

WYROK

z dnia 8 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 maja 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 20 kwietnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **G. J. Firma G., Leszno** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Uporządkowanie gospodarki uzdatniania wody w miejscowości Sulejówek w ramach projektu pn. Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta Sulejówek – zadanie Budowa Stacji Uzdatniania Wody II przy ul. Okuniewskiej 1 – I etap pn. Stacja uzdatniania wody o wydajności 50 m³/h* (nr postępowania EZ/ZP/25/2015) prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Sulejówek**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego – G. J. Firma G. z Leszna** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego odwołującego 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 2013 r. poz. 907, 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 **Siedlcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Sulejówek prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Uporządkowanie gospodarki uzdatniania wody w miejscowości Sulejówek w ramach projektu pn. Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Miasta Sulejówek – zadanie Budowa Stacji Uzdatniania Wody II przy ul. Okuniewskiej 1 – I etap pn. Stacja uzdatniania wody o wydajności 50 m³/h* (nr postępowania EZ/ZP/25/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 4 lutego 2015 r. pod nr 25180-2015, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.bip.sulejówek.pl}, na której również od tego dnia udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”)

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

14 kwietnia 2015 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – G. J. Firma G. z Leszna {dalej również: Jan Gutkowski} zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty.

20 kwietnia 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej (pismem datowanym na 19 kwietnia 2014 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zatrzymania wadium i unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonując tych czynności naruszył art. 7 ust. 1, art. 38 ust. 4, art. 46 ust. 4a, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie zatrzymania wadium Odwołującego.
2. Unieważnienia unieważnienia postępowania.
3. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
4. Ponownego badania i oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzut dotyczący odrzucenia jego oferty w szczególności przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{odnośnie pkt 1) i 2) zawiadomienia o odrzuceniu oferty}

Odwołujący podał, że pismem z 11 marca 2015 r. został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 pzp do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia

2

Sygn. akt KIO 801/15

dokumentów. W odpowiedzi pismem z 17 marca 2015 r. złożył wyjaśnienia odnośnie treści dokumentów załączonych do oferty, a także uzupełnił niektóre dokumenty, tzn. bez dokumentów dotyczących filtrów i systemu napowietrzania (obliczeń, badań technologicznych, szczegółowych rysunków technologicznych, atestów PZH, aprobat, deklaracji kart ich zgodności, katalogowych), wyjaśniając jednocześnie powody nieuzupełnienia.

Odwołujący podniósł, że wezwanie Zamawiającego odnosiło się do *innej sytuacji faktycznej (ofertowej)* niż dotycząca Odwołującego – uzupełnienia dokumentów dotyczących materiałów i urządzeń równoważnych w stosunku do przewidzianych w projekcie, a Odwołujący zaoferował technologię zgodną z programem funkcjonalno-użytkowym {dalej również: „PFU”}, czyli inną, zamienną technologię w stosunku do przewidzianej w projekcie, co wprost wskazał na str. 10 oferty. Tym samym zaoferował Zamawiającemu w zakresie technologii wykonanie zamówienia w systemie „zaprojektuj i buduj”, czyli wykonanie projektu technologicznego zgodnego z PFU, a następnie wykonanie na jego podstawie zamówienia. Zdaniem Odwołującego wzywanie go do dokumentów dotyczących równoważności filtrów nie znajdowało oparcia w SIWZ, w której Zamawiający nie zażądał złożenia jakichkolwiek dokumentów w sytuacji, gdy wykonawca w zakresie technologii składa ofertę w oparciu o PFU.

Według Odwołującego o materiałach i urządzeniach równoważnych w stosunku do przewidzianych w projekcie można mówić wyłącznie przy zachowaniu tej samej, opisanej w projekcie, technologii uzdatniania wody. Natomiast przy dopuszczeniu technologii zamiennnej w stosunku do przewidzianej w projekcie, nie można jednocześnie oczekiwać, aby użyte urządzenia i materiały były tożsame lub równoważne do opisanych w projekcie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający sam wskazał na odmiennosć cech filtrów opisanych w projekcie i PFU. Odwołujący zrelacjonował, że w załączniku nr 1 do SIWZ – opisie przedmiotu zamówienia i projekcie {po uwzględnieniu zmian z 19 lutego 2015 r. usuwającej rozbieżność co do liczby filtrów} przewidziana jest technologia uzdatniania wody w oparciu o jednostopniowy proces filtracji z wykorzystaniem jednego filtra ciśnieniowego o średnicy 1800 mm oraz trzech filtrów ciśnieniowych o średnicy 2100 mm. Natomiast PFU wymaga technologii uzdatniania, której podstawową cechą jest dwustopniowy proces filtracji z wykorzystaniem czterech filtrów, każdy o średnicy 2400 mm. Odwołujący podsumował, że technologie opisane w projekcie i PFU są całkowicie odmienne, oparte na różnych procesach filtracji i innych filtrach, zarówno co do budowy, jak i wymiarów, różnej liczbie filtrów i innych cechach zastosowanych złożeń.

