Sygn. akt KIO 2189/17

WYROK
z dnia 2 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Członkowie: Beata Pakulska - Banach
Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 października 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2017 r. przez wykonawcę **TECHNIKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie** (ul. J. Kuronia 1, 10-165 Olsztyn) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Świerzno** (Świerzno 13, 72-405 Świerzno)

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TECHNIKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TECHNIKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Szczecinie.**

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……
……

Sygn. akt: KIO 2189/17

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Świerzno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków."

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 08 września 2017 r. za numerem 585447-N-2017. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579; dalej „Ustawa"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy.

W dniu 19 października 2017 r. wykonawca TECHNIKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia jego oferty i zaniechania wezwania go do wyjaśnień. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy poprzez jego niezasadne zastosowanie, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- dokonanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- dokonanie czynności ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego;
- zasądzenie zwrotu kosztu wniesienia wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa

procesowego według faktur przedstawionych przez pełnomocnika na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bezprawne działania Zamawiającego zamknęły mu bowiem możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, która zgodnie z kryteriami oceny ofert powinna uzyskać pierwsze miejsce w rankingu ofert i zostać wybrana jako najkorzystniejsza, gdyby zatem Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Odwołujący podniósł również, iż został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty zarzucił Odwołującemu, że zaoferował przydomowe oczyszczalnie ścieków nie spełniające minimalnych wymagań postawionych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ"). Jednakże Odwołujący skorzystał z możliwości zaoferowania urządzeń o wyższych parametrach niż minimalne i w związku z tym zaoferował:

- na potrzeby 4-6 RLM - oczyszczalnie HYDRO CROSS-S 8 (IV) posiadające następujące parametry: przepływ - 1,2 m ^{3}/d, pojemność osadnika - 3000 litrów, pojemność reaktora - 2000 litrów;
- na potrzeby 7-8 RLM - oczyszczalnie HYDRO CROSS-S 10 (VI) posiadające następujące parametry: przepływ - 1,5 m ^{3}/d, pojemność osadnika - 3000 litrów, pojemność reaktora - 3000 litrów;
- na potrzeby 9-10 RLM - oczyszczalnie HYDRO CROSS-S 12 (TV) posiadające następujące parametry: przepływ - 1,8 m ^{3}/d, pojemność osadnika - 4000 litrów, pojemność reaktora - 4000 litrów;
- na potrzeby 11-12 RLM - oczyszczalnie HYDRO CROSS-S 12 (IV) posiadające następujące parametry: przepływ - 1,8 m ^{3}/d, pojemność osadnika - 4000 litrów, pojemność reaktora - 4000 litrów.

Odwołujący podkreślił, iż wszystkie dedykowane dla poszczególnych RLM oczyszczalnie iż biorąc udział spełniają wymagania Zamawiającego. Wskazał, w przedmiotowym postępowaniu dysponował wszystkimi typami oczyszczalni wymienionymi w DTR i spośród nich, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ zaoferował Zamawiającemu:

- HYDRO CROSS-S 6 (VII) - 0 szt.
- HYDRO CROSS-S 8 (IV)-129 szt.
- HYDRO CROSS-S 10 (VI)-14 szt.
- HYDRO CROSS-S 12 (IV)-12 szt.

Razem -155 szt.

W ocenie Odwołującego Zamawiający niekorzystne dla Odwołującego wnioski wyciągnął z treści formularza ofertowego Odwołującego i dokumentacji techniczno-ruchowej („DTR"), złożonej Zamawiającemu na wezwanie. Zdaniem Zamawiającego, poprzez potwierdzenie spełnienia przez oferowane oczyszczalnie minimalnych wymagań i wpisaniu w pkt 7 formularza, że Odwołujący oferuje typy oczyszczalni: HYDRO CROSS-S 6; 8; 10; 12 z przepływami odpowiednio: 0,9 m ^{3}/d; 1,2 m ^{3}/d; 1,5 m ^{3}/d; 1,8 m ^{3}/d, Odwołujący potwierdził,

że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący przypuszcza, iż Zamawiający wyciągnął wniosek, że Odwołujący oferuje oczyszczalnie w ilościach i o przepływach minimalnych przypisanych w SIWZ dla poszczególnych RLM, co jest niezasadne, bowiem Zamawiający nie żądał wskazania w ofercie ilości sztuk oferowanych typów oczyszczalni i przypisania już w ofercie określonego typu oczyszczalni dla poszczególnej wielkości RLM. Gdyby taki wymóg był postawiony, Zamawiający dowiedziałby się o wskazanych wyżej ilościach oferowanych przez Odwołującego typów oczyszczalni dla poszczególnych RLM.

