty o istotny brakujący jej element, tj. o określenie przedmiotu świadczenia ze strony wykonawców.

Jednocześnie Zamawiający w odniesieniu do Odwołującego wykazał się restrykcyjnością i uznał, iż pomimo, iż złożył on oświadczenie dotyczące spełnienia wymogów SIWZ, załączył do oferty dokumentację techniczną pozwalającą na zweryfikowanie oferowanych rozwiązań w zakresie zgodności z SIWZ, uznając, jak stwierdził na rozprawie, że nie tyle kwestionuje niezgodność oferty z SIWZ, ile brak dostatecznego wykazania przez Odwołującego równoważności oferowanych rozwiązań, uznał, iż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez jednego z ww. czterech wykonawców, którzy nie złożyli w ofercie oświadczenia woli w zakresie oferowanego modelu oczyszczalni, tj. EKO-BUD A. Ż., zmiernając do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, a więc z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem, który stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.*

W ocenie Izby naruszenie tego przepisu przez Zamawiającego nastąpiło w dwojaki sposób, tj. przez zaniechanie jego zastosowania i brak odrzucenia ofert czterech ww. wykonawców, tj. EKO-BUD A. Ż., ul. Ziółowa 1A, 87-800 Włocławek, Euro-Pol T. M., ul. Dobrzańskiego 19/6, 07-410 Ostrołęka, Spółka Budowlano-Handlowa SMOLBUD s.c. S. G., S. A., ul. Wybudowanie Wąbrzeskie 1, 06-230 Lisewo, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe CENTROPLAST Sp. z o. o., Mazury 51, 97-400 Bełchatów, którzy w swoich ofertach nie podali, jaki model oczyszczalni oferują, jak również poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo braku stwierdzenia jej niezgodności z SIWZ, a jedynie z uwagi na niewłaściwe, zdaniem Zamawiającego, wykazanie równoważności oferowanych oczyszczalni.

Jak zostało wyżej przedstawione, brak określenia w ofercie nazwy modelu oferowanych oczyszczalni, oznacza brak wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia woli wykonawcy w tym zakresie. Brak ten nie mógł być uzupełniony w wyniku wyjaśnień złożonych na wystąpienie Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, te bowiem służą do wyjaśnienia treści zawartych w ofercie, a nie do uzupełnienia oferty o brakujące treści.

Jak wynika z ukształtowanego orzecznictwa sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a także doktryny niezgodność treści oferty z SIWZ musi posiadać charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Niezgodność ta powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaofertowanego w ofercie przez wykonawcę.

SIWZ tworzy zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli, co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy w niej określonego. Przez treść SIWZ należy rozumieć jej postanowienia wraz z ewentualnymi zmianami w niej wprowadzonymi przez zamawiającego, czy udzielonymi przez niego wyjaśnieniami. Jest ona wiążąca nie tylko dla wykonawców, ale też dla zamawiającego, który po otwarciu ofert nie może dokonywać jej zmian, ani odstępować od wcześniej wprowadzonych wymogów. Pozostaje to w ścisłym związku z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w tym zasadami zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odpowiadając na jednoznacznie postawione pytanie ze strony wykonawcy dotyczące treści oferty, w ww. piśmie z dnia 16 listopada 2018 r. równie jednoznacznie podał, iż żąda podania w treści oferty informacji na temat nazwy rodziny i nazwy modelu oferowanych oczyszczalni. Tym samym wykonawcy zostali zobowiązani do jednoznacznego określenia w ofercie przedmiotu swojego zobowiązania. Zamawiający natomiast zobowiązany został do badania ofert pod względem spełnienia tego wymogu.