Odwołujący zwrócił uwagę na następujące postanowienia SIWZ:

3

Sygn. akt KIO 801/15

- rozdział 2 pkt 1.2. SIWZ, gdzie Zamawiający dopuścił możliwość wykonania w oparciu o PFU technologii zamiennnej w stosunku do przewidzianej w projekcie;
- załącznik nr 1 do SIWZ pkt 7.1., gdzie Zamawiający poinformował o posiadanej wybudowanej stacji uzdatnia wody w technologii Culligana {czyli technologii zawartej

w projekcie – jak zaznaczył Odwołujący}, ale dopuścił zastosowanie innej technologii uzdatniania wody;

– załącznik nr 1 do SIWZ pkt 7.2., gdzie Zamawiający zażądał załączenia do oferty opisu technologicznego innej niż podana w dokumentacji projektowej technologii uzdatniania wody, wraz z podaniem przewidywanych kosztów eksploatacji {Odwołujący dodał, że uczynił to w ramach wezwania do uzupełnienia dokumentów};

– część I PFU pkt 1.3. pn. Zakres programu funkcjonalno-użytkowego, gdzie Zamawiający poinformował, że przedmiotem PFU jest wykonanie zmienionej technologii uzdatniania wody w Stacji Uzdatniania Wody II w Sulejówku; a także, że elementy wskazane do wykonania w PFU {czyli technologia uzdatniania wody – jak zaznaczył Odwołujący} są wyłączone z realizacji obiektu zgodnie z projektem budowlanym, a wszystkie inne roboty mają być wykonane zgodnie z projektem budowlanym;

– załącznik nr 1 do SIWZ pkt 7.3., gdzie Zamawiający użył zwrotu „technologia równoważna”, wskazując, że brak w ofercie propozycji zastosowania takiej technologii będzie uznany za deklarację wykonania przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu urządzeń i materiałów przyjętych w projekcie budowlanym; Zamawiający zastrzegł także, że udowodnienie równoważności procesu technologicznego spoczywa na wykonawcy na etapie składania ofert i wymaga złożenia dokumentów potwierdzających.

W ocenie Odwołującego Zamawiający gmatwa użyte w SIWZ określenia technologii, przeciwstawiając jednoznaczniemu pojęciom typu „technologia zamienna” błędnie sformułowany jako „technologia równoważna” tytuł pkt 7. Załącznika nr 1 do SIWZ, *aby całkowicie zaprzeczyć porządkowi jaki stosował w SIWZ i porządkowi określić, definicji, które obowiązują w zamówieniach publicznych.*

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający 19 lutego 2015 r. udzielił na jego pytanie odpowiedzi, że filtry muszą spełniać wymagania, które zostały przedstawione w pkt 6. i 7. załącznika nr 1 do SIWZ, a PFU stanowi materiał pomocniczy wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca zgodnie z pkt 7. załącznika nr 1 do SIWZ zamierzał złożyć ofertę z zastosowaniem technologii równoważnej. Zamawiający załączył również brakujący dotychczas załączniki do PFU (rysunki).

Odwołujący podkreślił, że w powyższej odpowiedzi Zamawiający nie odniósł się do: metody filtracji (jedno- czy dwustopniowa), liczby filtrów w poszczególnych rozmiarach, rozmiaru filtra i rodzaju złoż w poszczególnych stopniach filtracji, ale nie zmienił zapisów

Sygn. akt KIO 801/15

PFU (co wymagałoby też zmiany innych opracowań dot. badania jakości wody), a załączając rysunek dot. rozmieszczenia filtrów – potwierdził rozróżnienie wykonania wg projektu od wykonania wg PFU. Odwołujący dodał, że co do tych parametrów opis w PFU jest jasny,

W ocenie Odwołującego w odpowiedzi tej Zamawiający technologię zamienną określoną w PFU, pomimo jej odrębności w stosunku do projektu, błędnie określa jako równoważną. Odwołujący oświadczył, że uznał to za przypadkowe, mylne i burzące dotychczasowy porządek określenie. Odwołujący nie mógł uznać, że skrajnie nieprecyzyjną odpowiedzią wprowadzającą równoważność projektu w stosunku do PFU, a tym samym wprowadzającą niemożliwy do spełnienia wymóg, Zamawiający zmienił treść PFU. Zdaniem Odwołującego dołożył starań, aby dowiedzieć się jakie filtry powinien przewidzieć w swojej ofercie w związku z zamiarem zaoferowania technologii uzdatniania wody zgodnej z PFU. Wobec nieuzyskania jasnej odpowiedzi, uznał, że PFU nie zostało zmienione i złożył zgodną z nim ofertę.

Odwołujący stwierdził, że z postanowień szeroko rozumianej SIWZ jasno wynika, że granicą zamienności oferowanego przedmiotu zamówienia w stosunku do zaprojektowanego jest dochowanie niezmienności zakresu robót *stricte* budowlanych oraz uzyskanie wymaganej jakości czystej wody, a inne ograniczenia tej zamienności – obecnie wprowadzone przez Zamawiającego – są niezgodne i stanowią zmianę treści SIWZ po terminie składania ofert, co stanowi naruszenie art. 38 ust. 4 pzp.

{odnośnie pkt 3) zawiadomienia o odrzuceniu oferty}

Odwołujący podniósł, że obowiązek płukania filtrów wodą surową wynika z technologii opisanej w projekcie, natomiast z zaoferowanej przez niego technologii zgodnej z PFU wynika, że płukanie filtrów następować będzie wodą uzdatnioną, czyli o lepszych

parametrach. Według Odwołującego nie może być mowy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ z tego powodu.

{odnośnie pkt 4) zawiadomienia o odrzuceniu oferty}

Odwołujący podał, że Zamawiający uznał kosztorys za wadliwy, gdyż załączone zestawienia kosztowe nie są zgodne z przedmiarem robót, nie zawierają wszystkich pozycji z przedmiaru oraz nie precyzują jednoznacznie wartości cen montażu materiałów i urządzeń przewidzianych do wbudowania przy realizacji kontraktu.