Odwołujący podniósł także, że niepotrzebnie wpisał do formularza ofertowego wszystkie typy oczyszczalni producenta HYDRO Sp. z o.o. wymienione w DTR -

niekoniecznym było wpisanie, oferowanej w ilości sztuk równej "0", oczyszczalni typu HYDRO CROSS-S 6, skoro fizycznie Odwołujący nie będzie jej montował. Pominięcie jej w formularzu ofertowym ułatwiłoby ocenę oferty Odwołującego, ale ten fakt nie może być przyczyną odrzucenia dobrej oferty, skoro można było wszystko wyjaśnić.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Ustawy Odwołujący wskazał, iż Zamawiający mógł dowiedzieć się o oferowanych przez Odwołującego ilościach poszczególnych typów oczyszczalni i przypisaniu ich do odpowiednich RLM żądając wyjaśnień w trybie ww. przepisu Ustawy. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający, mimo że powziął wątpliwości w stosunku do treści oferty Odwołującego, nie skorzystał z zastosowania ww. przepisu Ustawy, gdy tymczasem wskutek złożonych przez Odwołującego wyjaśnień poznałby szczegóły jego oferty nieprezentowane wprost w ofercie ze względu na brak takiego wymogu.

Zamawiający w dniu 27 października 2017 roku - za pośrednictwem poczty elektronicznej, a w dniu 30 października 2017 roku - w oryginale, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości, dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa na podstawie przedłożonej na rozprawie faktury.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień Zamawiający wskazał, iż niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści oferty w wyniku składania wyjaśnień, w szczególności z uwagi na naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w przedmiotowej sprawie stanowiłoby modyfikację oferty poprzez wskazanie odmiennej ilości oferowanych urządzeń niż pierwotnie. W ocenie Zamawiającego nie sposób przyjąć, iż Odwołujący nie oferował nie spełniającej wymogów SIWZ oczyszczalni w przypadku, gdy w ofercie w pkt 7 lit. c) Odwołujący wprost wskazał, iż przedmiotem oferty

jest niespełniająca wymaganych w SIWZ parametrów technicznych oczyszczalnia typu Hydro Cross-S 6. Twierdzenia Odwołującego, iż jego zamiarem było zaoferowanie oczyszczalni typu Hydro Cross–S 6 w ilości „0” jest sprzeczne z zasadami logiki i zasadami języka polskiego.

Odnosząc się zaś do zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Zamawiający podkreślił, iż z SIWZ wynikały minimalne wymagania w zakresie przepustowości, pojemności osadnika i pojemności reaktora, jakie powinny spełniać oferowane oczyszczalnie dla poszczególnych wielkości RLM. Natomiast zgodnie z twierdzeniem Odwołującego zaoferował on oczyszczalnie w typie i technologii Hydro Cross–S 6; 8; 10; 12, której producentem jest Hydro Sp. z o.o. Parametry techniczne oferowanych oczyszczalni zostały wskazane w dokumentacji techniczno – ruchowej. Z danych zawartych w DTR bezpośrednio wynika, iż objętość reaktora i osadnika oczyszczalni typu Hydro Cross-S 6 wynosi 2m ^{3}, a zatem jest mniejsza od wymaganej przez Zamawiającego. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, zaktualizowana została przesłanka obligatoryjnego odrzucenia oferty jako niezgodnej z wymaganiami określonymi w SIWZ. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem niezgodność oferty z treścią SIWZ może zostać stwierdzona, jeśli treść oferty nie obejmuje swym zakresem przedmiotu spełnienia albo sposób jego spełnienia jest inny niż wymagał tego Zamawiający. Zamawiający ponownie podkreślił, iż w pkt 7 lit. c) oferty Odwołujący wskazał, iż przedmiotem oferty jest niespełniająca wymogów oczyszczalnia typu Hydro Cross-S 6 i należy zauważyć, że umieszczenie informacji o oferowaniu oczyszczalni w technologii typu Hydro Cross-S 6, w sytuacji gdy Odwołujący nie zamierza jej zaoferować nie wskazuje na racjonalność postępowania. Ponadto Zamawiający podniósł, iż Odwołujący w pkt 7 lit. d) oferty wskazał na przepustowość o wartości 0,9m3. Z analizy DTR wynika, iż jedynie oczyszczalnia typu Hydro Cross-S 6 cechuje się taką wartością, co oznacza, iż Odwołujący świadomie zaoferował niespełniającą wymogów oczyszczalnię.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Ustawy przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania, jako że spełnione zostały przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego oraz zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Ponadto Izba uwzględniła oświadczenia i stanowiska Stron przedstawione w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie, a także stanowiska wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 30 października 2017 roku.