Brak w ofercie określenia, jaki konkretnie model oczyszczalni jest oferowany przez wykonawcę, tym bardziej w sytuacji, gdy, jak wynika z dokumentów załączonych do oferty, takich modeli w danej rodzinie występuje więcej niż jeden, oznacza, brak wymaganego oświadczenia woli wykonawcy w ofercie, który to brak nie może być uzupełniony po jej złożeniu. Tym samym oferty dotknięte takim brakiem podlegały odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodne z treścią SIWZ. Braku tego nie można bowiem uznać za omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ślad za wyrokiem Izby z dnia 20 marca 2018 r. sygn. aktz oferty *musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego Zamawiający jako podstawę tej czynności wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z podanego w piśmie uzasadnienia wynika, iż Zamawiający podstawę do stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ wywodzi z niedostatecznego, jego zdaniem, wykazania przez tego wykonawcę równoważności zaoferowanych oczyszczalni. Na rozprawie Zamawiający stwierdził, iż z ww. uzasadnienia wynika, że Zamawiający nie tyle kwestionuje niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ, ile brak wykazania przez tego wykonawcę w sposób dostateczny równoważności zaoferowanych oczyszczalni.

W ocenie Zamawiającego załączona do oferty dokumentacja nie zawiera wprost oczekiwanych przez niego danych. Potwierdza ona wymogi określone w tym zakresie w poz. „Uwaga” w Rozdziale II SIWZ, przytoczonej powyżej, w odwołaniu, w czterech z pięciu punktów tj. pkt 1,2,3 oraz 5 tj. zaoferowania oczyszczalni więcej niż jednozbiornikowej. Zdaniem Zamawiającego wyrażonym na rozprawie, nie jest on zobowiązany do doszukiwania się ewentualnych oczywistych omyłek w zakresie literówek, tym niemniej przyjął, iż w zakresie ilości zbiorników oczyszczalni zaoferowane przez Odwołującego spełniają wymogi SIWZ. Nie potwierdza natomiast pkt 4 dotyczącego wielkości komór i zbiorników oczyszczalni wg projektu tj.: *pojemność czynna proponowanych oczyszczalni musi wynosić minimum 3m³ i zdolność oczyszczania do 8 RLM, a przy zdolności oczyszczania 10 RLM pojemność 4m³, osadnik wstępny musi posiadać minimum 1m³ pojemności przy wielkości do 8 RLM i 2m³ przy wielkości do 10 RLM.*

Oferta Odwołującego zawiera część jawną i część objętą tajemnicą przedsiębiorstwa, w której zostały m.in. zawarte informacje zawierające wyniki testów, w tym wymiary całkowite (str. 39 oferty) oraz budowy i zasad działania systemu oczyszczalni, w tym wymiary zbiorników (str. 58 oferty), które pozwalają na stwierdzenie, że na każda oczyszczalnię składają się co najmniej dwa zbiorniki. Zostało to przyznane przez Zamawiającego, który uznał, iż zaoferowane oczyszczalnie nie są jednozbiornikowe.

Na stronie 19 oferty Odwołujący zawarł swoje oświadczenia m.in. dotyczące rodziny i modelu oferowanych oczyszczalni wskazując, iż oferuje oczyszczalnie z rodziny Hydro, modele Hydro H3 i Hydro H10 oraz stwierdził, iż przedstawia pełną dokumentację techniczną pozwalającą, na zweryfikowanie proponowanych rozwiązań w stosunku do wymogów określonych w SIWZ i jednocześnie oświadczył m.in., że *„oferowane przydomowe oczyszczalnie charakteryzuje (...) 4) wielość komór i zbiorników oczyszczalni tj.: pojemność czynna proponowanych oczyszczalni wynosi powyżej 3m³ i zdolność oczyszczania do 8 RLM, a przy zdolności oczyszczania 10 RLM pojemność powyżej 4m³, osadnik wstępny ma powyżej 1m³ pojemności przy wielkości do 8 RLM i powyżej 2m³ przy wielkości do 10 RLM.”*