Odwołujący zacytował brzmienie pkt 2. z rozdziału 13. dotyczącego opisu sposobu obliczenia ceny: *Podstawą do opracowania ceny ryczałtowej jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia, dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Załączone przedmiary robót mają charakter pomocniczy i służą tylko do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia – nie są podstawą do wyliczenia ceny. Zgodnie z istotą wynagrodzenia ryczałtowego przedmiar robót do wyliczenia ceny oferty*

5

Sygn. akt KIO 801/15

winien sporządzić Wykonawca na podstawie dokumentacji projektowej. Zamawiający zaleca sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia.

Odwołujący przypomniał, że w podstawowym zakresie nie oferuje przedmiot zamówienia zgodnego z dokumentacją projektową załączoną do SIWZ, gdyż w zakresie technologii uzdatniania oferuje przedmiot zamówienia zgodny z PFU. Dla tej części przedmiotu zamówienia projektu jeszcze nie ma, gdyż tę część zamówienia wykona w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Ponadto Odwołujący podniósł, że nadanie przedmiarowi robót pomocniczego charakteru stawia go w pozycji dokumentu przetargowego niewpływającego na treść ofert wykonawców. W takiej sytuacji kosztorys nie podlega merytorycznej ocenie.

5 maja 2015 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, uznając zarzuty za niezasadne.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z art. 31 ust. 1 pzp przedmiot zamówienia na roboty budowlane jest opisywany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru i te dokumenty stanowią główny wyznacznik do konstruowania oferty przez wykonawcę.

Zamawiający wskazał, że dokumentacja projektowa załączona do SIWZ obejmuje szerszy zakres prac, niż objęty tym zamówieniem, co uwiidoczniło w nazwie zamówienia, gdzie mowa jest o wykonaniu I etapu budowy stacji uzdatniania wody o wydajności 50 m³/h. Zamawiający stwierdził, że użycie jednego filtra o średnicy 1800 mm i dwóch o średnicy 2100 mm jest wystarczające dla osiągnięcia wydajności wymaganej przez niego na tym etapie.

Według Zamawiającego powoływanie przez Odwołującego na regulacje zawarte w PFU, którym Zamawiający wyraźnie nadał charakter pomocniczy, i przeciwstawianie im danych określonych w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, nie może odnieść oczekiwanego przez Odwołującego skutku. Tym bardziej, że w odpowiedzi na pytania Zamawiający w sposób jednoznaczny określił, że oferowane filtry muszą spełniać wymogi określone w załączniku nr 1 do SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu braku obowiązku przedkładania dokumentów potwierdzających wykonawcę rozwiązań, równoważność proponowanych przez Zamawiającego podniósł, że ponieważ przepisy ustawy pzp nie wprowadzają ustawowej definicji technologii zamiennej, zasadne jest przyjęcie, że „zamienny” jest odpowiednikiem słowa „równoważny”.

Zamawiający podkreślił, że dopuszczenie przez niego technologii zamiennej nie

6

Sygn. akt KIO 801/15

oznacza, że został pozbawiony instrumentów oceny, pozwalających na sprawdzenie, czy wykonawca w ofercie proponuje urządzenia zgodnie z określonymi przez Zamawiającego wymogami.

Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 30 ust. 4 i ust. 5 ustawy pzp zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne w stosunku do opisywanych przez siebie, natomiast wykonawca który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Zamawiający podniósł, że wypełniając ustawowy wymóg w pkt 6. opisu przedmiotu zamówienia szczegółowo wskazał, jakich dokumentów uwiarygodniających zaoferowane urządzenia wymaga od wykonawcy, tj.: obliczeń, badań technologicznych, szczegółowych rysunków technicznych, atestów PZH, aprobat, deklaracji zgodności, kart katalogowych urządzeń zamiennych.

Tymczasem dokumenty te nie znalazły się w ofercie Firmy G. J. G., pomimo kierowanego przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień oraz uzupełnień treści oferty.

Zamawiający dodał, że pkt 6.1. opisu przedmiotu zamówienia określa też wymagania szczegółowe wobec oferowanych przez wykonawcę filtrów.

Tymczasem po analizie treści oferty uzupełnionej wyjaśnieniami z 17 marca 2015 r. Zamawiający nie jest w dalszym ciągu w stanie stwierdzić, czy filtry oferowane przez Odwołującego spełniają wskazane w SIWZ wymogi, gdyż Wykonawca zignorował warunki określone przez Zamawiającego.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że na etapie składania oferty Odwołujący wskazał, zgodnie z dokumentacją projektową, że zamierza zaoferować turbinę napowietrzającą. Natomiast w wyjaśnieniach z 17 marca 2015 r. zmienił w istocie treść oferty, gdyż wskazał, że faktycznie treścią oferty jest *typowe otwarte napowietrzanie które składa się z rozdzielającego i rozdeszczującego wodę układu labiryntowego podwieszonego do stropu zbiornika*.

Zamawiający podniósł, że w PFU nie było mowy o innym systemie napowietrzania, niż przewidziany w dokumentacji projektowej, z czego wynika, że w tym zakresie nie zostały dopuszczone jakiejkolwiek modyfikacje w stosunku do dokumentacji projektowej.

Zamawiający oświadczył, że wbrew temu, co zostało zawarte w odwołaniu, nie przewidział możliwości użycia wody uzdatnionej do płukania filtrów, gdyż zarówno w dokumentacji projektowej, jak i w PFU zostało jednoznacznie określone, że płukanie ma się odbywać przy użyciu wody surowej. Ponadto według Zamawiającego nie jest zasadne twierdzenie, że płukanie wodą uzdatnioną jest dla niego rozwiązaniem korzystniejszym, gdyż

7

Sygn. akt KIO 801/15

spowodowałoby to zwiększone koszty ekonomiczne po jego stronie.