Dodatkowo Izba ustaliła, że w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajduje się wydruk wiadomości e-mail z dnia 23 października 2017 r. skierowany przez Pana D. B. z firmy P.P.H.U. BESTBUD T. B. ze Starego Lubonia do Zamawiającego potwierdzający otrzymanie kopii odwołania i informujący o przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego. Izba nie dopuściła ww. wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym. Wykonawca zgłosił zamiar przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie wiadomości e-mail skierowanej do Zamawiającego, nie doręczając zgłoszenia Prezesowi Izby w wymaganej formie i terminie, a zatem w sposób niespełniający wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Ustawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału VII SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia („OPZ") wykonawca wykona roboty budowlano - montażowe w oparciu o opracowany projekt budowlano - wykonawczy dla 155 sztuk przydomowych oczyszczalni ścieków. W OPZ przedstawiono szczegółowe wytyczne odnośnie wymaganej liczby sztuk poszczególnych rodzajów oczyszczalni, która była zależna od określonych dla danej miejscowości liczb RLM (Równoważna Liczba Mieszkańców).

Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający wskazał minimalne wymagane parametry przydomowych oczyszczalni ścieków określając wymaganą pojemność osadników i reaktorów oraz przepustowości dobowe dla wskazanych liczb RLM w następujący sposób:

Liczba RLM Qd [m3/d] Pojemność osadnika [litry] Pojemność reaktora [litry]

3000 2000 4-6 0,9
3000 3000 7-8 1,2
3500 3000 9-10 1,5
4000 3000 11-12 1,8

W Rozdziale X punkt 4.1. SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. W punkcie 5 tego formularza Zamawiający wymagał potwierdzenia zgodności oferowanych przydomowych oczyszczalni ścieków z minimalnymi wymaganiami i parametrami, w tym złożenia oświadczenia czy oferowane oczyszczalnie spełniają minimalne pojemności osadników i reaktorów biologicznych oczyszczalni. W punkcie 7 formularza ofertowego Zamawiający wymagał wskazania oferowanych oczyszczalni i podanie danych producenta, modelu, typu i technologii oczyszczania oraz przepustowości.

Ponadto zgodnie z punktem 5 Rozdziału X SIWZ Zamawiający wymagał przedłożenia na wezwanie przez wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona najwyżej m.in. deklaracji właściwości użytkowych dla zaoferowanych oczyszczalni ścieków zgodnych z normą PN-EN 12566-3+A2:2013, pełnego raportu z badań w zakresie wodoszczelności, wytrzymałości, efektywności oczyszczania i trwałości, kart katalogowych zaoferowanych oczyszczalni ścieków, przekrojów oczyszczalni, opisu działania oczyszczalni oraz dokumentacji techniczno – ruchowej oferowanych oczyszczalni wraz z warunkami gwarancji, opisem oraz instrukcją montażu PBOŚ.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia, odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców zadane w trybie art. 38 ust. 1 pkt 3) Ustawy Zamawiający wyjaśnił, iż

wymaga, aby zaoferowane oczyszczalnie były zgodne z normą PN-EN 12566-3+A2:2013, posiadały pełny raport z badań wydany przez laboratorium notyfikowane oraz były zgodne z minimalnymi parametrami zawartymi w SIWZ. Wskazał ponadto, iż w Rozdziale VII Opis przedmiotu zamówienia określił minimalne wymogi oraz, że dopuści urządzenia o objętościach większych niż określone w minimalnych wymogach.