Oświadczenie to w sposób ścisły koresponduje z ww. wymogiem określonym w Rozdziale II SIWZ „Uwaga” pkt 4. Jego treść wskazuje na potwierdzenie spełnienia tego wymogu. Jednakże w ocenie Zamawiającego, przedstawionej na rozprawie, jest ono niekompletne, bowiem z żadnego elementu dokumentacji wprost nie wynikają podane w nim wielkości, a, jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie, nie ma on obowiązku wydedukowania i policzenia wymaganych parametrów. Natomiast zdaniem Odwołującego oferta zawiera wszystkie informacje pozwalające na potwierdzenie równoważności oferowanych przez niego oczyszczalni, w tym także w odniesieniu do wskazanych pojemności i zdolności oczyszczania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że w załączonych do oferty dokumentach nie ma informacji o

pojemności czynnej oczyszczalni Hydro H3 i Hydro H 10 oraz pojemności osadników wstępnych. Wielkości te Zamawiający mógł jedynie wyszacować w oparciu o podane w Instrukcji obsługi wymiary zbiorników. Oznacza to, że weryfikacja oświadczenia Wykonawcy w tym zakresie była możliwa w oparciu o załączone do oferty dokumenty. Natomiast na rozprawie Zamawiający zaprezentował stanowisko, z którego wynika, że jego zdaniem nie miał obowiązku wyliczać pojemności czynnej oferowanych przez Odwołującego oczyszczalni, pojemności osadników wstępnych, jak również zdolności oczyszczania, ponieważ obowiązek w tym zakresie spoczywał na wykonawcy. Odwołujący na stronie 19 oferty podał oferowane wielkości w ww. zakresie, nadto jak wynika z ww. stwierdzenia Zamawiającego, zawartego w odpowiedzi na odwołanie, dokumenty załączone do oferty pozwalały na weryfikację takiego oświadczenia wykonawcy.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał również, że w ofercie Wykonawcy nie ma żadnych informacji dotyczących nominalnych dobowych ładunków BZT5 dla modelu Hydro H3 i modelu Hydro H10, stwierdzając jednocześnie, że w Deklaracji właściwości użytkowej nr 2017/Hydro/001 dla typu wyrobów Biologiczna oczyszczalnia ścieków, seria -Hydo (H1, H2, H3, H4, H5, H6, H7, H8, H9, H10, H11, H12, H13, H14, H15, H16, H17, H18, H19, H20, H21, H22, H23) w pozycji: Nominalne dzienne obciążenie substancjami organicznymi - właściwości użytkowe widnieje wielkość: 0,24-3,0 kg/dzień. Na rozprawie Zamawiający przyznał, że nie żądał w SIWZ określenia nominalnych dobowych ładunków BZT5 dla poszczególnych modeli oczyszczalni, jednakże stwierdził, że gdyby w ofercie takie informacje były zawarte, byłby w stanie zweryfikować oświadczenie Odwołującego w tym zakresie zawarte na stronie 19 pkt 4 oferty. Natomiast Odwołujący na rozprawie zauważył, iż wyżej podane w deklaracji właściwości użytkowych nominalne dzienne obciążenie substancjami jest dopuszczalne w zakresie wszystkich typoszeregów określonych w pkt 1 tego oświadczenia, z czego wynika, że w tym przedziale tj. 0,24-3,0 kg/dzień mieszczą się parametry wskazujące również na typoszereg H3 i H10 i obciążenie na poziomie do 8 RLM i do 10 RLM tj. 480 g i 600g, tak jak zostało to przedstawione w odwołaniu, co wskazuje, że treść oferty zawierała informacje, z których wynikają te dane.