Pismem z 20 kwietnia 2015 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 20 kwietnia 2015 r. przesłał drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom kopię odwołania.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba skierowała sprawę do rozpoznania wyłącznie w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie

zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że wartość zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego jest poniżej tzw. progów unijnych. W konsekwencji wniesienie odwołania od czynności zatrzymania wadium nie mogło być przedmiotem rozpoznania w tej sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w

8

Sygn. akt KIO 801/15

wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę, która według kryteriów oceny ofert mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę, gdyż odrzucenie jego oferty, od którego się odwołał, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

W pkt 1. rozdziału 2. s.i.w.z., a także w części początkowej załącznika nr 1 do s.i.w.z. – zawierających opis przedmiotu zamówienia, wskazano w szczególności, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa stacji uzdatniania wody {tzw. SUW II} o wydajności 50 m³/h

Zamawiający zastrzegł, że posiada już wybudowaną stację uzdatniania wody w technologii Culligana.

Wskazano, że prace stanowiące przedmiot umowy należy wykonać w oparciu o wyszczególnione w 13 punktach dokumenty, w tym: dokumentację projektową wykonaną przez Instaland A. B. (załącznik nr 10), opinię o technologii uzdatniania wody SUW II opracowaną przez prof. SGGW dr. hab. T. S., badania jakości wody i technologiczne nad ustaleniem prawidłowej technologii – opracowane przez dr inż. M. P. i inż. T. Z. z Wydziału Inżynierii i Środowiska Politechniki Warszawskiej, program funkcjonalno użytkowy przebudowy SUW II sporządzony przez ISPIR J. J. (załącznik nr 13).

Bezpośrednio pod tą listą zamieszczono uwagę, że w przypadku wykonania technologii zamiennej w stosunku do dokumentacji projektowej (załącznik nr 10), można wykonać ją w oparciu o PFU (załącznik nr 13). Zastrzeżono {wyłącznie w pkt 1.2. rozdziału 2 s.i.w.z.}, że w takim przypadku obowiązkiem wykonawcy jest przygotowanie i zatwierdzenie dokumentacji zamiennej, ewentualnie pozyskanie zamiennego pozwolenia na budowę w imieniu Zamawiającego, jeżeli zachodzi taka konieczność, wyłącznie w części dotyczącej technologii zamiennej.

Ponadto załącznik nr 1 do s.i.w.z. zawiera następujące dalsze uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia.

W pkt 1. pn. *Zakres technologii stacji, zbiorników żelbetowych i rurociągów zewnętrznych* wskazano, że dotyczy prowadzenia robót związanych z rozbudową i przebudową istniejącej już stacji uzdatniania wody obejmujący zakres robót, w którym wyliczono m.in. budowę nowego zbiornika wody surowej, budowę nowego zbiornika wody

9

Sygn. akt KIO 801/15

czystej, montaż 3 szt. nowych filtrów ciśnieniowych (2 szt. HIFLO 9 UFP-84, 1 szt. HIFLO UFP-72 lub równoważne) ze złożem katalitycznym w hali filtrów.

Kolejne pkt dotyczą: 2. – zakresu prac budowlanych wewnętrznych i zewnętrznych oraz docieplenia budynku, 3. – zakresu prac dotyczących dróg wewnętrznych, 4. – zakresu

prac instalacyjnych i automatyki, 5 – zagospodarowania działki.

W pkt 6. pn. *Urządzenia równoważne* zawarto m. in. następujące postanowienia:

W pkt 6.1. Zamawiający dopuścił ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie rozwiązań równoważnych, polegających na zastosowaniu innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji projektowej, pod warunkiem zapewnienia parametrów projektowych technicznych, hydraulicznych, technologicznych i materiałowych nie gorszych niż określone w tej dokumentacji. W takiej sytuacji Zamawiający zażądał złożenia stosowanych dokumentów uwiarygodniających te materiały i urządzenia tj. obliczenia, badania technologiczne, szczegółowe rysunki techniczne, atesty PZH, aprobaty, deklaracje zgodności, karty katalogowe urządzeń zamiennych.

W {kolejnym} pkt 6.1. wskazano, że oferowane kompletne filtry równoważne muszą być wyprodukowane przez jednego producenta, są stosowane na innych obiektach wodociągowych co najmniej od 5 lat. Następnie wyszczególniono parametry, które muszą spełniać filtry równoważne, w tym na początku, że mają to być filtry pionowe ciśnieniowe konstrukcji stalowej o przekroju okrągłym o średnicy 1800 mm i wysokości 2780 mm oraz o średnicy 2100 mm i wysokości 3090 mm (z dopuszczalną 2% tolerancją wymiarów). Na końcu wyliczenia {ostatnie dwa wypunktowania} wskazano, że do oferty należy załączyć: atest PZH na kompletny filtr (zbiornik ciśnieniowy, armatura sterująca wraz z orurowaniem, złoże filtracyjne oraz sterownik filtra), deklarację zgodności z polską normą, zastrzegając, że w przypadku braku polskiej normy na kompletny filtr ciśnieniowy dokumentem odniesienia musi być aprobata techniczna lub rekomendacja techniczna ITB na kompletny filtr.

W pkt 6.2. wskazano, że dokumenty muszą w sposób jednoznaczny stwierdzać równoważność proponowanych urządzeń w stosunku do przyjętych w projekcie.

W pkt 6.3. zastrzeżono, że brak wskazania w załączniku nr 8 do SIWZ {druk wymagający zadeklarowania wykonania przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu urządzeń i materiałów w projekcie budowlanym albo z zastosowaniem urządzeń i materiałów równoważnych, które należało wyszczególnić w tabelarycznym wykazie urządzeń równoważnych, podając dane odnośnie nazwy i typu urządzenia, jego producenta, parametrów technicznych oraz obiektów, gdzie zostało zastosowane} zastosowania urządzeń równoważnych będzie poczytane za deklarację wykonawcy wykonania przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu urządzeń i materiałów przyjętych w projekcie budowlanym.