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, oświadczając w punkcie 5 formularza ofertowego, iż oferowane przez niego przydomowe oczyszczalnie ścieków spełniają wskazane w SIWZ minimalne pojemności osadników i reaktorów biologicznych oczyszczalni. Z kolei w punkcie 7 formularza ofertowego Odwołujący oświadczył, iż oferuje oczyszczalnie producenta HYDRO Sp. z o.o., model HYDRO CROSS-S, o typie i technologii oczyszczania: HYDRO CROSS-S 6; 8; 10; 12 w technologii SBR oraz o przepustowości: 0,9 m^3/d, 1,2 m^3/d, 1,5 m^3/d, 1,8 m^3/d.

Pismem z dnia 28 września 2017 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 2 Ustawy wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy. Odwołujący złożył wymagane dokumenty w dniu 3 września 2017 r. wraz z pismem przewodnim, w którym poinformował, iż w ramach niniejszego kontraktu oferuje oczyszczalnie w technologii SBR ze zbiornikami

dwupłaszczyznowymi o maksymalnym naziomie 2,5m – HYDRO CROSS: 8(IV), 10(VI), 12(IV). Wraz z pismem Odwołujący przedłożył m.in. deklarację właściwości użytkowych dla zaoferowanych oczyszczalni ścieków oraz DTR zawierającą instrukcję montażu i eksploatacji przydomowej biologicznej oczyszczalni ścieków HYDRO CROSS - S 6(VII); 8(IV), 10(VI), 12(IV).

Zamawiający w dniu 16 października 2017 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, wskazując, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. z wymogiem, by zaoferowane oczyszczalnie pracowały w oparciu o osadniki i reaktory o minimalnych pojemnościach określonych w SIWZ. Odwołujący zaoferował oczyszczalnie HYDRO CROSS - S o typach: 6; 8; 10; 12, oświadczając, że urządzenia te spełniają wszystkie minimalne parametry w tym posiadają minimalne pojemności osadników i reaktorów, jednakże w ocenie Zamawiającego z treści złożonej przez Odwołującego DTR jednoznacznie wynika, iż zaoferowane urządzenia pracują w oparciu o osadniki i reaktory mniejszej pojemności niż wymagał Zamawiający, co zobrazował w tabeli przedstawionej w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby stawiany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP nie potwierdził się.

Przede wszystkim należy podkreślić, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy) zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Izba wskazuje, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio zamawiającego, który przez opis parametrów przedmiotu zamówienia precyzuje jakiego świadczenia oczekuje 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 i sposobem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym,

czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ (por. wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r., sygn. akt 373/16).

Porównując treść oferty Odwołującego z Opisem Przedmiotu Zamówienia

wskazanym w SIWZ przez Zamawiającego Izba uznała, iż zaoferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia nie odpowiada ustalonym przez Zamawiającego wymogom odnośnie minimalnych parametrów technicznych, jakimi powinny charakteryzować się oferowane oczyszczalnie ścieków.

Odwołujący w formularzu ofertowym, w punkcie 7 lit. c) wskazał, iż oferuje Zamawiającemu oczyszczalnie Hydro Cross-S typu 6, 8, 10 i 12 w technologii SBR. W tym miejscu należy podkreślić, że nie było sporne pomiędzy stronami, iż oczyszczalnia Hydro Cross-S typu 6 nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie wymaganej objętości osadnika. Wynika to bezpośrednio z dokumentacji techniczno – ruchowej przedłożonej przez Odwołującego, gdzie wskazano, iż oczyszczalnia Hydro Cross - S 6 (podtyp VII) posiada objętość osadnika 2,0m ^{3} (tj. 2000 litrów). Tymczasem, jak wynika z Opisu Przedmiotu Zamówienia zawartego w SIWZ jednym z podstawowych (minimalnych) wymagań przydomowych oczyszczalni ścieków stawianych przez Zamawiającego była minimalna pojemność osadnika oczyszczalni, która dla RLM 4-6 oraz 7-8 wynosiła 3000 litrów, dla RLM 9-10 3500 litrów, a dla RLM 11-12 4000 litrów. Powyższy wymóg SIWZ był jednoznaczny i nie był kwestionowany przez wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. A zatem oczyszczalnia Hydro Cross-S 6 posiada osadnik o objętości niższej niż wymagana w SIWZ minimalna objętość osadnika dla poszczególnych wartości RLM.