Zamawiający nie zawarł w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdzenia, że treść oferty Odwołującego w odniesieniu do pojemności czynnej oczyszczalni, zdolności oczyszczania (RLM), jak też pojemności osadnika wstępnego jest sprzeczna z treścią SIWZ. Z treści tego zawiadomienia oraz stanowiska zaprezentowanego na rozprawie wynika że równoważność oczyszczalni nie została jego zdaniem dostatecznie wykazana, że z załączonej dokumentacji informacje w zakresie pojemności nie wynikają wprost. Tymczasem w SIWZ Zamawiający żądał przedstawienia pełnej dokumentacji technicznej, pozwalającej na zweryfikowanie proponowanych rozwiązań w stosunku do wymogów określonych w dokumentacji technicznej oraz SIWZ, nie określając metody tej weryfikacji. Oznacza to, że dla jej przeprowadzenia wystarczające jest, aby dokumentacja zawierała dane, nawet jeśli nie są przedstawione w sposób, jaki obecnie oczekuje Zamawiający, którego to sposobu nie opisał jednak w SIWZ, pozwalające na stwierdzenie, iż zaoferowane przez Wykonawcę oczyszczalnie spełniają wymóg równoważności, także, jeśli Zamawiający miałby w celu weryfikacji dokonywać określonych obliczeń z wykorzystaniem danych zawartych w ofercie.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy zauważenia wymaga, iż Odwołujący złożył na stronie 19 oferty jednoznaczne oświadczenie w zakresie spełnienia wymogu równoważności, także w zakresie ww. pkt 4 oraz załączył do oferty ww. dokumentację, potwierdzającą, w jego ocenie, prawdziwość tego oświadczenia, co w części przyznał Zamawiający (przyznając istnienie możliwości dokonania obliczeń dotyczących pojemności z wykorzystaniem zawartych w dokumentacji danych), a w części wynika z argumentacji przedstawionej przez Odwołującego, niezakwestionowanej przez Zamawiającego (ww. obciążenie substancjami organicznymi i określenie zdolności oczyszczania).

Jeżeli jednak Zamawiający miał wątpliwości w tym zakresie, to stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czy potrzebował potwierdzenia dokonanych przez siebie wyliczeń, niezależnie od oświadczenia Wykonawcy złożonego na stronie 19 oferty, mógł zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienia treści oferty, W ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę w wyroku z dnia 17maja 2018 sygn. akt KIO 815/18 należy uznać, iż *stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986), Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy. Podkreślić należy, iż stosując najdalej idącą sankcję względem oferty wykonawcy, Zamawiający musi mieć pewność, że oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada wymogom określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Tym samym Zamawiający przed odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy winien ją wszechstronnie zbadać, tak by usunąć wszelkie sprzeczności, czy rozbieżności wynikające z jej treści. Nadto przywołania wymaga również stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku z dnia 2 maja 2018 r. w sprawie sygn. akt KIO 747/10, wskazujące, iż 1. Zarówno treść s.i.wz. jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. - jest z nią zgodna. 2. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty*

z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) konieczne jest również uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami SIWZ.

Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp aktualizuje się w przypadku wystąpienia konkretnie wskazanej niezgodności oferty z treścią SIWZ, a nie, jak w przedmiotowym przypadku, w sytuacji braku stwierdzenia takiej niezgodności, a jedynie stwierdzenia niezadowolenia z powodu sposobu podania w dokumentacji wymaganych wielkości, tj. nie wprost, lecz w sposób, który wymagał od Zamawiającego w ramach prowadzonej weryfikacji pod względem równoważności np. przeprowadzenia obliczeń z wykorzystaniem informacji zawartych w ofercie.

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

W czynności wyboru ofert najkorzystniejszej winny być brane pod uwagę oferty, które nie podlegają odrzuceniu. W analizowanej sprawie, jakkolwiek Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie innych kryteriów niż określone w SIWZ, to jednak zostało wykazane, że wybór oferty najkorzystniejszej dotyczył oferty, która podlegała odrzuceniu. Zatem czynność wyboru najkorzystniejszej oferty była wadliwa.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W sprawie zostało wykazane, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania i z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów strony postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego na podstawie rachunku, złożonego przez Zamawiającego przed zamknięciem rozprawy, zgodnie z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 poz. 972), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości zgodnej z ww. rozporządzeniem.

Przewodniczący:.....