10

Sygn. akt KIO 801/15

Wskazano, że udowodnienie równoważności urządzeń i armatury spoczywa na wykonawcy na etapie składania ofert, a dokumenty potwierdzające należy załączyć do oferty.

W pkt 6.7. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do oceny równoważności proponowanych rozwiązań.

W pkt 7. pn. *Technologia równoważna* zawarto m. in. następujące postanowienia:

W pkt 7.1. Zamawiający ponownie wskazał, że posiada już stację uzdatniania wody w technologii Culligana. Dopuszczono zastosowanie innej technologii uzdatniania wody pod warunkiem niewprowadzania zmian w zakresie robót budowlanych opisanych w dokumentacji budowlanej, a także, że w wyniku wprowadzonych zmian ostatecznie uzyska się jakość wody czystszej o parametrach nie gorszych niż opisane w dokumencie dotyczącym badań jakości wody {stanowiącym element opisu przedmiotu zamówienia}.

W pkt 7.2. wskazano, że wymaga się, aby wykonawca dołączył do oferty opis technologiczny tej innej niż podana w dokumentacji projektowej technologii uzdatniania wody, wraz z podaniem przewidywanych kosztów eksploatacji.

W pkt 7.3. zastrzeżono, że brak wskazania w ofercie propozycji zastosowania technologii równoważnej będzie poczytane za deklarację wykonawcy wykonania przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu urządzeń i materiałów przyjętych w projekcie budowlanym. Wskazano, że udowodnienie równoważności procesu technologicznego spoczywa na wykonawcy na etapie składania ofert, a dokumenty potwierdzające należy załączyć do oferty.

W pkt 7.7. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do oceny równoważności proponowanych rozwiązań.

W piśmie z 15 lutego 2015 r. KREVOX Europejskie Centrum Ekologiczne sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zadał m.in. pytanie, czy filtry, które będą proponowane przez wykonawcę zgodnie z załączonym do s.i.w.z. PFU muszą spełniać wymagania, które są przedstawione w pkt 6. i 7. opisu przedmiotu zamówienia – załączniku nr 1 do s.i.w.z.

Zamawiający pismem z 16 lutego 2015 r. zatytułowanym „Odpowiedź Nr 4 na zapytania Wykonawcy” udzielił w trybie art. 38 ust. 1 i 2 pzp wyjaśnień, zaznaczając na końcu pisma, że stanowią integralną część SIWZ.

Zamawiający odpowiedział twierdząco, powtarzając, że filtry muszą spełniać wymagania, które są przedstawione w pkt 6. i 7. opisu przedmiotu zamówienia – załączniku nr 1 do s.i.w.z.

11

Sygn. akt KIO 801/15

W piśmie z 17 lutego 2015 r. zatytułowanym „Zapytanie” J. G. krytycznie odniósł się do powyższych wyjaśnień, wnosząc o ich modyfikację lub anulowanie udzielonej odpowiedzi.

Wykonawca zaprezentował stanowisko analogiczne jak w późniejszym odwołaniu, czyli sprowadzające się do twierdzenia, że s.i.w.z. daje oferentom do wyboru trzy możliwości realizacji zamówienia: po pierwsze – zgodnie z projektem, w tym z zastosowaniem przyjętych przez projektanta urządzeń; po drugie – zgodnie z projektem, ale z zastosowaniem urządzeń równoważnych; po trzecie – według wytycznych programu funkcjonalno-użytkowego.

Wykonawca wyraził stanowisko, że tylko wykonawcy, którzy zamierzają wykonać zamówienie według drugiej możliwości są obowiązani do stosowania się do zawartych w pkt 6. i 7. załącznika nr 1 do s.i.w.z. postanowień odnośnie zastosowania w ofercie rozwiązań równoważnych w stosunku do urządzeń i materiałów opisanych w dokumentacji projektowej.

Natomiast w przypadku trzeciej możliwości postanowienia te nie znajdują zastosowania, gdyż nie można mówić o równoważności filtrów z PFU w stosunku do filtrów z projektu i opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca zwrócił uwagę, że o ile projekt zakłada zastosowanie 2 szt. filtrów o średnicy 1800 mm oraz 3 szt. filtrów o średnicy 2100 mm, o tyle wg PFU należy zastosować filtry o średnicy 2400 mm – w nieznaną liczbę z uwagi na brak załączenia rys. nr 2.

Wykonawca wyraził opinię, że Zamawiający pomimo dysponowania negatywną opinią eksperta o projekcie, dąży do realizacji zamówienia zgodnie z tym projektem, a zatem można uznać, że dopuszczenie realizacji zadania zgodnie z technologią zamienną z PFU ma charakter pozorny.

Wykonawca wezwał Zamawiającego do zajęcia jednoznacznego stanowiska w sprawie wymagań dla filtrów, które będą proponowane zgodnie z PFU i uzupełnienia rys. nr 2 dotyczącego lokalizacji urządzeń w budynku SUW.

W odpowiedzi Zamawiający pismem z 19 lutego 2015 r. zatytułowanym „Odpowiedź Nr 9 na zapytania Wykonawcy” udzielił w trybie art. 38 ust. 1 i 2 pzp wyjaśnień, zaznaczając na końcu pisma, że stanowią integralną część SIWZ.

Zamawiający podtrzymał, że filtry muszą spełniać wymagania, które zostały przedstawione w pkt 6. i 7. załącznika nr 1 do s.i.w.z. – opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że PFU stanowi materiał pomocniczy wyłącznie w przypadku, gdyby wykonawca zgodnie z pkt 7. opisu przedmiotu zamówienia zamierzał złożyć ofertę z zastosowaniem technologii równoważnej.