Odwołujący w treści odwołania oraz na rozprawie podnosił natomiast, że oczyszczalnia Hydro Cross-S 6 została wskazana w ofercie niepotrzebnie, bowiem Odwołujący oferował ten typ oczyszczalni w liczbie sztuk równej „0" i nie zamierzał ich fizycznie montować. Powyższe nie mogło być jednak - zdaniem Odwołującego - przyczyną odrzucenia oferty, ponieważ SIWZ nie wskazywała na konieczność podania w ofercie ilości sztuk oferowanych typów oczyszczalni i przypisania określonego typu oczyszczalni dla poszczególnej wielkości RLM, a Zamawiający o oferowanych przez Odwołującego ilościach typów oczyszczalni mógł dowiedzieć się żądając wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy, czego zaniechał.

W ocenie Izby powyższa argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w punkcie 7 lit. c) formularza ofertowego oświadczył wprost, że oferuje Zamawiającemu oczyszczalnie Hydro Cross–S typu 6, 8, 10 i 12. Treść oświadczenia woli

---

Odwołującego co do rodzaju oferowanych oczyszczalni jest zatem jednoznaczna i wskazuje, iż jednym z oferowanych przez Odwołującego typów przydomowych oczyszczalni ścieków była oczyszczalnia Hydro Cross-S

6.

Dodatkowo w ocenie Izby na zaoferowanie przez wykonawcę oczyszczalni typu Hydro Cross–S 6 wskazuje również pośrednio treść punktu 7 d) formularza oferty, w którym Odwołujący oświadczył, iż oferuje oczyszczalnie o przepustowości na poziomie 0,9m ^{3} /d, 1,2 m ^{3} /d, 1,5 m ^{3} /d i 1,8 m ^{3} /d. Jak wynika z przedłożonej przez wykonawcę Deklaracji właściwości użytkowych nr HC-S/2017/1 nominalna dobowa przepustowość hydrauliczna na poziomie 0,9 m ^{3} charakteryzuje wydajność oczyszczalni Hydro Cross–S o typie 6 i podtypach od I do VII, zaś dla oczyszczalni o typach 8 i wyższych nominalne dobowe przepustowości określone zostały na poziomie wyższym niż 0,9m ^{3} /d. Również treść DTR potwierdza, iż nominalny przepływ dobowy dla modelu oczyszczalni Hydro Cross-S 6 kształtuje się na poziomie 0,9m ^{3} /d, a dla pozostałych modeli jest to odpowiednio: 1,2 m ^{3} /d dla typu 8, 1,5 m ^{3} /d dla typu 10 i 1,8 m ^{3} /d dla typu 12. Skoro zatem Odwołujący w formularzu ofertowym wskazał, iż oferuje oczyszczalnie o przepustowości 0,9m ^{3} /d, to pośrednio potwierdzało to zaoferowanie oczyszczalni typu Hydro Cross-S 6, którą takie parametry w zakresie przepustowości charakteryzują.

Na marginesie wskazać należy, iż w ocenie Izby – wbrew stanowisku Odwołującego wyrażonemu na rozprawie - brak było podstaw do poddania w wątpliwość, że wartości dobowych przepustowości oczyszczalni wskazane przez Odwołującego w punkcie 7 lit. d) formularza ofertowego stanowiły wartości nominalne. Odwołujący zaoferował oczyszczalnie o przepustowości na poziomie 0,9m ^{3} /d, 1,2 m ^{3} /d, 1,5 m ^{3} /d i 1,8 m ^{3} /d, a tak określone przepustowości odpowiadają wprost wartościom przepływu dobowego nominalnego wskazanym zarówno w DTR (punkt 2, Tabela nr 1), jak i w Deklaracji właściwości

użytkowych odpowiednio dla oczyszczalni Hydro Cross-S typów 6, 8, 10 i 12.