Ponadto Zamawiający poinformował, że zamieszcza na stronie internetowej brakujący rysunek w formie elektronicznej.

12

Sygn. akt KIO 801/15

W formularzu oferty J. G. w tabeli danych dotyczących zabezpieczenia serwisowego zamontowanych urządzeń w poz. 1. wyszczególniono filtry kpl. (ze sterowaniem, zaworami i złożeń) produkcji własnej, a w poz. 8. turbinę napowietrzającą producenta H2O Rozwiązania Proekologiczne sp. z o.o.

W ofercie J. G. zawarł oświadczenie, że została ona sporządzona z wykorzystaniem technologii zamiennej w stosunku do dokumentacji projektowej wykonanej przez Instaland A. B., w oparciu o program funkcjonalno-użytkowy przebudowy stacji wody II w Sulejówku sporządzony przez ISPIR J. J. {str. 10 oferty}.

Pismem z 11 marca 2015 r. Zamawiający, wskazując, że działa na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 pzp, wezwał J. G. do złożenia wyjaśnień oraz o uzupełnienie oferty.

W pierwszej kolejności Zamawiający wezwał do złożenia wykazu urządzeń równoważnych, czyli wypełnionego załącznika nr 8 do SIWZ. Zamawiający uzasadnił, że pomimo złożenia oświadczenia dotyczącego zastosowania technologii zamiennej w stosunku do dokumentacji projektowej, Wykonawca nie dołączył dokumentów wymaganych. Zamawiający przypomniał, że w wyjaśnieniach z 16 i 19 lutego 2015 r. określił wymagania jakie muszą spełniać zastosowane filtry, które będą proponowane zgodnie z PFU, tzn., że muszą spełniać wymagania przedstawione w pkt 6 i 7 opisu przedmiotu zamówienia. Po czym Zamawiający zacytował w całości zawarte tam postanowienia. Zamawiający podsumował, że wzywa do uzupełnienia dokumentów dotyczących filtrów, które będą proponowane przez Wykonawcę zgodnie z PFU. Zamawiający wskazał, że niedołączenie choćby jednego dokumentu skutkować będzie odrzuceniem oferty.

W drugiej kolejności Zamawiający wezwał do złożenia kosztorysów zgodnych z przedmiarem robót. Zamawiający uzasadnił, że załączone do oferty kosztorysy nie uwzględniają planowanych do zastosowania materiałów i urządzeń.

Wezwanie do wyjaśnień dotyczyło wykazu robót.

Pismem z 17 marca 2015 r. J. G. odpowiedział na powyższe wezwanie.

W pierwszej kolejności odniósł się do uzasadnienia wezwania, prezentując stanowisko, że jest ono nieporozumieniem w sytuacji złożenia przez niego oferty na wykonanie technologii zamiennej w oparciu o PFU. Stwierdził, że jego oferta opracowana jest zgodnie z wolą Zamawiającego na wykonanie technologii zamiennej, a nie równoważnej, w stosunku do dokumentacji projektowej.

Następnie – twierdząc, że zgodnie z wezwaniem uzupełnia ofertę o dokumenty dotyczące filtrów zgodnych z PFU, zamiast tego przedstawił kilka informacji w nawiązaniu do

13

Sygn. akt KIO 801/15

pkt 1.6.6. Instalacje i urządzenia technologiczne obejmującego str. 12 - 15 PFU.

W szczególności w tabeli wskazał na zastosowanie dwóch stopni filtracji z zastosowaniem filtrów o średnicy DN 2400 i innych parametrach odpowiadających opisowi zawartemu na str. 14 PFU.

Do wyjaśnień w tej części załączył:

- druk załącznika nr 8 do s.i.w.z. wypełniony w taki sposób, że nie wybrał żadnej z dwóch możliwości, a w tabeli wykazu urządzeń równoważnych wpisał „nie dotyczy”;
- dokument pn. *Opis technologii wg PFU z przewidywanymi kosztami eksploatacji* {5 str.}, w którym m.in. wskazano: odnośnie napowietrzania, że oferowane jest *typowe otwarte napowietrzanie, które składa się z rozdzielającego i rozdeszczującego wodę układu labiryntowego podwieszonego do stropu zbiornika*; odnośnie filtrów, że zastosowano zgodnie z PFU filtracji dwustopniowej na filtrach DN 2400, a cechy samego filtra, drenaż, powłoki malarskie są do ustalenia z Zamawiającym na etapie przygotowania projektu zamiennego technologii; odnośnie płukania, że wg najlepszej dostępnej znanej techniki proponowane jest najbardziej korzystne płukanie pulsacyjne wodą uzdatnioną.

Wyjaśnił także, że w związku z zastosowaniem technologii zamiennej niemożliwe jest uzupełnienie oferty o kosztorysy zgodne z przedmiarem robót, a żądanie takie wybiega poza wymogi s.i.w.z., gdyż zgodnie z rozdziałem 13 przedmiary mają charakter pomocniczy i służą tylko do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia nie są podstawą do wyliczenia ceny oferty, a zgodnie z istotą wynagrodzenia ryczałtowego przedmiar do wyliczenia ceny oferty winien sporządzić wykonawca na podstawie dokumentacji projektowej. Dodał, że załączony do oferty kosztorys zawiera wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia z uwzględnieniem zastosowania materiałów i urządzeń zgodnych z PFU.

Dodatkowo załączył uproszony kosztorys ofertowy wraz z wykazem materiałów sporządzony na podstawie kalkulacji własnej.

W zawiadomieniu z 14 kwietnia 2015 r. Zamawiający wskazał 4 powody odrzucenia oferty J. G. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jako nieodpowiadającej treści s.i.w.z.:

1. Zaoferowanie w wyjaśnieniach – wbrew informacji zawartej w pkt 8. Tabeli formularza ofertowego i deklaracji niestosowania urządzeń równoważnych – innego systemu napowietrzania niż opisany w dokumentacji projektowej, zgodnie z którą miała to być turbina napowietrzająca, a ponadto niezłączenia wyliczonych dokumentów wymaganych dla urządzeń równoważnych {wymieniono dokumenty, o których mowa w pkt 6.1. opisu przedmiotu zamówienia}.
2. Nieuzupełnienie dokumentów żądanych w przypadku zastosowania filtrów równoważnych oraz wykonanych na podstawie PFU jako technologia zamienna

14

Sygn. akt KIO 801/15

{wymieniono dokumenty, o których mowa w obu pkt 6.1. opisu przedmiotu zamówienia}; Zamawiający ponownie przypomniał, że w wyjaśnieniach z 16 i 19 lutego 2015 r. określił wymagania jakie muszą spełniać zastosowane filtry, które będą proponowane zgodnie z PFU, tzn., że muszą spełniać wymagania przedstawione w pkt 6. i 7. opisu przedmiotu zamówienia.

3. Podanie w dokumencie załączonym do wyjaśnień, że filtry będą płukane wodą uzdatnioną, podczas gdy zgodnie z dokumentacją przetargową Zamawiający żądał płukania filtrów wodą surową.
4. Złożenie niezgodnych z przedmiarem robót zestawień kosztowych, które nie zawierają wszystkich pozycji z przedmiaru oraz nie precyzują jednoznacznie wartości cen montażu materiałów i urządzeń przewidywanych do wbudowania przy realizacji kontraktu.

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.

Izba stwierdziła, że trzy spośród czterech powodów podanych przez Zamawiającego wypełniały przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, a zatem w tym zakresie oferta Odwołującego została prawidłowo uznana za niezgodną z s.i.w.z.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne {niż oczywiste pisarskie i rachunkowe} omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza 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

15

Sygn. akt KIO 801/15

– co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu

cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi wymaganiami precyzującymi zakres świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego. Jednakże nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelną zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Z tego względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}. Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami s.i.w.z. Jednakże nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie podstawą

Sygn. akt KIO 801/15

do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

Zgodnie z art. 30 ust. 5 pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego.

Z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że w postępowaniu i udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Z kolei z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę, który nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, albo złożył dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone na wezwanie dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Uzupełniając powyższe wywody dodać należy, że niezłożenie i nieuzupełnienie przez wykonawcę wymaganych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane, co może również obejmować dokumenty dotyczące rozwiązań równoważnych, również mieści się w zakresie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Choć dokumenty te same w sobie nie stanowią stricte treści oferty, jednak ich rolą jest potwierdzenie zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. Co więcej w takim przypadku art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie znajdzie zastosowania, gdyż jedynym trybem uzupełnienia tych dokumentów jest art. 26 ust.

3 pzp. Po wyczerpaniu tej procedury brak wymaganego potwierdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie może być uznany za podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Izba zważyła, że po wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 19 lutego 2015 r. Odwołujący nie powinien mieć żadnych wątpliwości, że jeżeli nie zaoferuje filtrów opisanych w dokumentacji projektowej (czyli filtrów HI-FLO producenta Culligan), będzie musiał spełnić wymagania opisane w pkt 6. opisu przedmiotu zamówienia, czyli zaoferować kompletne filtry równoważne o opisanych tam parametrach (w tym średnicy i wysokości), a dodatkowo załączyć dla nich obszerny katalog dokumentów (obliczenia, badania technologiczne,

17

Sygn. akt KIO 801/15

szczegółowe rysunki techniczne, karty katalogowe, deklaracje zgodności lub aprobaty techniczne lub rekomendacje techniczne ITB), które potwierdzą zapewnienie wszystkich parametrów technicznych, hydraulicznych, technologicznych i materiałowych nie gorszych niż określone w dokumentacji projektowej. Zamawiający, po zapoznaniu się z poglądem Odwołującego na temat tego, co wynika z s.i.w.z., udzielił wykładni autentycznej s.i.w.z., która jednoznacznie wskazywała, że Odwołujący błędnie zinterpretował s.i.w.z.

Wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, ani te wyjaśnienia, ani poprzednie z 16 lutego 2015 r. nie zmieniały treści s.i.w.z., a wyjaśniały zgłoszone Zamawiającemu wątpliwości wykonawców. Postanowienie o dopuszczeniu technologii zamiennej w stosunku do dokumentacji projektowej, którą można było wykonać w oparciu PFU, traktowanym jako materiał pomocniczy, było zbyt lakoniczne i ogólne, aby można było z niego wyprowadzić wniosek, że w takim przypadku zamówienie realizowane jest w formule „zaprojektuj i buduj”, jak to uznał Odwołujący. Przede wszystkim postanowienia zawarte w pkt 6. i 7. opisu przedmiotu zamówienia stanowią swoiste *lex specialis* w stosunku do PFU, które – jak zastrzeżono również w ramach ogólnej klauzuli dopuszczenia technologii zamienne – miało jedynie charakter pomocniczy. Z pkt 6. wynikają wymagania dla filtrów innych niż filtry wskazane z nazwy własnej w dokumentacji projektowej (i w pkt 1 opisu przedmiotu zamówienia), czyli w tym zakresie wyłączono opieranie ich parametrów wyłącznie na PFU. Z kolei w pkt 7. dodatkowo uszczegółowiono wymagania w przypadku oferowania innej technologii uzdatniania wody niż opisana w dokumentacji projektowej, nie wymagając oparcia jej o PFU, a jedynie zastrzegając uzyskanie rezultatu opisanego w odrębnym dokumencie również załączonym do s.i.w.z. W takim przypadku należało załączyć do oferty opis technologiczny wraz z podaniem przewidywanych kosztów eksploatacji, a także dokumenty potwierdzające równoważność tego procesu technologicznego do opartego na urządzeniach i materiałach przyjętych w dokumentacji projektowej. Bezpodstawne są zatem twierdzenia Odwołującego, że przy oferowaniu technologii zamiennej (równoważnej) należało tylko złożyć jeden dokument.