Również przedłożona przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumentacja nie wskazywała na niejednoznaczność oświadczenia woli Odwołującego w zakresie oferowanych rodzajów oczyszczalni. Złożone przez Odwołującego dokumenty, w tym DTR, Deklaracja właściwości użytkowych, Raporty z badań, odnosiły się bowiem do wszystkich czterech wskazanych w formularzu ofertowym typów oczyszczalni.

W ocenie Izby niesłuszne jest także powoływanie się przez Odwołującego na fakt, iż fizycznie nie zamierzał on montować oczyszczalni typu Hydro Cross-S 6, jak również na okoliczność, że na etapie realizacji umowy musi nastąpić akceptacja wszelkich wykonywanych przez wykonawcę działań, a zatem nie jest możliwe wykonanie robót budowlano – montażowych niezgodnie z SIWZ. Izba zwraca uwagę, iż dokonując badania i

oceny ofert w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający weryfikuje zgodność oferty z treścią SIWZ, opierając się na dokumentach przedłożonych w toku takiego postępowania, natomiast kwestia późniejszej realizacji umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dla czynności związanych z wyborem oferty irrelewantna.

W tym stanie rzeczy należało uznać, iż treścią oświadczenia woli Odwołującego objęte było zaoferowanie oczyszczalni Hydro Cross-S 6, 8, 10 oraz 12. Nie budzi zaś wątpliwości fakt, iż parametry techniczne oczyszczalni typu Hydro Cross-S 6 nie spełniały wynikających z SIWZ minimalnych wymagań w zakresie objętości osadnika. Z tego względu porównując zaoferowane przez Odwołującego świadczenie z wymaganiami przedstawionymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia, słusznym było uznanie przez Zamawiającego, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy.

Izba podkreśla, że obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z SIWZ. Odzwierciedleniem znajomości wymagań SIWZ co do przedmiotu zamówienia jest właśnie złożona w postępowaniu oferta. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Zatem Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności zaś odrzucenie oferty (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08; wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 117/17).

Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy poprzez jego niezasadne zastosowanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty nie potwierdził się.

Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z treścią tego przepisu w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Rozważając zastosowanie art. 87 ust. 1 Ustawy należy jednak przede wszystkim mieć na uwadze ustawowy zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty, rozumianych jako ustalanie właściwości oferowanego świadczenia w sposób odmienny od zobowiązania wykonawcy wyrażonego w pisemnej ofercie. Podkreślić trzeba, że niedopuszczalne jest jakiekolwiek precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty w drodze wyjaśnień, już

choćby z uwagi na naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 Ustawy. Wszczynanie procedury wyjaśnień należy wykluczyć również w sytuacji, w której treść oferty pozbawiona jest wewnętrznych sprzeczności, a wskazuje po prostu na niespełnianie wymagań zamawiającego. Zamawiający zatem powinien wystosować do wykonawcy żądanie
wyjaśnień wtedy, kiedy zrodzą się u niego wątpliwości do treści oferty, w innym przypadku takie wezwanie byłoby bowiem bezpodstawne i bezcelowe (por. wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 51/17).

W przedmiotowym przypadku, w ocenie Izby, treść oświadczenia woli Odwołującego w zakresie dotyczącym modeli i typów oferowanych oczyszczalni ścieków była jednoznaczna i nie budziła wątpliwości, a zatem wszczynanie przez Zamawiającego procedury wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy byłoby niecelowe. Dlatego też Izba nie uwzględniła argumentu Odwołującego, iż Zamawiający – nie wiedząc ile poszczególnych typów oczyszczalni Odwołujący oferował wobec braku nałożenia na wykonawców wymogu podania w ofercie ilości sztuk oferowanych typów oczyszczalni i przypisania określonego typu oczyszczalni do poszczególnej wielkości RLM – powinien był tę kwestię wyjaśnić. Ponownie podkreślić należy, iż z punktu 7 lit. c) formularza ofertowego w sposób jasny i wyraźny wynika, że Odwołujący oferuje oczyszczalnie Hydro Cross-S typu 6. Tymczasem Odwołujący próbuje wykazać, że tego typu oczyszczalnie zaoferował w liczbie sztuk równej „0", czyli w praktyce nie zaoferował ich w ogóle. Powyższe nie znajduje potwierdzenia w treści oferty Odwołującego oraz złożonych przez niego dokumentów, która była pozbawiona wewnętrznych sprzeczności i nie dawała Zamawiającemu podstaw do poddania w wątpliwość woli w oświadczenia Odwołującego zakresie zaoferowanych rodzajów oczyszczalni ścieków.

Izba raz jeszcze podkreśla, że to na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym, spoczywa obowiązek szczegółowego zapoznania się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia i rzetelnego skonstruowania oferty w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ. Izba podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie i doktrynie pogląd, iż kwestię należytej staranności wykonawców w zakresie oświadczeń składanych w ofercie należy analizować mając na względzie art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 459 z późn. zm.) znajdujący zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w art. 14 ust. 1 Ustawy. W stosunku bowiem do profesjonalistów – a za takich należy uważać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, albowiem określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności. Tak określona należyta staranność wymaga od wykonawcy, by

składając oświadczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upewnił się, że to, co oświadcza, odpowiadało prawdzie (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 382/17).

Podkreślić także należy, iż nie każda niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ podlega wyjaśnieniu, czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób kompletny, pozbawiony sprzeczności i zrozumiały. Jakkolwiek można zgodzić się z wskazywanym przez Odwołującego poglądem, że stosowanie instrumentów, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 1 Ustawy nie może być rozpatrywane wyłącznie w charakterze uprawnienia, ale również obowiązku Zamawiającego w przypadku pojawienia się wątpliwości co do treści oferty, tym niemniej absolutyzowanie konieczności wdrażania opisanych w nim procedur stoi w sprzeczności ze statusem profesjonalisty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. także wyrok KIO z dnia 29 września 2015 r., sygn. akt 2013/15, 2018/15).

A zatem nawet jeśli Odwołujący niepotrzebnie czy omyłkowo wskazał w ofercie typ oczyszczalni, którego nie zamierzał oferować, to żądanie złożenia wyjaśnień w tym zakresie prowadziłoby do niedopuszczalnych na gruncie Ustawy negocjacji treści oferty w sytuacji, gdy oświadczenie woli Odwołującego w zakresie zaoferowanych rodzajów oczyszczalni ścieków nie budziło wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2016 r., sygn. akt KIO 1724/16, gdzie wskazano, iż „Zamawiający *nie może żądać wyjaśnień lub uzupełnień oferty, które prowadziłyby do wytworzenia nowej oferty ani które naruszałyby zasadę równego traktowania wykonawców. Przy przyjęciu przeciwnego stanowiska odwołujący mógłby złożyć nową ofertę po upływie terminu składania ofert. Wskutek tego z nieuzasadnionych powodów znalazłby się w sytuacji znacznie korzystniejszej od innych wykonawców, gdyż mógłby po zapoznaniu się z ofertami konkurentów zmieniać przedmiot oferowanego przez siebie asortymentu, co naruszałoby zasadę wynikającą z art. 7 ust. 1 Ustawy.*"

Na marginesie należy wskazać, iż za taką właśnie próbę zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert uznać można oświadczenie Odwołującego przedstawione w piśmie z dnia 3 września 2017 r. wystosowanym w odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 Ustawy, w którym Odwołujący poinformował, iż w ramach niniejszego kontraktu oferuje oczyszczalnie w technologii SBR ze zbiornikami dwupłaszczyznowymi o maksymalnym naziomie 2,5m – HYDRO CROSS: 8(IV), 10(VI), 12(IV). Oświadczenie to w sposób niedopuszczalny precyzowało bowiem treść złożonej oferty, podczas gdy treść art. 87 ust. 1 Ustawy zabrania

dokonywania jakiejkolwiek zmiany treści oferty, za wyjątkiem poprawienia w ofercie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 Ustawy.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do uznania zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Ustawy za zasadny.

Wobec powyższego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz w oparciu o § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238; zm.: Dz. U. z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……
……