Izba zważyła, że nawet jeżeli takie określenie przedmiotu zamówienia powodowało *de facto*, że dopuszczenie realizacji zamówienia według technologii innej niż opisana w projekcie było iluzoryczne, Odwołujący w pełni miał tego świadomość, gdyż sam to podnosił w swoim piśmie z 17 lutego 2015 r. Warto dodać, że Odwołujący nie oprotestował opisu przedmiotu zamówienia ani udzielonych wyjaśnień. Choć przy tej wartości zamówienia od tej czynności nie przysługuje odwołanie, jednak na podstawie art. 181 ust. 1 pzp Odwołujący mógł w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania poinformować Zamawiającego o niezgodności z przepisami ustawy pzp tych czynności, jeżeli tak uważał. W konsekwencji należy stwierdzić, że Odwołujący na własne ryzyko postanowił złożyć ofertę

18

Sygn. akt KIO 801/15

według własnego uznania, ignorując wymagania s.i.w.z., których był w pełni świadom, przechodząc również do porządku nad udzielonymi na jego wniosek wyjaśnieniami, które były nie po jego myśli.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że powołanie się na zaoferowanie

technologii zamiennej opartej na PFU nie zwalniało od przedstawienia dokumentów, które uniemożliwiłyby weryfikację zgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w s.i.w.z., co wprost wynika zarówno z pkt 6., jak i 7. Stanowisko Odwołującego jest niespójne, gdyż z jednej strony złożył wymagany na mocy pkt 7.2. opis technologiczny, z drugiej strony nie zastosował się do pkt 7.3. wymagającego wykazania równoważności tego procesu technologicznego za pomocą innych dokumentów, a oba te punkty dotyczą tej samej sytuacji.

W istocie stanowisko Odwołującego opiera się na pewnym braku precyzji terminologicznej s.i.w.z., która wymiennie posługuje się przymiotnikami „równoważny”, „zamienny”, „inny”, np. w {pierwszym} pkt 6.1. dotyczącym urządzeń „równoważnych” w ogólności mowa jest o kartach katalogowych urządzeń „zamiennych”. Z kolei w pkt 7. zatytułowanym technologia „równoważna”, dalej mowa jest o technologii „innej”. Zamawiający trafnie jednak podniósł, że ustawa pzp posługuje się tylko terminem „równoważności”, nie zna i nie definiuje natomiast „zamienności”.

Skoro niesporne jest, że Odwołujący oferując technologię inną niż opisana w dokumentacji projektowej odmówił uzupełnienia: po pierwsze – dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane filtry równoważne (własnej produkcji) wymagań określonych przez Zamawiającego w pkt 6., po drugie – dokumentów, na których podstawie miała być oceniona równoważność procesu technologicznego w stosunku do opisanego w dokumentacji projektowej, zachodziła podstawa odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., o której mowa w pkt 2) uzasadnienia podanego przez Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący przyznał na rozprawie, że ujął w formularzu ofertowym turbinę napowietrzającą na potrzeby oceny w ramach kryterium oceny ofert, choć w rzeczywistości oferował rozwiązanie zidentyfikowane przez Zamawiającego na podstawie opisu technologii uzdatniania wody i uznane za niezgodne z dokumentacją projektową, od której w tym zakresie PFU nie przewidywało odstępstw, alternatywnie – uznane za urządzenie równoważne, dla którego nie przedstawiono dokumentów wymaganych na mocy {pierwszego} pkt 6.1. Izba zważyła, że w odwołaniu właściwie brak jest zakwestionowania tak opisanego w pkt 1) uzasadnienia powodu odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z.

Odwołujący potwierdził również fakt zaoferowania technologii uzdatniania wody,

19

Sygn. akt KIO 801/15

w której płukanie filtrów odbywa się wodą uzdatnioną, nie zaprzeczając, że według dokumentacji projektowej wymagane było płukanie filtrów wodą surową. Odwołujący nie wykazał, że PFU zawierało w tym zakresie odstępstwo. Natomiast Zamawiający wskazał na pkt 1.6.6.1. PFU, w którym rzeczywiście mowa jest o turbinach napowietrzających. Izba uznała zatem, że potwierdziła się również podstawa odrzucenia oferty Odwołującego opisana w pkt 3) uzasadnienia decyzji Zamawiającego.

Wobec powyższego nie ma znaczenia dla wyniku sprawy, że Zamawiający bezpodstawnie w pkt 4) uzasadnienia uznał niezgodność kosztorysu ofertowego Odwołującego z przedmiarami za niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., podczas gdy w pkt 2 rozdziału 13 s.i.w.z. uprzednio zdefiniował pomocniczy charakter przedmiarów i wręcz oczekiwał od wykonawców w związku z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia samodzielnego sporządzenia kosztorysu ofertowego, zastrzegając, że przedmiary nie są podstawą do wyliczenia ceny.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis. Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Izbą, wobec niezłożenia do zamknięcia rozprawy

rachunków dotyczących tych kosztów, co jest wymagane na mocy § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: