Sygn. akt: KIO 1505/15
Sygn. akt: KIO 1517/15
Sygn. akt: KIO 1518/15

WYROK
z dnia 31 lipca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2015 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2015 r. przez:

A. wykonawcę **Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie** (sygn. akt KIO 1505/15),
B. wykonawcę **Control Process EPC1 Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (sygn. akt KIO 1517/15),
C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „Egbud" Sp. z o.o. (lider) oraz Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Bogatyni** (sygn. akt KIO 1518/15)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Tarnowskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie**

---

przy udziale:

A. wykonawcy **Control Process EPC1 Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „Egbud" Sp. z o.o. (lider) oraz Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Bogatyni,**
B. wykonawcy **Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „Egbud" Sp. z o.o. (lider) oraz Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Bogatyni,**
C. wykonawcy **Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie** oraz wykonawcy **Control Process EPC1 Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt KIO 1505/15) oraz uwzględnia odwołania: wykonawcy Control Process EPC1 Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1517/15) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „Egbud" Sp. z o.o. (lider) oraz Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Bogatyni (sygn. akt KIO 1518/15),

nakazuje zamawiającemu unieważnienie: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty wykonawcy Control Process EPC1 Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „Egbud" Sp. z o.o. (lider) oraz Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. z siedzibą dla

lidera w Bogatyni,

---

nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy Control Process EPC1 Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „Egbud" Sp. z o.o. (lider) oraz Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Bogatyni,

nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawcy Control Process EPC1 Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do wykazu osób, uzupełnienia dokumentów: pełnomocnictwa, dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego temu wykonawcy zasoby, wykazu wykonanych robót budowlanych oraz wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „Egbud" Sp. z o.o. (lider) oraz Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Bogatyni na podstawie 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia tłumaczenia na język polski referencji dla kluczowych elementów przedsięwzięcia, tj. instalacji kogeneracji oraz do złożenia referencji lub innego dokumentu (oświadczenia) dla głównego procesu technologicznego wymienionego w rozdziale XI.2 pkt 3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „Egbud" Sp. z o.o. (lider) oraz Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Bogatyni na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień odnośnie do zaoferowanych parametrów: „redukcja suchej masy organicznej liczonej w stosunku od wejścia do instalacji hydrolizy" oraz „minimalna wydajność roczna w suchej masie",

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie** (sygn. akt KIO 1505/15) oraz zamawiającego **Tarnowskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** (sygn. akt KIO 1517/15 i KIO 1518/15) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie** (sygn. akt KIO 1505/15), przez wykonawcę **Control Process EPC1 Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (sygn. akt KIO 1517/15) oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „Egbud" Sp. z o.o. (lider) oraz Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Bogatyni** (sygn. akt KIO 1518/15) tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od zamawiającego **Tarnowskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** (sygn. akt KIO 1517/15 i sygn. akt KIO 1518/15) kwotę **48 072 zł 77 gr** (słownie: czterdzieści osiem tysięcy siedemdziesiąt dwa złote i siedemdziesiąt siedem groszy), w tym kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Control Process EPC1 Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 1517/15) oraz kwotę **24 472 zł 77 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt dwa złote i siedemdziesiąt siedem groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego**

„Egbud" Sp. z o.o. (lider) oraz Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Bogatyni z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł 00 gr) i kosztów dojazdu na rozprawę (872 zł 77 gr) (sygn. akt KIO 1518/15).

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

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 1505/15

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Rozbudowę i przebudowę obiektów części osadowej na terenie Oczyszczalni* Ścieków *w Tarnowie,* prowadzonym przez Tarnowskie Wodociągi Sp. z o.o. (dalej „zamawiający") odwołanie wobec zaniechania:

1. wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „Egbud" Sp. z o.o. oraz Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. (dalej „konsorcjum Egbud" albo „wykonawca Egbud") oraz odrzucenia oferty złożonej przez tych wykonawców, czym zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"],
2. odrzucenia oferty złożonej przez Control Process EPC1 Sp. z o.o. (dalej *„Control* Process" albo „wykonawca CP"), czym zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp

wniósł wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. (dalej „odwołujący IR").

Odwołujący IR wniósł o:

1. unieważnienie wyniku postępowania,
2. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie odrzucenia ofert konsorcjum Egbud i wykonawcy Control Process, a także wykluczenia z postępowania konsorcjum Egbud z przyczyn opisanych w odwołaniu wraz z podtrzymaniem podstaw faktycznych odrzucenia ofert wskazanych w piśmie zamawiającego z dnia 6 lipca 2015 roku,
4. nakazanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego IR,
5. nakazanie przekazania przez zamawiającego zawiadomienia o wykonaniu powyższych czynności zgodnie z przepisem art. 92 ustawy Pzp.

Odwołujący IR podniósł, że treść zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 6 lipca 2015 roku (z uwzględnieniem poprawki z dnia 13 lipca 2015 roku) nie wyczerpuje przesłanek odrzucenia ofert oraz pomija fakt, że konsorcjum Egbud podlega wykluczeniu z postępowania.

W ocenie odwołującego IR zamawiający zaniechał odrzucenia oferty konsorcjum Egbud z uwagi na wadliwość załączonych do oferty pełnomocnictw.

Podał, że do oferty tego konsorcjum załączono następujące pełnomocnictwa:

---

1. pełnomocnictwo datowane na 22 maja 2015 r. ustanawiające spółkę Egbud pełnomocnikiem konsorcjum Egbud,
2. pełnomocnictwo z dnia 3 czerwca 2015 roku udzielone przez Egbud Panu B. K. – prokurentowi spółki Egbud z ustaloną prokurą łączną.

Odnośnie do pełnomocnictwa z dnia 22 maja 2015 r. dla lidera konsorcjum odwołujący

IR stwierdził, że:

- w dniu 6 czerwca 2015 r. Prezes Zarządu Egbud Pan A. K. dokonał wykreślenia zapisu odnoszącego się do reprezentacji Egbud (wiceprezes + prokurent), wpisując swoje imię i nazwisko,
- konsorcjanci uczynili Egbud pełnomocnikiem konsorcjum,
- pełnomocnictwo „konsorcjalne" zostało skutecznie udzielone w dniu 6 czerwca 2015 r. to jest w dacie podpisania go przez Pana A. K.,
- pełnomocnictwo substytucyjne zostało udzielone przez Egbud Panu B. K. przed datą podpisania pełnomocnictwa głównego (konsorcjalnego) to jest w dniu 3 czerwca 2015 r.

Odwołujący IR podniósł, że z uwagi na fakt, że pełnomocnik może udzielać pełnomocnictw substytucyjnych najwcześniej w dacie otrzymania pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum, to umocowanie Pana B. K. jest nieważne.

Podniósł także, że zakres pełnomocnictwa substytucyjnego nie obejmuje uprawnienia do reprezentowania konsorcjum, ponieważ w jego treści wskazano na spółkę Egbud jako podmiot mocodawcy będący jednocześnie jedynym podmiotem zastępowanym przez Pana B. K., co – zdaniem odwołującego oznacza – że oferta jest nieważna na podstawie art. 104 kc, gdyż została podpisana przez osobę nie posiadającą umocowania do dokonania tej czynności.

Wskazując, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłącza obowiązek wezwania do uzupełnienia pełnomocnictw w przypadku, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (co ma – zdaniem odwołującego IR – miejsce w przypadku konsorcjum Egbud), odwołujący IR uznał, że zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Dodał, że zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego IR zamawiający zaniechał także odrzucenia oferty konsorcjum Egbud z uwagi na niezgodne z treścią SIWZ oświadczenie, że podzleci pełen zakres robót.

Podał, że w formularzu oferty konsorcjum Egbud złożyło oświadczenie o zamiarze zlecenia podwykonawcom pełnego zakresu robót, jednak w treści oferty nie uczyniło w tej materii żadnych zastrzeżeń wskazujących na zamiar wykonania samodzielnie jakiejkolwiek części zamówienia.

Odwołujący IR wskazał, że zgodnie z treścią punktu I.1 SIWZ: *Przedmiot zamówienia będzie realizowany wg WARUNKÓW KONTRAKTOWYCH dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego, czwarte wydanie angielsko-polskie niezmienione 2008 (tłumaczenie pierwszego wydania w języku angielskim 1999 opublikowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (Federation Internationale des Ingenieurs Conseils - FIDIC)*

Podniósł, że Warunki kontraktowe FIDIC w zakresie nie uchylonym przez Szczegółowe warunki kontraktowe zawarte w części II SIWZ (CZĘŚĆ II KONTRAKT), stanowią integralną treść SIWZ, zaś Klauzula 4.4 Warunków kontraktowych zawiera zakaz podzlecenia całości robót.

Dodał, że choć w treści szczegółowych warunków kontraktowych zamawiający zawarł szereg wyłączeń i zmian, to klauzula 4.4 nie została uchylona w całości.

Powyższe, wedle odwołującego IR, oznacza, że w przedmiotowym postępowaniu obowiązuje zakaz podzlecenia całości robót, który został przez konsorcjum Egbud naruszony, co powinno spowodować odrzucenie oferty tegoż konsorcjum w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący IR zarzucił także zamawiającemu zaniechanie wykluczenia konsorcjum Egbud z uwagi na nie potwierdzenie spełniania warunku posiadania doświadczenia zawodowego.

Podał, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków opisanych w punktach XI.2.1 i 2 SIWZ w punkcie 1. Tabeli „Wykaz robót" konsorcjum Egbud, na podstawie oświadczenia o użyczeniu potencjału, przedstawiło robotę wykonaną przez konsorcjum, którego liderem był Mostostal Warszawa S.A. – dla potwierdzenia należytego wykonania zadania, do oferty konsorcjum Egbud załączono Świadectwo Przejęcia Robót, które jednak nie zawiera informacji

odnoszących się do należytego wykonania zamówienia; przeciwnie, zawiera zapisy wskazujące na zastosowanie klauzuli 11 warunków kontraktowych: 11.1 *Ukończenie zaległej pracy i usunięcie wad.*

W ocenie odwołującego IR oznacza to, że zamówienie nie zostało wykonane należycie, a nawet, że Świadectwo nie stanowi potwierdzenia należytego wykonania umowy ze względu na brak informacji o prawidłowym ukończeniu robót.

Odwołujący IR stanął na stanowisku, że z uwagi na fakt, iż oferta konsorcjum Egbud podlega odrzuceniu (z przyczyn podanych w treści pisma z dnia 6 lipca 2015 roku jak również, dodatkowo, z uwagi na okoliczności podane powyżej) zamawiający nie może wezwać tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia zawodowego.

Uznał, że zamawiający winien wykluczyć konsorcjum Egbud z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do oferty Control Process odwołujący podał, że zgodnie z brzmieniem Spisu treści oferty tego wykonawcy, na stronie 23, winno znajdować się pełnomocnictwo dla osoby podpisującej ofertę, jednak strona 23 jest stroną pustą, zaś strona 24 strona zawiera kolejne informacje.

Wskazał, że oferta została podpisała przez Pana P. L., który nie figuruje w treści załączonego do oferty odpisu z KRS, ani żadnego innego dokumentu uprawniającego do podpisania oferty – brak jakichkolwiek informacji na temat umocowania tej osoby.

Odwołujący IR stanął na stanowisku, że z uwagi na fakt, iż oferta Control Process podlega odrzuceniu z przyczyn podanych w treści pisma zamawiającego z dnia 6 lipca 2015 roku jak również dodatkowo, z uwagi na okoliczności podane poniżej, zamawiający nie może wezwać Control Process do uzupełnienia brakującego pełnomocnictwa.

Odwołujący IR podniósł bowiem, że w formularzu *Załącznik do oferty* wykonawca powinien wskazać „Czas na ukończenie Robót", jednak zamiast oświadczenia własnego, Control Process pozostawił podaną przez zamawiającego instrukcję wypełniania przedmiotowego pola tabeli, co w żadnym przypadku nie może zostać uznane za treść oświadczenia woli wykonawcy. Wedle odwołującego oznacza to, że Control Process nie wskazał, w jakim terminie wykona przedmiotowe zamówienie.

Podsumował, że okoliczność, iż pomimo żądania zamawiającego, Control Process nie zaoferował, w jakim terminie zrealizuje przedmiotowe zamówienie, stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 1517/15

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie złożył także wykonawca Control Process EPC1 Sp. z o.o. (dalej „odwołujący CP"), zarzucając zamawiającemu niezgodne z przepisami:

- odrzucenie jego oferty,
- zaniechanie czynności wezwania go do uzupełnienia dokumentów,
- względnie zaniechanie wezwania go do wyjaśnień treści złożonej oferty,
- dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. (dalej „wykonawca IR"),
- zaniechanie czynności zwrócenia się do konsorcjum Egbud w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie zaniechania odrzucenia oferty tego

---

konsorcjum w przypadku, gdy nie złożył on wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta tego konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Egbud jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Odwołujący CP zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego CP mimo tego, że nie jest ona sprzeczna z ustawą Pzp oraz odpowiada treści SIWZ,
- art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poinformowania odwołującego CP o faktycznych podstawach odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego CP do uzupełnienia odpowiednich dokumentów wskazanych w zawiadomieniu o wynikach postępowania, tj. wykazu osób, pełnomocnictwa, dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego odwołującemu zasoby, wykazu wykonanych robót budowlanych,
- z ostrożności art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego CP do wyjaśnień w zakresie treści oferty, które potencjalnie budziły wątpliwości zamawiającego,
- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy konsorcjum Egbud o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Egbud jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp odwołujący CP wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w części, w jakiej omawiany będzie zarzut dotyczący odrzucenia jego oferty, który dotyczy oferowanego zamawiającemu rozwiązania technologicznego, opisanego w załączniku nr 7 do oferty, który został w całości objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący CP wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego CP oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwania odwołującego CP do odpowiedniego uzupełnienia brakujących w ofercie dokumentów, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty

---

odwołującego, względnie wezwania odwołującego do wyjaśnień w zakresie treści oferty, które budzą wątpliwości zamawiającego, a nadto zastosowanie w odniesieniu do wykonawcy konsorcjum Egbud procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a także odrzucenie oferty tego konsorcjum jako nieodpowiadającej treści SIWZ z innych jeszcze powodów niż uczynił to zamawiający.

Stwierdził, że z zawiadomienia o wynikach postępowania wynika, iż jego oferta została odrzucona, ponieważ jest niezgodna z ustawą i jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Podał, że zamawiający wskazał dodatkowo w zawiadomieniu, że odwołujący CP nie złożył wykazu osób, który potwierdzałby spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także nie złożył pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę, dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego odwołującemu swoje zasoby, a także wykazu robót budowlanych.

Odnośnie do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego CP mimo tego, że nie jest ona sprzeczna z ustawą Pzp oraz odpowiada treści SIWZ, a także zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego CP do wyjaśnień w zakresie treści oferty, które potencjalnie budziły wątpliwości zamawiającego odwołujący CP stwierdził, że w jego ofercie nie sposób dopatrzeć się niezgodności z postanowieniami SIWZ.

Część argumentacji odwołujący CP zastrzegł jako informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa – informacje te dotyczyły w szczególności zaoferowanych przez odwołującego CP agregatów kogeneracyjnych, zaoferowanej minimalnej mocy elektrycznej oraz cieplnej.

Odwołujący CP zwrócił uwagę na odpowiedź, jakiej udzielił zamawiającego na pytanie nr 115(3), zgodnie z którą: „Zamawiający *nie dopuszcza zmiany polegającej na zastąpieniu dwóch agregatów kogeneracyjnych na jeden, także w przypadku, gdy jeden agregat kogeneracyjny zapewni osiągnięcie wymaganych przez Zamawiającego parametrów instalacji*

kogeneracyjnej, ze względu na konieczność zachowania ciągłości pracy instalacji."

Zdaniem odwołującego CP odrzucenie jego oferty zostało oparte o wskazaną przez niego informację nt. średniej mocy cieplnej i elektrycznej, zamieszczoną w załączniku nr 7.

Odwołujący CP podniósł, iż zamawiający w SIWZ wymagał, by minimalna moc (jaką muszą osiągnąć maszyny pracujące przy pełnym obciążeniu), a nie średnia moc, spełniały określone parametry, tj. odpowiednio 910 i 800 kW.

Oświadczył, że odpowiednie, spełniające wymagania SIWZ agregaty zostały zamawiającemu przez odwołującego zaoferowane i zostało to opisane w załączniku nr 7.

Wedle odwołującego CP błędem jest założenie, że moc średnia nie może być niższa od mocy określonej przez zamawiającego jako minimalna.

Podniósł, w odniesieniu do wartości średnich, że z uwagi na brak wskazówek zamawiającego, odwołujący przyjął własne założenia dotyczące okresu oraz intensywności pracy urządzeń kogeneracyjnych, co jednak nie oznacza zaoferowania zamawiającemu urządzeń nie spełniających wymagań SIWZ, tzn. takich, które nie mogą pracować z mocą odpowiednio 910 i 800 kW.

Podkreślił, że wskazał w opisie technologicznym, iż takie urządzenia oferuje, a także złożył określone zobowiązanie zawarte w załączniku nr 8.

Wskazał, że parametry określone w załączniku nr 8 obwarowane zostały karami umownymi i zagrożeniem nie odebrania przedmiotu umowy i odstąpienia od niej w przypadku niezgodności.

W ocenie odwołującego CP zamawiający nie dopuszcza instalacji, która nie osiągałaby (nie posiadałaby) mocy odpowiednio cieplnej i elektrycznej na poziomie 910 i 800 kW, ale nie oznacza to wcale, iż instalacja w sposób permanentny (ciągły) z takimi mocami będzie pracować – średnie parametry za okres np. 1 roku mogą się różnić od wymaganych przez zamawiającego minimalnych mocy znamionowych, które są do osiągnięcia w każdej chwili. Zdaniem odwołującego wynika to również z ww. odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 115(3).

Podniósł, że chociażby w sytuacji postoju jednego z agregatów na potrzeby przeprowadzenia czynności konserwacyjnych, przy pracy tylko jednego z nich, w danym momencie instalacja będzie pracować z niższą mocą o połowę (z uwagi na pracę jednej jednostki, a nie dwóch), która będzie miała wpływ na obniżenie mocy średniej.

Odwołujący CP wskazał, że z dokumentacji przetargowej wynika, że roczna ilość biogazu wyprodukowana na instalacji może nie pozwolić na ciągłą pracę agregatów przez cały rok z mocami: elektryczną 800kW i cieplną 910kW określonymi przez zamawiającego.

Wskazał również, że z samego zapotrzebowania wcale nie musi wynikać, iż instalacja przez cały okres eksploatacji będzie równo pracowała z pełną mocą 800kW elektrycznej i 910kW cieplnej.

Oświadczył, że jego oferta jest w tym zakresie zgodna z SIWZ, lecz odwołujący poczynił inne założenia, przy czym w żaden sposób nie można twierdzić, iż jest to niezgodne z SIWZ, bowiem zamawiający nie określił parametrów w odniesieniu do mocy średniej, lecz do mocy minimalnej.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący CP podniósł, że jeżeli zamawiający powziął jakiekolwiek wątpliwości co do treści jego oferty, to powinien

---

podjąć próbę ich wyjaśnienia przy zastosowaniu tego przepisu. Podkreślił jednocześnie, że w jego ocenie takie wątpliwości jednak nie zachodzą, bowiem jego oferta jest jednoznaczna i zgodna z wymaganiami SIWZ, a skoro zamawiający takie wątpliwości miał, to winien choćby wezwać odwołującego do wyjaśnień w zakresie sposobu obliczenia i przyjętych założeń odnośnie wskaźników średniej mocy cieplnej i elektrycznej.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2013 r. sygn. akt. KIO 1619/13 wskazał: „zgodnie *z ugruntowaną linią orzeczniczą zarówno sądów jak Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia takie*

stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert nie może opierać się wyłącznie na formularzu oferty oraz formularzu cenowym, lecz winien poddać ocenie również złożone wyjaśnienia w kontekście zgodności oferowanego świadczenia *z wymaganiami ustalonymi w treści SIWZ. Nadto zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić* żadnych *elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych".*

Tymczasem – stwierdził odwołujący CP – zamawiający w ogóle nie podjął działania w zakresie próby wyjaśnienia treści jego oferty.

Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poinformowania odwołującego CP o faktycznych podstawach odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, stwierdził, że stosownie do przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający winien zawiadomić wykonawców, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności.

Podkreślił, że obowiązek ten ma kapitalne znaczenie, umożliwia bowiem wykonawcom kwestionowanie decyzji zamawiającego, poprzez wniesienie środków ochrony prawnej – zamawiający nie może tego obowiązku traktować w sposób formalny, ograniczając się do wskazania podstawy prawnej odrzucenia oferty.

Wskazał, że uzasadnienie odrzucenia oferty powinno być wyczerpujące zarówno w jego części faktycznej jak i prawnej, gdyż tylko w taki sposób możliwa jest weryfikacja prawidłowości czynności zamawiającego.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 2924/13 stwierdził: „(...) *niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907, ze zm.) 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 jednoznacznie ustalonymi postanowieniami*

SIWZ (z uwzględnieniem wyjaśnień ich treści, których zamawiający udzielał w odpowiedzi na pytania wykonawców) (...)".

Odwołujący CP Stanął na stanowisku, że nie będzie dopuszczalne „uzupełnienie" przez zamawiającego wskazanego braku uzasadnienia faktycznego odrzucenia jego oferty – wszystkie informacje w tym zakresie winny zostać podane przez zamawiającego w piśmie zawiadamiającym o odrzuceniu oferty odwołującego CP.

Podniósł, że zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego uznał ofertę odwołującego CP za niezgodną z ustawą – oznacza to, że w odniesieniu do tej kwestii odwołujący CP nie może zaprezentować żadnej merytorycznej argumentacji, zaprzeczył jednak stanowisku zamawiającego i stwierdził, że jego oferta jest w pełni z ustawą zgodna.

Dodał, że ponieważ w odwołaniu nie odniósł się, gdyż nie mógł tego zrobić, do ewentualnego dodatkowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia jego oferty, uzasadnienie takie nie będzie objęte zarzutami odwołania i tym samym nie powinno być przez Izbę rozpatrywane.

Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia odpowiednich dokumentów wskazanych w zawiadomieniu o wynikach postępowania, tj. wykazu osób, pełnomocnictwa, dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego odwołującemu zasoby, wykazu wykonanych robót budowlanych, odwołujący CP stwierdził, że zarzut ten jest konsekwencją dwóch pierwszych zarzutów – w sytuacji uznania czynności odrzucenia oferty odwołującego CP za dokonaną z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zamawiający zobowiązany będzie wezwać odwołującego CP do uzupełnienia odpowiednich dokumentów, wyszczególnionych przez zamawiającego w zawiadomieniu o wynikach postępowania.

Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum Egbud o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie zaniechanie odrzucenia

oferty tego konsorcjum w przypadku, gdyby nie złożyło wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odwołujący CP wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień,

w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Wskazał dalej, że zgodnie z ust. 2 ww. przepisu obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

W ocenie odwołującego CP cena zaoferowana przez konsorcjum Egbud wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez tego wykonawcę, jednak zamawiający nie wezwał tego konsorcjum do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a bez nich oraz dowodów, wedle odwołującego CP, niedopuszczalny byłby potencjalny wybór oferty z ceną, która może być uznana za „rażąco niską".

Odwołujący CP stwierdził, że powyższe różnice kwotowe powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego jako dysponenta środków publicznych i powinny stanowić podstawę do wszczęcia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego.

Gdyby w wyniku procedury wyjaśnień taki stan rzeczy uległ potwierdzeniu – prognozował odwołujący CP – zamawiający byłby zobowiązany do odrzucenia oferty konsorcjum Egbud na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący CP oświadczył, że zgodnie z jego wiedzą oraz know-how, wynikającymi z przeszło 20-letniego doświadczenia w realizacji inwestycji podobnych do przedmiotu niniejszego zamówienia, cena oferty zaoferowana przez konsorcjum Egbud istotnie odbiega od rzeczywistej wartości przedmiotowego zamówienia i nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Stwierdził, że oferta konsorcjum Egbud z najniższą cenę nie może spełniać wymagań SIWZ gdyż – jak uznał odwołujący CP – z dużym prawdopodobieństwem konsorcjum to przyjęło technologię firmy Haarslev kilkukrotnie tańszą od technologii Cambi.

Odwołujący CP podał, powołując się na analizy dostępnych technologii wykonane przed złożeniem oferty, że dostępne są jedynie ww. dwie możliwości.

Dodał, że prawdopodobnie wszyscy wykonawcy, z wyjątkiem konsorcjum Egbud, przyjęli technologię sprawdzoną i spełniającą warunki SIWZ, tj. Cambi.

Uznał, że nie ma technicznie możliwości, aby konsorcjum Egbud wykonało należycie i nawet z minimalnym zyskiem tak skomplikowany przedmiot zamówienia, szczegółowo opisany załączonym projektem budowlanym i wykonawczym do SIWZ w sytuacji, gdy spośród 6 wykonawców, 5 zaoferowało przedmiot zamówienia w podobnych do siebie cenach, a jedynie konsorcjum Egbud zaoferowało cenę o ponad 5 mln złotych niższą.

Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Egbud jako nieodpowiadającej treści SIWZ odwołujący CP stwierdził, że oferta tego konsorcjum powinna zostać odrzucona dodatkowo z następujących

względów:

1. zaproponowana Instalacja Termicznej Hydrolizy Firmy Haarslev nie spełnia wymagań dla projektu w Tarnowie – instalacja nie spełnia ściśle wymagań odnośnie referencji i podstawowej funkcjonalności dla instalacji pracujących w warunkach określonych w SIWZ oraz wymagań techniczno-technologicznych, między innymi: Projekt Budowlany, Projekt Wykonawczy i Specyfikacja Techniczna ST-05, Instalacje Technologiczne wymagają zastosowania do przeróbki osadu w Tarnowie instalacji termicznej hydrolizy, higienizacji i dezintegracji, co oznacza, że wymagane jest dostarczenie instalacji, która zapewni efektywny przebieg procesu w/w poszczególnych procesów. Stwierdził, że instalacja Termicznej Hydrolizy Haarslev (ACH) nie zawiera stopnia dezintegracji (w przeciwieństwie do instalacji THP Cambi – po hydrolizie, osad jest przekazywany do Zbiornika Rozprężania (Flash Tank), gdzie ciśnienie i temperatura hydrolizowanego osadu są gwałtownie obniżone przez wydmuch pary do Pulpera. Proces gwałtownego rozprężania przebiega przy różnicy ciśnień co najmniej 5 bar. Podczas tego procesu zwanego „eksplozja pary" komórki i grupy komórek są rozrywane oraz rozpuszczane i stają się bardziej dostępne dla procesu fermentacji. Powoduje to większą możliwość przetwarzania substancji organicznych (zwiększa ich stopień konwersji, czyli redukcji substancji organicznych w komorach fermentacji) i większą stabilizację, zwłaszcza dla osadu biologicznego oraz zwiększa ilość i poprawia jakość biogazu uzyskiwanego w komorach fermentacji. Rozpuszczone organiczne ciała stałe są bardziej przyswajalne niż zawiesiny (rozpad ścian komórkowych itp.) Rozpuszczanie komórkowego materiału organicznego zwiększa stopień hydrolizy. Efekt eksplozji pary daje efekt zwiększonej dezintegracji (rozpadu) komórki, który inne typy procesów THP nie uzyskują).
2. Ciągły proces: Projekt Budowlany, Projekt Wykonawczy i Specyfikacja Techniczna ST-05 – Instalacje Technologiczne wymagają zastosowania do przeróbki osadu w Tarnowie instalacji termicznej hydrolizy, higienizacji i dezintegracji; dokumentacja SIWZ wymaga, aby procesy te były prowadzone w technologii hydrolizy termicznej

---

okresowej, wsadowej (jako Batch Proces), a nie hydrolizy ciągłej. Technologia Firmy Haarslev jest technologią hydrolizy termicznej ciągłej i Haarslev proces, jako ciągły, nie może zapewnić higienizacji ABP kategorii II i III – aby gwarantować pełną pasteryzację (kategoria III) i sterylizację (kategoria II) wymagany jest proces wsadowy/porcjowy bez dopływu i wylotu materiału z reaktora/zbiornika podczas procesu hydrolizy wymaganego dla sterylizacji czasu zatrzymania. Wedle odwołującego CP z tego względu twierdzenie, że ciągły proces jest odpowiedni jest fałszywe. Stwierdził, że proces hydrolizy termicznej Cambi jest procesem ciągłym wsadowym (batch process), co oznacza, że strumień do Pulpera (Zbiornika Mieszania), który jest punktem wyjścia i strumień ze Zbiornika Rozprężania, który jest punktem końcowym, jest ciągły, ale między nimi są jeden lub kilka Reaktorów, które działają w trybie wsadowym (batch process) przez minimum 20 minut, przy minimum 133 ^{o}C i ciśnieniu minimum 3 bar, co daje sterylizację według ABP II kategorii, która jest także ważna dla kategorii III materiału + zastosowanie alternatywnej technologii Haarslev w ofercie konsorcjum Egbud powoduje nie spełnienie podstawowych wymogów SIWZ, pytań i odpowiedzi oraz projektu budowlanego i wykonawczego załączonego do specyfikacji przetargowej.

Sygn. akt KIO 1518/15

W tym samym postępowaniu konsorcjum Egbud („dalej konsorcjum E") wniosło odwołanie wobec:

1. czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. (dalej „wykonawca IR"),
2. czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego E z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z uznaniem, iż oferta odwołującego E jest niezgodna z ustawą Pzp i jej treść nie odpowiada treści SIWZ, podczas gdy wykazywane w ofercie odwołującego E braki (lub odpowiednio omyłkowe niespójności) mają charakter usuwalny, który powinien być poddany przez zamawiającego procedurze przewidzianej ustawą Pzp (odpowiednio:

procedura uzupełniająca i wyjaśniająca),
3. zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy IR, pomimo iż zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,
4. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Control Process z przyczyn opisanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący E zarzucił zamawiającemu naruszenie:

---

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie skutkujące odrzuceniem oferty odwołującego E z postępowania, podczas gdy na obecnym jego etapie nie zachodziły przesłanki uzasadniające jego zastosowanie i podjęcie przez zamawiającego kwestionowanej czynności, gdyż stwierdzone ewentualne braki w ofercie odwołującego E powinny zostać poddane procedurze wyjaśniającej zgodnie z ustawą Pzp,
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CP z przyczyn opisanych w uzasadnieniu odwołania,
4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak jego zastosowania w sytuacji, gdy stwierdzone braki w ofercie odwołującego E podlegają uzupełnieniu zgodnie z dyspozycją wypływającą z przedmiotowego przepisu,
5. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak jego zastosowania w sytuacji, gdy stwierdzone niespójności w ofercie odwołującego E podlegają pod wskazaną dyspozycję wypływającą z przedmiotowego przepisu,
6. art. 8 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt. 2, poprzez brak rzetelnego, jednoznacznego i wyczerpującego przedstawienia podstaw prawnych i faktycznych odrzucenia oferty odwołującego E,
7. art. 7 w zw. z art. 96 ust. 3, w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) [dalej „Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji").

Odwołujący E wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez wykonawcę IR,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego E,
3. wezwania odwołującego E do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
4. ponownej oceny i badania ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego E oraz wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego E,
5. odtajnienia informacji wykonawcy IR w zakresie wykazu robót, wykazu osób oraz informacji z banku,
6. odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę CP z przyczyn opisanych w uzasadnieniu odwołania.

W odniesieniu do zarzutu braku wymaganych specyfikacją dokumentów: tłumaczenia na język polski referencji dla kluczowych elementów przedsięwzięcia, tj. instalacji kogeneracji, które złożone zostały wyłącznie z tekstem w języka obcym, pomimo braku zgody zamawiającego oraz jednej referencji lub innego dokumentu (oświadczenia) dla głównego procesu technologicznego wymienionego w rozdziale XI. 2 pkt 3) SIWZ odwołujący stwierdził, że stanowisko zamawiającego sprowadza się do jednego aspektu, tj. niezłożenia przez odwołującego dokumentów wymaganych w rozdziale XI pkt 2 ppkt. 3) SIWZ, a w rezultacie do sprzeczności z treścią SIWZ.

Odwołujący podał, że zgodnie rozdziałem XI pkt 2 SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wykazać, iż posiada wiedzę i doświadczenie pozwalające na prawidłową realizację zamówienia, poprzez wykazanie, iż wykonał zgodnie z zasadami sztuki

budowlanej, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie i prawidłowo ukończył co najmniej:
1) jedną robotę budowlaną przedmiotem, której była budowa, przebudowa lub rozbudowa zakładu oczyszczania ścieków komunalnych obsługującego minimum 150 000 RLM wraz z instalacjami osadowymi o wartości zamówienia netto minimum 20 000 000,00 PLN,
2) linię technologiczną fermentacji lub odwadniania i suszenia lub termicznej utylizacji osadów (wstępny i nadmierny) pochodzących ze ścieków komunalnych o mocy przerobowej minimum 10 Mg s.m./dobę.

Jako wymagania zamawiającego dla kluczowych elementów przedsięwzięcia odwołujący wskazał:

- główny proces technologiczny i instalacja hydrolizy termicznej i dezintegracji oferowana przez wykonawcę musi posiadać minimum dwie referencje świadczące, że technologia i instalacja zostały zainstalowana i przekazana do eksploatacji w co najmniej dwóch różnych projektach o wydajności minimum 5 000 Mg s.m./r dla każdego z projektów. Instalacje te muszą pracować w sposób ciągły na osadach ściekowych w oczyszczalniach ścieków we współpracy z komorami fermentacji projektowanymi dla mezofilowej fermentacji osadów ściekowych,
- instalacja kogeneracyjna musi posiadać minimum dwie referencje świadczące, że instalacja została zainstalowana i przekazana do eksploatacji w co najmniej dwóch różnych projektach; instalacje muszą pracować w sposób ciągły na biogazie pochodzącym z fermentacji mezofilowej osadów ściekowych osiągając sprawność wytwarzania energii elektrycznej na poziomie minimum 40%,
- instalacja wirówek końcowych musi posiadać minimum dwie referencje świadczące, że instalacja została zainstalowana i przekazana do eksploatacji w co najmniej dwóch różnych projektach; instalacje muszą pracować w sposób ciągły na osadach ściekowych

---

w oczyszczalniach ścieków poddanych fermentacji mezofilowej, osiągając sprawność odwadniania na poziomie minimum 31% s.m.

Odwołujący uzupełnił, że zamawiający wymagał ponadto, by wymagania dla kluczowych elementów procesów wymienionych w tym podpunkcie zostały poparte oświadczeniem wykonawcy ze wskazaniem lokalizacji, daty uruchomienia, osoby kontaktowej lub referencją dostarczoną przez firmę produkującą i dostarczającą dany element.

Odwołujący stanął na stanowisku, że redakcja takiego sformułowania wskazuje, iż zamawiający dopuścił alternatywnie: złożenie oświadczenia wykonawcy, złożenie referencji bądź też złożenie łącznie oświadczenia oraz referencji.

Za istotną uznał odwołujący odpowiedź zamawiającego z dnia 8 maja 2015 r. na pytanie nr 4, w której wskazał: *„Wykonawca winien wykazać,* że *oferowane przez niego technologie / urządzenia / linie technologiczne [podpunkt 3) Wymagania dla kluczowych elementów Przedsięwzięcia/, to jest: Główny proces technologiczny i instalacja hydrolizy termicznej i dezintegracji, instalacja kogeneracyjna oraz Instalacja wirówek końcowych winny posiadać referencje opisane w podpunkcie 3), Oczywistym wydaje się,* że *dokumenty potwierdzające wykonanie robót [podpunkt 1)i 2)] winny być dołączone do „ Wykazu robót budowlanych" (załącznik nr 6), zaś referencje dla oferowanych technologii / urządzeń / linii technologicznych winny być dołączone do „ Opisu techniczno-technologicznego" (załącznik nr 7).*

Odwołujący ocenił, że pomimo, iż wymaganie określone w Części I, Rozdz. XI pkt 2 ppkt 3) SIWZ umieszczane zostało w części „Warunki udziału w postępowaniu", to było to de facto żądanie określone w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. żądanie od wykonawcy oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Tym samym – uznał odwołujący – dokumenty oraz oświadczenia wskazane w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp nie stanowią treści oferty i powinny zostać poddane procedurze wezwania do uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2014r. (sygn. akt KIO 2619/14) wskazał: *„niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, dotyczy sfery niezgodności zobowiązania oferowanego w ofercie z oczekiwanym przez zamawianego, opisanym w SIWZ.*

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, zobowiązująca do odrzucenia oferty ma charakter zasadniczy i nieusuwalny ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., a także uprawnienie zamawiającego do żądania *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p. (...) Oświadczenia lub dokumenty, o których stanowi przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. – potwierdzające spełnianie przez oferowane m.in. dostawy wymagań określonych przez*

---

*zamawiającego (oświadczenia lub dokumenty przedmiotowe) – nie są w*ścisłym *rozumieniu treścią oferty aczkolwiek służące potwierdzeniu zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego, konkretyzują oferowane* świadczenie".

Powołał się także na wyrok z dnia 28 listopada 2014 r. (sygn. akt KIO 2365/14; KIO 2366/14), zgodnie, z którym: *„kwalifikację charakteru czy statusu prawnego danego dokumentu, jako części oferty w rozumieniu art. 87 i 89 p.z.p. lub jako tzw. dokumentu przedmiotowego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. – należy przeprowadzać z uwzględnieniem wszystkich indywidualnych okoliczności danej sprawy, w szczególności analizy całości wymagań SIWZ doń się odnoszących, przede wszystkim samej treści dokumentu (...) „rozróżnienie takie jest istotne ze względu na następczą ocenę możliwości zastosowania instytucji opisanych w art. 87 (w tym uwzględnienia zakazu zmian treści oferty wynikającego z art. 87 ust. 1 zdanie drugie) lub w art. 26 ust. 3 p.z.p., według którego dopuszczalne jest pełne uzupełnienie, a nawet wymiana dokumentów przedmiotowych, które nie zostały złożone lub zawierają błędy ".*

Na powyższej podstawie odwołujący uznał, że skoro referencje były dokumentami przedmiotowymi żądanymi przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania przez oferowane przez wykonawcę usługi, dostawy i roboty budowlane (określone jako „kluczowe elementy Przedsięwzięcia") wymagań określonych przez zamawiającego, to podlegały one uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tak też uzupełnieniu – wedle odwołującego – podlegało oświadczenie ze wskazaniem lokalizacji, daty uruchomienia oraz osoby kontaktowej. Stwierdził w konsekwencji, że jeżeli zamawiający dostrzegł, iż referencje złożone zostały w języku obcym, to stosując procedury przewidziane ustawą Pzp powinien on go wezwać do złożenia odpowiednich dokumentów w języku polskim.

Podkreślił, iż wezwanie do uzupełnienia było ustawowym obowiązkiem zamawiającego, nie zaś jedynie jego uprawnieniem. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 419/12), zgodnie, z którym: „każdorazowa *decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu musi być poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p.,* w *przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie (...) Przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. ma charakter obligatoryjny, na co wskazuje sformułowanie "wzywa", a nie "może wezwać" i obliguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie".*

Dodatkowo powołał się na stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach zajęte w wyroku z dnia z dnia 11 kwietnia 2013 r. (sygn. akt XIX Ga 179/13), iż w przypadku, gdy wymagane przez zamawiającego, a złożone przez wykonawcę dokumenty i oświadczenia zawierają błędy, to zamawiający zobligowany jest do wezwania wykonawcy wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

W podsumowaniu stwierdził, że o ile zamawiający stwierdził brak tłumaczenia referencji potwierdzających, iż oferowane przez odwołującego dostawy, usługi lub roboty budowlane (tj. instalacje kogeneracji) spełniają jego wymagania, dokumentu referencji lub oświadczenia, iż oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane (tj. główny proces technologiczny) spełniają jego wymagania, to powinien wezwać go do uzupełnienia tych dokumentów zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do samej kwestii uzupełnienia dokumentu tłumaczenia załączonej referencji, to odwołał się do wyroku KIO z dnia 14 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 183/11; KIO 191/13; KIO 190/11), zgodnie z którym *„złożenie dokumentów w języku obcym, bez jednoczesnego załączenia tłumaczenia na język polski należy uznać za równoznaczne*

z niezłożeniem dokumentów lub złożeniem dokumentów zawierających błędy, które podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p." oraz wyroku KIO z dnia 17 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1634/10) w świetle, którego *„niezałączenie tłumaczenia należy zatem uznać za złożenie dokumentu opatrzonego brakiem formalnym, który podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. "*

Przywołał nadto wyrok z dnia 21 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 648/08; KIO/UZP 651/08; KIO/UZP 666/08; KIO/UZP 667/08), w którym Izba uznała, iż *„brak dokumentu przetłumaczonego na język polski mieści się w granicach błędu wykonawcy, który możliwy jest do naprawienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. tym bardziej że rodzaj tego dokumentu , został enumeratywnie wymieniony w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów.*

Podkreślił, iż zamawiający zaniechał swoich ustawowych obowiązków, uniemożliwiając odwołującemu E złożenie stosownych uzupełnień oraz potwierdzenie, iż złożona oferta spełnia wymagania zamawiającego określone w Rozdz. XI pkt 2 ppkt 3) SIWZ, a bez dokonania analizy treści złożonych w ofercie dokumentów zamawiający poprzestał jedynie na stwierdzeniu, iż ponieważ referencje zostały złożone w języku obcym oraz brak jest stosowanego oświadczenia/referencji w zakresie głównego procesu technologicznego, to automatycznie oferta sprzeczna jest z ustawą oraz treścią SIWZ.

Wedle odwołującego E oznacza to, że zamawiający nie tylko nie wyczerpał procedury wezwania do uzupełnień określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lecz także błędnie zinterpretował wymagane referencje/ oświadczenia jako stanowiące treść oferty, nie zaś jako dokumenty / oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzut błędnego podania parametrów redukcji s.m.o. liczonej w stosunku od wejścia do instalacji hydrolizy, co powodowało, iż oferta była niezgodna z wymaganiami technicznymi określonymi przez zamawiającego, a w efekcie z treścią SIWZ

Odwołujący E podał, że zamawiający zarzucił mu, iż w opisie techniczno-technologicznym dla oferowanej technologii (Załącznik nr 7 do IDW pkt 3), a dokładnie w pozycji 6 „Obiekt nr 5 – komory fermentacyjne"' odwołujący E błędnie oraz niezgodnie z wymaganiami technicznymi określonymi przez zamawiającego w Załączniku Nr 8 do IDW (tabela „Parametry Gwarantowane Absolutnie – technicznie) określił parametr „redukcja s.m.o liczonej w stosunku do wejścia instalacji hydrolizy" na wartość 52-56%, co spowodowało sprzeczność z treścią SIWZ oraz odrzucenie oferty odwołującego E na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący E stanowisko zamawiającego uznał za niesłuszne oraz świadczące o braku uważnej analizy informacji zawartych w ofercie odwołującego.

Podał E, że wymagania zamawiającego odnośnie analizowanego parametru określone zostały w Załączniku nr 8 do IDW w pozycji 3 *„Obiekt nr 5 - komory fermentacyjne"* jako redukcja s.m.o liczona w stosunku do wejścia do instalacji hydrolizy 53% .

Podał także, że z uwagi na to, iż wymagania zamawiającego odnośnie przedmiotowego parametru pozostawały niespójne z innymi częściami, na etapie postępowania zadane zostało pytanie nr 37(10) o treści: *„w specyfikacji technicznej str. 162 w rozdziała 2.8. instalacja HDH w punkcie Parametry procesowe Zamawiający wymaga stopień konwersji substancji organicznej powyżej 53% W tym samym rozdziale na str. 163 w punkcie „Wymagania Zamawiającego dotyczące instalacji HDH" jest wymagane, aby po procesie HDH i etapie mezofilowej fermentacji początkowe ilości lotnych substancji organicznych które są zawarte w osadzie powinny obniżyć się zawsze nie mniej niż 53%. Natomiast w innym dokumencie Specyfikacja Technologiczna Tom III rozdział Parametry Gwarantowane Absolutnie str. 10 ten sam parametr „Redukcja s.m.o. liczona w stosunku do wejścia do instalacji hydrolizy" wynosi 56%. Z czego wynika ta różnica? Czy Zamawiający może wyjaśnić dlaczego wymaga aby zagwarantować wyższy współczynnik konwersji materii organicznej niż podany w dokumentacji technicznej i projektowej? Zwracamy się z prośbą o zmianę parametru „Redukcja s.m.o. liczona w stosunku do wejścia do instalacji hydrolizy, do wartości - ,,>53",*

na co zamawiający udzielił odpowiedzi: *„zmiana parametru - redukcja s.m.o. liczona w stosunku do wejścia do instalacji hydrolizy, do wartości - „>53%".*

Odwołujący E podniósł, że złożył ofertę, w której w Załączniku nr 8 do IDW, w pozycji 3 *„Obiekt nr 5 - komory fermentacyjne "* określił wartość redukcji s.m.o liczonej w stosunku do wejścia do instalacji hydrolizy jako >53%, co literalnie odpowiadało wymaganiom

zamawiającego, toteż z samego tego powodu nie jest słuszne twierdzenie zamawiającego jakoby wartość proponowana przez odwołującego E była niezgodna z tabelą „Parametrów Gwarantowanych Absolutnie -technicznie", gdyż dochowanie wartości określonej w tej tabeli zostało przez odwołującego E potwierdzone, poprzez złożenie wypełnionego Załącznika nr 8 do IDW.

Odwołujący E wskazał, że w złożonym przez siebie Załączniku nr 7 do IDW w poz. 6 „Obiekt nr 5 - komory fermentacyjne" jako wartość dla redukcji s.m.o liczonej w stosunku do wejścia do instalacji hydrolizy wskazał „52-56%", jednak zaznaczył w pozycji „odstępstwa od Dokumentacji Projektowej z zastrzeżeniem zapisów Specyfikacji Technologicznej: „Brak", co – zdaniem odwołującego E – powinno być traktowane jako wyrażenie jednoznacznej deklaracji zaoferowania technologii o parametrach wymaganych przez zamawiającego.

Stanął na stanowisku, że analiza treści złożonych przez niego załączników (nr 7 oraz 8) do IDW powinna doprowadzić do konkluzji, iż wskazywane parametry w pełni odpowiadają wymaganiom zamawiającego.

Stwierdził, że nawet gdyby zamawiający powziął wątpliwości odnośnie podanego zakresu parametru (52-56%), to mógł powstałe wątpliwości wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś automatycznie uznać, iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ – w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, obowiązkiem zamawiającego było wezwać odwołującego E do wyjaśnień.

Wskazał, iż taki sposób wykładni art. 87 ust. 1 ustawy Pzp potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołał się do wyroku z dnia 30 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2505/11), w którym Izba przyjęła: „Przepis *art. 87 ust. 1 p.z.p nie nakazuje wprost zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy* żądaniem *wyjaśnienia treści oferty, to jednak taka potrzeba po stronie zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na zamawiającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty. Zaniechanie przez zamawiającego trybu wyjaśniania wątpliwości, odnoszących się do treści złożonej oferty, winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania", a* także do wyroku z dnia 24 czerwca 2011 r. (KIO 1202/11; KIO 1214/11; KIO 1218/11; KIO 1224/11): „Jakkolwiek *decyzja co do* żądania *od wykonawcy wyjaśnień nie jest według przepisu art. 87 ust. 1 p.z.p. obowiązkowa, jednak zaniechanie wskazanej czynności uniemożliwia ustalenie rzeczywistej treści oferty odnoszącej się do szczególnie skomplikowanego przedmiotu zamówienia, a ponadto wobec* żądania *przedłożenia propozycji wykonawcy bez sprecyzowania stopnia szczegółowości tych propozycji.*

*Z*a warty uwagi uznał wyrok KIO z dnia 17 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 218/11), zgodnie z którym: *„aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, przy czym niezgodność ta winna być oczywista. Zamawiający może odrzucić ofertę, gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SIWZ. Nie może dokonać takiej czynności w sytuacji gdy treść oferty nie została należycie zbadana, w tym w szczególności wyjaśniona".*

Odwołujący E uznał, iż z podanego przez niego zakresu (52-56%) oraz w świetle złożonego Załącznika nr 8 do IDW, w którym zadeklarował spełnienie parametru „redukcja

---

s.m.o. liczona w stosunku do wejścia do instalacji hydrolizy", tj.">53%" nie było podstaw dla stwierdzenia oczywistej niezgodności z treścią SIWZ i odrzucenia na tej podstawie oferty.

Dodatkowo podniósł, że zamawiający w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopuścił pewne odstępstwa od parametrów żądanych w poz. 3 załącznika nr 8 do IDW, na potwierdzenie czego wskazał pytanie nr 34 (7) do SIWZ, które to pytanie – zdaniem odwołującego E – należało czytać łącznie z pytaniem nr 33 (6) do SIWZ, których treść doprowadziła odwołującego E do wniosku, że zamawiający de facto dopuścił możliwość, iż wybrana oferta może zawierać pewne odstępstwa od podanych parametrów, niemniej jednak wybrany wykonawca będzie musiał dochować tych parametrów na etapie realizacji zamówienia. Uznał, że wskazuje to, iż ocena spełniania wymagań zamawiającego będzie możliwa dopiero na etapie realizacji zamówienia i zależeć będzie od wielu czynników,

w tym od prawidłowo pracujących komór fermentacyjnych oraz od jakości osadów doprowadzanych do komór fermentacyjnych, co tym bardziej potwierdza tezę odwołującego E, iż wartości wpisane w Załącznikach nr 7 oraz 8 do IDW nie stały w żadnej mierze w sprzeczności z treścią SIWZ, ponieważ odwołujący E jednoznacznie zadeklarował realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ, w tym zadeklarował jednoznacznie dotrzymanie Parametrów Gwarantowanych Absolutnie.

Odnośnie do zarzutu braku podania Minimalnej wydajności rocznej w s.m., pomimo, iż parametr taki był wymagany i jest istotny dla oceny wymaganej technologii, co spowodowało sprzeczność oferty z treścią SIWZ odwołujący podał, że jako powód odrzucenia jego oferty wskazane zostało wskazanie przez odwołującego E w opisie techniczno- technologicznym dla oferowanej technologii w poz. 3 „obiekt nr 4 - budynek technologiczny/instalacje termicznej hydrolizy i dezintegracji" dla „minimalnej wydajności rocznej w s.m." wartości „bez ograniczeń" – wskazanie takie automatycznie prowadziło do stwierdzenia przez zamawiającego sprzeczności treści oferty z SIWZ, co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego E na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący E stanął na stanowisku, że takie działanie zamawiającego oparte było na braku analizy treści złożonej oferty, więcej nawet – zamawiający w ogóle nie wykazał, w jaki sposób wskazanie przez odwołującego E na zaoferowanie rozwiązania *„bez ograniczeń"* stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ, pozbawiając tym samym decyzji o odrzuceniu oferty uzasadnienia faktycznego.

Stwierdził, że nie została podjęta przez zamawiającego próba wyjaśnienia powstałych wątpliwości odnośnie znaczenia sformułowania „bez *ograniczeń".*

W ocenie odwołującego E zarzut zamawiającego jest całkowicie chybiony, jako że treść złożonej oferty potwierdzała spełnianie wymagań zamawiającego – deklaracja została wprost zawarta w załączniku nr 8 do IDW, gdzie w pozycji nr 1 „obiekt *nr 4 - budynek*

---

technologiczny/instalacje termicznej hydrolizy i dezintegracji" odwołujący E wskazał, iż gwarantowana przez niego minimalna wartość roczna w s.m. wynosi 7.700 Mg/r (czyli ton na rok). Podniósł również, iż w Załączniku nr 8 w wykazie Parametrów Gwarantowanych jednoznacznie zadeklarowana została przez niego wydajność dobowa w s.m., tj. 21.100 kg/d, co – wedle odwołującego E oznacza – iż zamawiający byłby w stanie określić na tej podstawie wydajność roczną na podstawie prostego działania arytmetycznego.

Wskazał, iż załączniku nr 7, w poz. nr 3 *„obiekt nr 4 - budynek technologiczny/instalacje termicznej hydrolizy i dezintegracji"* zaznaczył brak odstępstw od Dokumentacji Projektowej oraz zapisów Specyfikacji Technologiczne.

Zdaniem odwołującego E łączna lektura obu złożonych załączników powinna prowadzić zamawiającego do wniosku, iż spełnia on wymagania SIWZ.

Podniósł, że pomimo powziętych wątpliwości zamawiający nie próbował wyjaśnić znaczenia użytego przez odwołującego E sformułowania *„bez ograniczeń",* lecz istniejącą wątpliwość rozstrzygnął na niekorzyść odwołującego E, uznając bezpodstawnie, iż brak wpisania wartości liczbowej parametru oznacza automatycznie sprzeczność oferty z wymaganiami SIWZ.

Podkreślił, iż deklarowane wartości parametrów wynikały również z innych fragmentów oferty odwołującego E, które jednak nie zostały przez zamawiającego poddane analizie ani też wzięte pod uwagę – wskazał na opis techniczny, strona 113 swojej oferty.

Odwołujący, przywołując znaczenie symbolu „*" (przy pozycji nr 1 w Załączniku nr 8 (podana w tej pozycji wartość zostanie zweryfikowana na podstawie parametrów zarejestrowanych w Okresie Zgłaszania Wad) oraz wskazanie zamawiającego, iż wartość ta będzie możliwa do ustalenia na podstawie spełnienia wymagania Minimalnej wydajności dobowej w uzgodnionym z zamawiającym okresie czasu (co prowadzi do konkluzji, iż okres ten zostanie dopiero wskazany na etapie realizacji zamówienia), a nadto podnosząc, iż w praktyce deklaracja o minimalnej wydajności rocznej nie leży po stronie oferenta, lecz zależy ona od eksploatatora, doszedł do wniosku, że nie jest możliwe na etapie badania oferty stwierdzenie, iż jakakolwiek wartość podana odpowiednio w poz. Nr 3 Załącznika nr 7 będzie sprzeczna z parametrami z pozycji nr 1 Załącznika nr 8, skoro wartość ta nie została przez zamawiającego ostatecznie ustalona. Uznał, iż zamawiający weryfikację minimalnej wartości rocznej przerzucił na Okres Zgłaszania Wad, co tym bardziej absurdalnym czyni twierdzenie, iż

wpisanie przez odwołującego E deklaracji *„bez ograniczeń”* w Zał. Nr 7 stoi w sprzeczności z pożądaną przez zamawiającego minimalną wydajnością roczną w s.m., skoro wartość ta zgodnie ze wskazaniem zamawiającego nie powinna być weryfikowana na etapie badania ofert, lecz w okresie późniejszym.

Odwołujący E stwierdził, że z działania zamawiającego można wyprowadzić wniosek, iż w sposób bardzo nieprecyzyjny i mylący wskazał on parametry odnośnie minimalnej wydajności

---

rocznej w s.m. i po powzięciu wątpliwości na etapie badania oferty wszelkimi negatywnymi skutkami obciążył odwołującego E, pomimo, iż jego oferta była w pełni zgodna z postanowieniami SIWZ; w przypadku jakichkolwiek niejasności zamawiający automatycznie stwierdzał niezgodność z treścią SIWZ, eliminując tym samym z postępowania ofertę w pełni zgodną z wymaganiami zamawiającego oraz dającą rękojmię należytego wykonania zamówienia. Takie postępowanie – kontynuował odwołujący E – stoi w rażącej sprzeczności z obowiązującą i ugruntowaną na mocy orzecznictwa procedurą wyjaśniania wszelkich niezgodności czy niejasności oferty.

Podkreślił, iż zamawiający zastosował automatycznie przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w sytuacji, gdy wyjaśnienie treści oferty było możliwe.

Odnośnie do zarzutu błędnego podania parametru mocy cieplnej średniej (42%), tj. nieodpowiadającego specyfice parametru wymaganego przez zamawiającego (kW), co prowadziło do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ odwołujący E podał, że zgodnie z zarzutem zamawiającego zawartym w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 6 lipca 2015 r. odwołujący E złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, gdyż w opisie techniczno-technologicznym (załącznik nr 7 do IDW) w poz. 12 – „obiekt nr 4 - budynek technologiczny/instalacja kogeneracji” w parametrze „moc *cieplna* średnia" podał wartość 42%, zamiast wartości w kW.

Podniósł, że zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie określił swoich wymagań co do parametru *„mocy cieplnej* średniej", jak również nie określił obowiązującej dla tego parametru jednostki. Wskazał, że dla innych parametrów np. dyspozycyjność, średnia sprawność elektryczna, średnia sprawność cieplna, wydajność roczna itp. umieścił w SIWZ - IDW definicje tych parametrów.

Stwierdził wobec powyższego, że niezależnie od tego, jaką wartość i jaką jednostkę wpisywał wykonawca w poz. 12 załącznika nr 7 do IDW, to zamawiający nie mógł w żaden sposób stwierdzić sprzeczności z treścią SIWZ, skoro wymagania w tym zakresie w ogóle nie zostały sformułowane.

Podkreślił, że wynika to z samej treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, w którym zamawiający wskazał na sprzeczność oferty z treścią SIWZ, nie wskazał natomiast, na czym sprzeczność ta miałaby polegać.

Zwrócił uwagę, że skonstruowany przez zamawiającego załącznik nr 8 do IDW nie określał w ogóle parametru „mocy cieplnej średniej”, zaś załącznik nr 7 do IDW przy określeniu jednostki dla pozycji nr 12 „obiekt nr 4 - budynek technologiczny/instalacja kogeneracji”” i parametru „moc *cieplna* średnia” pozostawiał puste miejsce.

Według odwołującego E oznacza to, że zamawiający w zasadzie pozostawiał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia pełną dowolność w wypełnianiu tej

---

pozycji, a także że zaostrzanie na etapie badania ofert wymagań zamawiającego i dookreślanie dopiero na tym etapie, iż jednostką obowiązującą był kW stanowi niedozwolone działanie zamawiającego i naruszenie nie tylko obowiązujących procedur ustawowych, lecz także naruszenie zasady uczciwej konkurencji, poprzez dowolną i subiektywną interpretację treści SIWZ oraz treści złożonej oferty.

Wskazał, że sam zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty pomylił się z określeniem właściwej jednostki dla tego parametru i dla odwołującego E określił ją jako „kW”, a już dla wykonawcy CP jako „kWh/h”.

Dodał, iż uwadze zamawiającego uszło, iż dla pozycji nr 12 w załączniku nr 7 dla IDW odwołujący E wpisał w dziale „odstępstwa od dokumentacji projektowej z zastrzeżeniem

zapisów Specyfikacji Technologicznej „brak”.

Odwołujący E podniósł, że nawet w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości do zastosowanej jednostki w parametrze „moc cieplna średnia”, miał możliwość zwrócenia się do odwołującego E o wyjaśnienie treści oferty, zaś ustalenie tej wartości również dla jednostki kW było możliwe na podstawie pozostałej treści oferty.

Podał, że zaproponowanym przez niego urządzeniem był agregat kogeneracyjny HGM 240 Firmy D-R Guascor, pracujący na biogazie z oczyszczalni ścieków o mocy nominalnej 502 kWc i następujących parametrach:

- moc elektryczna: 502kWc - 41,8%
- moc cieplna obiegu HT (83/70): 292kWt - 24,3%
- moc cieplna uzyskiwana ze schłodzenia spalin do 120 $_{o}$ C: 263kWt - 21,9%
- zsumowana moc cieplna obiegu HT i spalin: 555kWt - 46,2%
- wsad energetyczny w paliwie: 1201 kW - 100%

Oświadczył, że zadeklarował zastosowanie dwóch agregatów kogeneracyjnych typu HGM 240 o mocy elektrycznej 502kWe (str. 116 oferty) i wyjaśnił, że takie zastosowanie nie tylko gwarantuje w sposób ciągły osiągnięcie mocy cieplnej wymaganej przez zamawiającego, tj: 910 kWt, ale w znaczącym stopniu wyższą.

Podał, że wpisana wartość 42% odpowiada mocy cieplnej wytwarzanej w kogeneracji 42% x 1201 kW = 504,4kWt, a przy dwóch urządzeniach 1008,8k Wt – co oznacza, że moc cieplna gwarantowana jest wyższa o 98,8kWt.

Dodał, że zaoferowane agregaty będą wytwarzać przy pełnym obciążeniu 2 x 555kWt = 1110kWt, a tym samym więcej o 210 kWt niż wymagał zamawiający.

Podsumował, że w tym kontekście wpisana wartość 42% w żaden sposób nie pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ, a w przypadku powzięcia wątpliwości, w jaki sposób tak określona jednostka przekłada się na „kW“, zamawiający miał możliwość wystąpienia do odwołującego E o wyjaśnienie treści oferty na mocy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO: 1505/15, 1517/15, 1518/15 28

Dodał, że nawet w przypadku gdy odwołujący E określił w ofercie jednostkę nie zgadzającą się z wyobrażeniami zamawiającego, to jednostka ta w żadnej mierze nie pozostawała w sprzeczności w treścią SIWZ, zaś wyjaśnienia odnośnie wskazanego procentu (42%) w żadnej mierze nie doprowadziłyby do niedozwolonej zmiany oferty.

Odnośnie do zarzutu nieodtajnienia części oferty Inżynieria Rzeszów S.A., pomimo iż zastrzeżone przez tego wykonawcę jako poufne informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący oświadczył, że skorzystał z przysługującego mu prawa do zapoznania się z treścią prowadzanego przez zamawiającego protokołu postępowania oraz załączników do niego i w trakcie realizacji wglądu do ofert został poinformowany, iż znaczna cześć oferty Inżynieria Rzeszów S.A. tj. wykaz robót, wykaz osób oraz informacja z banku zastrzeżone zostały jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W konsekwencji – podniósł odwołujący – nie uzyskał on możliwości zapoznania się z tą części oferty i zweryfikowania, czy odpowiada ona treści SIWZ, pomimo, iż dane w części tej zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podsumował, że tym samym zamawiającym naruszył generalną zasadę jawności, stanowiącą fundament i istotę systemu zamówień publicznych. Zaznaczył, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dopuszczalne jest wyjątkowo, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne, wobec czego we wszystkich sytuacjach wątpliwych opowiedzieć należy się za prymatem zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnośnie do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy CP odwołujący podał, że zgodnie z brzmieniem Spisu treści oferty tego wykonawcy, na stronie 23, winno znajdować się pełnomocnictwo dla osoby podpisującej ofertę, jednak strona 23 jest stroną pustą, a strona 24 zawiera kolejne informacje. Podał także, że oferta wykonawcy CP została podpisana przez Pana P. L., który jednak nie figuruje w treści załączonego do oferty odpisu z KRS, ani żadnego innego dokumentu uprawniającego do podpisania oferty. Nadto brak jest jakichkolwiek informacji na temat umocowania tej osoby.

Odwołujący wyjaśnił, że okoliczność ta została ujęta jednym zdaniem w treści pisma zamawiającego z dnia 6 lipca 2015 roku.

Odwołujący oświadczył, iż pragnie uzupełnić, że z uwagi na fakt, iż oferta wykonawcy CP podlega odrzuceniu z przyczyn podanych w treści pisma z dnia 6 lipca 2015 r., jak również dodatkowo, z uwagi na okoliczności podane poniżej, zamawiający nie może wezwać wykonawcy CP do uzupełnienia brakującego pełnomocnictwa.

Odwołujący podał także, że w formularzu pn. „Załącznik do oferty" wykonawca powinien wskazać „Czas na ukończenie Robót", jednak – podniósł odwołujący – zamiast oświadczenia własnego wykonawca CP pozostawił podaną przez zamawiającego instrukcję wypełniania przedmiotowego pola tabeli.

Stanął na stanowisku, że zapisy te nie mogą zostać uznane za treść oświadczenia woli wykonawcy, co oznacza że wykonawca CP nie wskazał, w jakim terminie wykona przedmiotowe zamówienie, a co stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący dodatkowo oświadczył, że popiera przestanki odrzucenia oferty wykonawcy CP wskazane przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 6 lipca 2015 r.

Odwołujący podsumował, iż w przedmiotowym postępowaniu zachowanie zamawiającego cechowało się skrajnym formalizmem oraz niedochowaniem ustawowych obowiązków wynikających z dyspozycji art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie tylko w stosunku do odwołującego, lecz także wszystkich pozostałych uczestników postępowania, o czym – w ocenie odwołującego – świadczy protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – z punktu 9-12 wynika, iż na sześć złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert, z których większość obarczona była pewnymi brakami bądź też nieścisłościami, ani razu nie zastosowano procedury wezwania do uzupełnienia, ani też poprawienia omyłek, co doprowadziło do odrzucenia ofert oraz wyeliminowania z postępowania aż czterech wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wskazał, że celem ustawodawcy wprowadzenia takich instytucji jak art. 26 ust. 3, czy też art. 87 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp było wyeliminowanie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek, niezamierzonych opuszczeń, czy innych drobnych uchybień odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z SIWZ.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 21 lipca 2015 r., Odpowiedzi przystępującego konsorcjum Egbud na zarzuty odwołania – pismo z dnia 28 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1505/15), Pisma procesowego przystępującego Control Process – pismo z dnia 28 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1505/15), pisma procesowego odwołującego z dnia 28 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1517/15), pisma przystępującego Inżynieria Rzeszów S.A. z dnia 28 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1518/15), złożonego przez konsorcjum Egbud: Oświadczenia producenta Haarslev Industries z dnia 5 czerwca 2015 r. w polskiej i angielskiej wersji językowej, Karty katalogowej dla instalacji termicznej hydrolizy

---

Haarslev dla projektu Tarnów w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski (zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa), złożonego przez Control Process Oświadczenia dostawcy z dnia 27 lipca 2015 r. (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa), a także stanowisk stron i przystępujących zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Sygn. akt KIO 1505/15

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Egbud z uwagi na wadliwość załączonych do oferty pełnomocnictw nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Na str. 62 oferty konsorcjum Egbud znajduje się *Pełnomocnictwo* z dnia 22 maja 2015 r. udzielone przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. oraz Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o., ustanawiające jedną z tych spółek, tj. Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp.

Pod lit. a mocodawcy ujęli prawo pełnomocnika do: „podpisania *i złożenia w imieniu i na rzecz każdej z wymienionych firm oferty wraz z załącznikami".*

Pełnomocnictwo zostało podpisane przez A. K., którego podpis opatrzono pieczęcią „Prezes *Zarządu"* oraz przez J. C., którego podpis również opatrzono pieczęcią „Prezes *Zarządu".*

W części wstępnej pełnomocnictwa J. C. został wskazany jako osoba reprezentująca Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o., zaś A. K. jako osoba reprezentująca Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o., z tym że wskazanie to jest odręczne, opatrzone datą „06.06.2015" i podpisane przez A. K. . Wskazanie to zostało wpisane w miejsce: T. K. – członka zarządu oraz B. K. – prokurenta spółki, których to nazwiska zostały odręcznie przekreślone (w ich miejsce wskazano A. K.).

Na str. 63 oferty konsorcjum Egbud znajduje się *Pełnomocnictwo szczególne* z dnia 3 czerwca 2015 r. podpisane przez A. K., którego podpis opatrzono pieczęcią „Prezes *Zarządu".*

W ww. pełnomocnictwie szczególnym w części wstępnej ujęto następującą treść: „Zarząd *Spółki Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bogatyni, 59-916 przy ul. Młodych Energetyków 3 (zwana dalej „Wykonawcą), udziela pełnomocnictwa Panu B. K. (…) do reprezentowania Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na (…) w szczególności do (…)".*

KIO: 1505/15, 1517/15, 1518/15 31

Zamawiający nie wzywał konsorcjum Egbud do uzupełnienia pełnomocnictw.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący IR skonstruował zarzut w oparciu o błędne, zdaniem składu orzekającego Izby, założenie, że obowiązkiem zamawiającego w przypadku odrzucenia oferty konsorcjum Egbud z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ było także odrzucenie tejże oferty z innego jeszcze powodu, tj. w szczególności z powodu wadliwości pełnomocnictw znajdujących się w ofercie (ofercie sensu largo).

Błędność tego założenia polega na przyjęciu jako faktu, który nie pozostawia żadnych wątpliwości, że rzeczywiście pełnomocnictwa w ofercie konsorcjum Egbud są wadliwe, tj. że B. K. nie był umocowany do podpisania oferty w imieniu obu członków konsorcjum.

Tymczasem ustalenie tego faktu ponad wszelką wątpliwości nie nastąpiło. Jak bowiem trafnie wskazał zamawiający na rozprawie – obowiązek wezwania konsorcjum Egbud do złożenia brakujących dokumentów został zniesiony z uwagi na odrzucenie oferty tego wykonawcy. Skład orzekający Izby przypomina, że wynika to wprost z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (sformułowanie: „Zamawiający *wzywa wykonawców, (…) którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba* że *mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu").*

Wobec powyższego skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odrzucenie oferty konsorcjum Egbud z innego jeszcze powodu niż niezgodność treści oferty tego konsorcjum z treścią SIWZ, tj. z powodu wadliwości złożonych pełnomocnictw nie było zasadne.

Jedynie dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający mógł wezwać konsorcjum Egbud do uzupełnienia pełnomocnictw (o ile ocena zamawiającego co do pełnomocnictw złożonych przez konsorcjum Egbud byłaby tożsama z oceną odwołującego IR) – przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp temu się nie sprzeciwia. Jednak działanie takie należałoby zakwalifikować jako takie, które nie sprzyja ekonomice postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Chociaż bowiem w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym decyzja zamawiającego co do odrzucenia oferty konsorcjum Egbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp została zweryfikowana negatywnie – o czym w dalszej części wyroku – to co do zasady zakładać należy prawidłowość dokonanych przez zamawiającego czynności.

Zauważenia nadto wymaga, że samo konsorcjum Egbud (co pośrednio wynika

z pisma tego konsorcjum z dnia 28 lipca 2015 r., a także stanowiska z rozprawy) zdaje się oceniać złożone przez siebie w ofercie pełnomocnictwa jako wadliwe.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się i nie nakazał zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum Egbud z powodu wadliwości złożonych pełnomocnictw, przy czym skład orzekający Izby zaznacza, że oceny tych pełnomocnictw – jako zbędnej w tym stanie rzeczy – w ogóle nie dokonywał.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Egbud z uwagi na niezgodne z treścią SIWZ oświadczenie, że podzleci pełen zakres robót nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale I pkt 1 SIWZ zamawiający wskazał, że „Przedmiot *zamówienia będzie realizowany wg WARUNKÓW KONTRAKTOWYCH dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego, czwarte wydanie angielsko-polskie niezmienione 2008 (tłumaczenie pierwszego wydania w języku angielskim 1999 opublikowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (Federation Internationale des Ingenieurs Conseils – FIDIC)”.*

W XII lit. G SIWZ zamawiający zażądał złożenia przez wykonawców, jako jednego z dokumentów składających się na ofertę, wykazu części zamówienia, które wykonawcy wykonają siłami własnymi, a które zamierzają powierzyć podwykonawcom. Co do sposobu prezentacji tego wykazu zamawiający zażądał: „Wykonawca *jest obowiązany wskazać w Formularzu Oferty części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom”.*

Skład orzekający Izby ustalił, że konsorcjum Egbud wypełniło przygotowany przez zamawiającego wzór *Formularza Oferty* – co do zakresu podwykonawstwa – w sposób adekwatny do treści pkt 4 ppkt 11, tj. w *Formularzu Oferty* w pkt. 4 ppkt 11 konsorcjum Egbud oświadczyło: „następujące *części niniejszego zamówienia powierzę podwykonawcom: a) Geodezja i geotechnika b) Dokumentacja projektowa c) Roboty budowlane d) Roboty branży sanitarnej i wentylacja e) branży elektrycznej i AKPiAf) Roboty drogowe Roboty g) Zagospodarowanie terenu) Branża technologiczna”.*

Wzór Formularza oferty przygotowany przez zamawiającego nie przewidywał wskazania części zamówienia, które wykonawcy wykonają siłami własnymi.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący IR sformułował zarzut w oparciu o założenie, że konsorcjum Egbud zadeklarowało w swojej ofercie, tj. w Załączniku nr 1 do IDW – *Formularz Oferty* w pkt. 4 *Oświadczenia dotyczące postanowień SIWZ* w ppkt 11), iż całość robót powierzy

---

podwykonawcom, przy czym zaznaczenia wymaga, że odwołujący nie podał, formułując zarzut, jak rozumie pojęcie „robót” i jak to pojęcie ma się do pojęcia „zamówienie”, którego zamawiający użył we wzorze *Formularza Oferty* pkt 4 ppkt 11.

Prawdziwości przyjętego założenia odwołujący IR nie wykazał, tj. nie wykazał, że wskazane przez konsorcjum Egbud pod literami a-h części zamówienia wyczerpują zakres robót przedmiotowego zamówienia – na rozprawie odwołujący twierdził gołosłownie, że „części *zamówienia wskazane w ofercie konsorcjum Egbud w ppkt. 11 Formularza Oferty (str. 3 i 4) wyczerpują zakres robót, do jakich należy odnieść zakaz wynikający z klauzuli 4.4. warunków kontraktowych FIDIC”,* podczas gdy zamawiający wskazywał, tytułem przykładu, że konsorcjum Egbud nie ujęło w ppkt. 11 robót rozbiórkowych.

Odwołujący IR na rozprawie twierdził także gołosłownie, że wykonanie klimatyzacji to robota branży sanitarnej, a rekultywacja terenu to element zagospodarowania terenu w sytuacji, gdy konsorcjum Egbud jako przystępujący po stronie zamawiającego twierdził, że rekultywacja terenu a jego zagospodarowanie to dwa różne zakresy robót.

Przypomnienia wymaga, że to na odwołującym IR spoczywał ciężar dowodu, że części

zamówienia wskazane w ofercie konsorcjum Egbud w ppkt. 11 *Formularza Oferty* wyczerpują zakres robót w przedmiotowym zamówieniu.

W tym stanie rzeczy rozważania na temat relacji SIWZ i Warunków Kontraktowych FIDIC wskazanych przez zamawiającego w rozdziale I pkt 1 SIWZ były zbędne.

Dodatkowo skład orzekający Izby zwraca uwagę, że odwołujący IR nie postawił zarzutu zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Egdbud z tego powodu, iż konsorcjum to w ofercie nie złożyło odrębnego oświadczenia, które części zamówienia wykonana siłami własnymi (rozdział XII lit. G SIWZ), toteż zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp („Izba *nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu")* kwestia ta nie mogła zostać poddana ocenie składu orzekającego Izby.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się i nie nakazał zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum Egbud z powodu złożenia deklaracji podzlecenia pełnego zakresu robót.

Zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum Egbud z uwagi na fakt, że konsorcjum to nie potwierdziło spełniania warunku w zakresie doświadczenia („zawodowego") nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W celu potwierdzenia spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia (rozdział XI SIWZ – poz. 2 Tabeli) zamawiający zażądał złożenia, obok wykazu wykonanych robót budowlanych, dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Konsorcjum Egbud w odniesieniu do pozycji nr 1 – *„Rozbudowa oczyszczalni Fordon część 2 – Budowa Instalacji Termicznego Przekształcania Osadów* Ściekowych *wraz z obiektami towarzyszącymi"* złożył Świadectwo Przejęcia Robót (str. 12 oferty), w którym wskazano m.in.:

- „Całość Robót będących przedmiotem Przejęcia, na podstawie zapisów dokumentów kontraktowych uznaje się za ukończoną na dzień 10.02.2012 r., z zastrzeżeniem odnośnie przedmiotowych Robót w trybie Klauzuli 11.1 Warunków Kontraktu",
- „Przejęcie zakończono w dniu 10.02.2012 r.",
- „Zasadnicze wykonanie Robót zgodne jest z oświadczeniem Wykonawcy skierowanym do Inżyniera Kontraktu w dniu 24.01.2012 sygn. (…), oraz z wystąpieniem Inżyniera z dnia 10.02.2012 r. sygn.. (…)",
- „Okres Zgłaszania wad zakończy się dnia: 36 miesięcy od daty wydania Świadectwa Przejęcia (Klauzula 1.1.3.7 Warunków Kontraktu)".

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący IR odmawiał uznania ww. przedłożonego przez konsorcjum Egbud Świadectwa Przejęcia Robót (dalej „Świadectwo Przejęcia" albo „Świadectwo") jako dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone ze względu na to, że w zawarto w nim zastrzeżenie w trybie Klauzuli 11.1 Warunków Kontraktu, tj. klauzuli „Ukończenie *zaległej pracy i usunięcie wad",* a nadto kwestionował w ogóle to, iż takie Świadectwo stanowić może potwierdzenie należytego wykonania umowy, a to z tego względu iż brak w nim informacji o prawidłowym ukończeniu robót.

Na rozprawie dodatkowo argumentował, że „pomimo *znacznego upływu czasu od 10 lutego 2012 r., kiedy to odebrano roboty, o których mowa w* Świadectwie *Przejęcia, nie udało się konsorcjum Egbud uzyskać innego dokumentu, który potwierdzałby należyte wykonanie robót".*

Zamawiający na rozprawie oświadczył, iż uznał przedłożone przez konsorcjum Egbud Świadectwo Przejęcia za potwierdzenie należytego wykonania wskazanego w wykazie zamówienia.

Skład orzekający Izby za trafne uznał stanowisko konsorcjum Egbud z rozprawy, iż „Usuwanie *usterek jest normalną praktyką po dokonaniu odbioru i nie oznacza nienależytego wykonania odebranej roboty"* – stanowisko to uwzględnia specyfikę robót budowlanych i jest zgodne z powszechną praktyką.

W ocenie składu orzekającego Izby Świadectwo Przejęcia Robót jest dokumentem podobnym do protokołu odbioru, który może stanowić potwierdzenie należytego wykonania zamówienia.

Takie znaczenie Świadectwu należy przypisać, uwzględniając w szczególności cel wydania tego dokumentu wynikający z subklauzuli 10.1 Warunków Kontraktowych FIDIC, tj. iż celem tego dokumentu jest potwierdzenie, iż roboty zostały wykonane zgodnie z kontraktem (klauzula wymaga, aby zamawiający przyjął roboty, gdy zostaną ukończone zgodnie z kontraktem).

Skład orzekający Izby podziela stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 11 maja 2011 r. sygn. akt KIO 902/11, zgodnie z którym: „warunki *Kontraktowe FIDIC to powszechnie uznane międzynarodowe standardy – wzorce kontraktowe umów o prace projektowe lub roboty budowlane – opracowywane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils). Opisują one przebieg inwestycji budowlanych opartych na wzajemnych obowiązkach i relacjach zamawiającego jako inwestora, wykonawcy jako realizującego budowę oraz inżyniera kontraktu jako administratora przedsięwzięcia. W przypadku przyjęcia dla realizacji kontraktu warunków ogólnych FIDIC oraz warunków szczegółowych, to stają się one integralną częścią umowy, a ich postanowienia stają się wiążące dla zamawiającego/inwestora oraz wykonawcy. (…) Tym samym dla oceny czy zamówienie zostało wykonane w sposób prawidłowy należy stosować – w zakresie braku sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa krajowego, klauzule warunków kontraktowych FIDIC. Zgodnie z klauzula 10.1 warunków kontraktowych FIDIC gdy w opinii wykonawcy roboty budowlane są gotowe do przejęcia, występuje on do Inżyniera Kontraktu z wnioskiem o wystawienie* Świadectwa *Przejęcia. Inżynier kontraktu jest przedstawicielem inwestora i jego rolą jest nadzorowanie prawidłowej realizacji robót budowlanych, ich odbiór, a także rozstrzyganie ewentualnych sporów pomiędzy stronami umowy. Wystawienie* świadectwa *Przejęcia umożliwia Zamawiającemu przejęcie przedmiotu odbioru w posiadanie w celu jego używania, a także dokonanie kontroli prawidłowości wykonania zleconych robót budowlanych oraz stwierdzenie ewentualnych wad i usterek. Jednakże należy stwierdzić,* że *nie jest uzasadnione na gruncie FIDIC twierdzenie a tym samym oczekiwanie,* że *wydanie* Świadectwa *przejęcia oznacza wykonanie robót w 100% oraz,* że *wydanie* świadectwa *zwalnia wykonawcę od odpowiedzialności za stwierdzone braki czy*

niedoróbki. Tym samym należy stwierdzić, że *wydanie* Świadectwa *przejęcia jest pokwitowaniem wykonania przedmiotu umowy przez wykonawcę i jednocześnie pokwitowanie wydania go zamawiającemu w stanie umożliwiającym jego prawidłową eksploatację, nie wykluczając jednak potrzeby wykonania prac zaległych, a także usunięcia wad i usterek w terminie wskazanym przez Inżyniera kontraktu".*

Skład orzekający Izby podziela także zapatrywania Izby wyrażone w wyroku z dnia 27 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1507/11, zgodnie z którymi: *„W* Świadectwie *przejęcia wskazywana jest data ukończenia robót. W tym miejscu zauważyć należy,* że *wystawienie przez Inżyniera Kontraktu* Świadectwa *Przejęcia ma, podobnie jak protokół odbioru, charakter akceptujący. Inżynier nie ma bowiem obowiązku wystawienia takiego dokumentu, pomimo złożenia stosownego wniosku przez wykonawcę, jeżeli stan realizacji robót uniemożliwia jego wydanie. W takim bowiem przypadku Inżynierowi przysługuje prawo do odrzucenia wniosku o wydanie tego dokumentu połączone ze wskazaniem przyczyn i określeniem robót, których wykonanie przez wykonawcę jest wymagane do wystawienia* Świadectwa *Przejęcia. Ponadto wydanie* Świadectwa *Przejęcia poprzedza przeprowadzenie udanych prób końcowych, które obejmują próby przedodbiorowe, próby odbiorowe, oraz eksploatację próbną włącznie z próbami wydajności w celu zademonstrowania* że *roboty odpowiadają kryteriom*

sprecyzowanym w wymaganiach zamawiającego i w wykazie gwarancji (klauzula 9.1). Wydanie Świadectwa *Przejęcia przekazanie Kontraktu dokumentacji poprzedza Inżynierowi powykonawczej (klauzula 5.6). Na uwagę zasługuje również okoliczność, że wystawienie* Świadectwa *Przejęcia kończy okres Czasu na Ukończenie robót w rozumieniu klauzuli 8.2 warunków kontraktowych. Ponadto* Świadectwo *Przejęcia pozwala zamawiającemu na przejęcie przedmiotu odbioru w posiadanie i umożliwia mu ich używanie, zgodnie z założonym celem. Należy zwrócić uwagę, że wykonawca realizujący kontrakt w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC (podobnie jak przy protokole odbioru) zyskuje z wydaniem*

Świadectwa *Przejęcia*

podstawę do żądania *wynagrodzenia od zamawiającego potwierdzonego* Świadectwem *Płatności (klauzula 14). W ciągu bowiem 84 dni po otrzymaniu* Świadectwa *Przejęcia Wykonawca wystawia tzw. Oświadczenie po Ukończeniu wraz z wnioskiem o płatność (klauzula 14.10). Ponadto wystawienie* Świadectwa *Przejęcia rozpoczyna bieg kolejnego etapu w procesie budowlanym na gruncie FIDIC, tj. Okresu Zgłaszania Wad, stanowiącego odpowiednik okresu gwarancji udzielanej przez wykonawcę. W okresie tym zgłasza się i usuwa usterki i wady, które wykonawca ma obowiązek usunąć (klauzula 11). Co istotne, w okresie tym, zgodnie z wolą stron wyrażoną w* świetle *klauzuli 11.1, wykonuje się też drobne zaległe prace i usuwa wady wskazane w* Świadectwie *Przejęcia. Prace te są wykonywane przed upływem okresu zgłaszania wad, w ciągu takiego rozsądnego czasu jaki jest polecony przez Inżyniera. Co istotne, z czynności wykonania drobnych zaległych prac i usunięcia usterek ujawnionych*

---

w Świadectwie *Przejęcia nie sporządza się odrębnego protokołu. Na gruncie Warunków Kontraktowych FIDIC zgodnie z klauzulą 11.9 zobowiązania wykonawcy zostaną uznane za wykonane dopiero z chwilą wystawienia* Świadectwa *Wykonania. Dopiero ten dokument uważany jest za akceptację robót, jako właściwie wykonanych. Na uwagę zasługuje jednak okoliczność, ze* Świadectwo *Wykonania jest wystawiane dopiero po upływie Okresu Zgłaszania Wad, z reguły kilkuletnim, który rozpoczyna się wydaniem* Świadectwa *Przejęcia. Okres Zgłaszania Wad zaś, jak wspomniano wcześniej, jest zaś odpowiednikiem okresu udzielonej gwarancji jakości.* Świadectwo *Wykonania jako dokument wystawiany po upływie Okresu Zgłaszania Wad odnosi się przede wszystkim do wydarzeń z tego okresu. Analiza przytoczonych klauzul Warunków Kontraktowych FIDIC prowadzi do wniosku, iż sposób dokumentowania przez Strony realizacji poszczególnych etapów procesu budowlanego w sposób istotny różni się od stosowanego w praktyce dokumentowania za pomocą protokołu odbioru. (…) Po drugie cechy* Świadectwa *Przejęcia tj. umożliwienie przejęcie przedmiotu odbioru w posiadanie i jego używanie przez inwestora, zgodnie z założonym celem, przekazanie dokumentacji powykonawczej, pozytywne ukończenie prób, wymagalność roszczenia o wynagrodzenie, rozpoczęcie okresu zgłaszania wad,* świadczą *o jego podobieństwie do protokołu odbioru Ponadto, charakterystyczną cechą procedur FIDIC jest po pierwsze przeniesienie do okresu zgłaszania wad fazy wykonania drobnych zaległych prac, a po drugie brak dokumentu potwierdzającego bezusterkowy odbiór robót, który mógłby również potwierdzać, że zostały wykonane drobne zaległe prace ujawnione w* Świadectwie *Przejęcia. Wreszcie stwierdzić należy, że wymaganie od wykonawcy, który realizował zamówienie zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC złożenia* Świadectwa *Wykonania wydaje się nadmierne, z uwagi na okoliczność, iż dokument ten wystawiany jest przez Inżyniera dopiero po zakończeniu Okresu Zgłaszania Wad i de facto dotyczy zdarzeń wynikłych w tym okresie. Należy zatem stwierdzić, że* Świadectwo *Przejęcia może być uznane za dokument potwierdzający zakończenie robót i ich prawidłowe wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej jako odpowiednik protokołu odbioru, jeśli strony na zasadzie swobody umów wyrażonej w art. 353 1 KC przeniosły do okresu zgłaszania wad etap wykonania drobnych zaległych prac i usunięcia drobnych wad uznając, że nie stoi to na przeszkodzie przejęciu obiektu do eksploatacji i zapłaty wynagrodzenia. Tym samym Izba stwierdza, że wymóg obligatoryjnego dostarczenia przez wykonawcę obok* Świadectwa *Przejęcia także dokumentu potwierdzającego wykonanie drobnych zaległych prac i usunięcie wszystkich wad w nim wskazanych jest nieuzasadniony".*

Podkreślić należy, że zastrzeżenia zgłaszane na podstawie subklauzuli 11.1. dotyczą drobniejszych zaległych prac czy wad, których dokończenie czy usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót zgodnie z przeznaczeniem.

W samej treści Świadectwa Przejęcia złożonego przez konsorcjum Egbud wskazano, iż dotyczy ono zasadniczego wykonania robót *(„Zasadnicze wykonanie Robót zgodne jest z oświadczeniem Wykonawcy skierowanym do Inżyniera Kontraktu w dniu 24.01.2012 sygn. (…), oraz z wystąpieniem Inżyniera z dnia 10.02.2012 r. sygn.. (…)”,* czemu przypisać należy takie znaczenie, że zastrzeżenie w trybie klauzuli 11.1 nie ma – dla oceny prawidłowości wykonania zamówienia – takiego zasadniczego znaczenia.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że kwestionowane przez odwołującego IR Świadectwo Przejęcia może być uznane za wystarczający dokument stanowiący referencję dla wykonawcy posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia wymaganej w rozdziale XI SIWZ poz. 2 tabeli.

Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, że o sposobie rozumienia przez zamawiającego Świadectwa Przejęcia jako dokumentu kończącego realizację zamówienia świadczy postanowienie rozdziale X pkt 1 SIWZ, zgodnie z którym: *„Ostateczny termin realizacji zamówienia określa się na 31.12.2016 r. Czas na Ukończenie zamówienia, rozumiany jako czas od daty wejścia Kontraktu w* życie *do daty wydania* Świadectwa *Przyjęcia”.*

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy CP z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie wskazał „Czasu na ukończenie Robót” nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale X SIWZ *Termin wykonania zamówienia (Czas na Ukończenie)* zamawiający w pkt. 1 wskazał: „Ostateczny *termin realizacji zamówienia określa się na 31.12.2016 r. Czas na Ukończenie zamówienia, rozumiany jest jako czas od daty wejścia Kontraktu w* życie *do daty wydania* Świadectwa *Przejęcia”.*

W pkt. 2 rozdziału X SIWZ zamawiający wskazał także: „Zamawiający *dopuszcza wykonanie zamówienia w krótszym terminie, w szczególności jeśli Wykonawca zobowiąże się do wykonania zamówienia w krótszym terminie w składanej Ofercie”.*

W przygotowanym przez zamawiającego wzorze *Załącznika do oferty* (będącym Załącznikiem do Załącznika nr 1 do IDW – *Formularz Oferty)* w wierszu czwartym tabeli: „Czas na Ukończenie Robót” zamawiający zawarł treść: *„Wykonawca winien wskazać czas od daty wejścia Kontraktu w* życie *uwzględniając ostateczny termin dopuszczony przez Zamawiającego 31.12.2016 r.”.*

Tabela została poprzedzona uwagą zamawiającego o treści: *„Wykonawcy proszeni są o wypełnienie pustych rubryk w niniejszym Załączniku do Oferty”.*

Zgodnie z postanowieniem rozdziału XII SIWZ *Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie należy załączyć do oferty* lit. A.1 na ofertę składać się miał w szczególności wypełniony i podpisany przez wykonawcę zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 1 do IDW *Formularz Oferty,* do niego zaś wykonawca został zobowiązany załączyć *Załącznik do Oferty.*

Termin realizacji zamówienia nie stanowił w przedmiotowym postępowaniu kryterium oceny ofert.

Wykonawca CP złożył na str. 8 swojej oferty wypełniony i podpisany Załącznik do oferty, w którym w wierszu czwartym pozostawił treść kolumny bez zmian, tj. wpisał: *„Wykonawca winien wskazać czas od daty wejścia Kontraktu w* życie *uwzględniając ostateczny termin dopuszczony przez Zamawiającego 31.12.2016 r.”.*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący IR argumentował, że „zamiast *oświadczenia własnego, Control Proces pozostawił podaną przez Zamawiającego instrukcję wypełniania przedmiotowego pola tabeli. W* żadnym *przypadku zapisy te nie mogą zostać uznane za treść oświadczenia woli Wykonawcy. Oznacza to, ze Control Proces nie wskazał, w jakim terminie wykonana przedmiotowe zamówienie”.*

Fakt, że *Załącznik do Oferty* stanowił ofertę nie może, w świetle postanowienia rozdziału XII SIWZ lit. A.1., budzić wątpliwości.

Wskazać także należy, że o ile w rozdziale XII lit. A.1. w odniesieniu do *Formularza Oferty* zamawiający zażądał jego złożenia jako „elementu" oferty, po jego wypełnieniu i podpisaniu, o tyle w odniesieniu do *Załącznika do Oferty* zamawiający zobligował wykonawców jedynie do jego załączenia do *Formularza Oferty* (brak wymogu wypełnienia). Co więcej, w samym *Załączniku do Oferty* zamawiający poinstruował wykonawców (treść „uwagi"), że wypełnieniu podlegają jedynie rubryki puste. Takie puste rubryki nie występowały z całą pewnością w wierszu czwartym dotyczącym *Czasu na Ukończenie Robót.* Jedyną pustą rubrykę zawierał wiersz 2 identyfikujący nazwę i adres wykonawcy.

Uwzględniając powyższe postanowienia SIWZ uznać należy, że złożenie przez wykonawcę CP *Załącznika do Oferty,* w którym wiersz czwarty dotyczący *Czasu na Ukończenie Robót* został pozostawiony bez zmian czynił zadość oczekiwaniom zamawiającego co do prezentacji oferowanego terminu realizacji zamówienia.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powszechną praktyką jest, iż przygotowane przez zamawiającego wzory dokumentów, stają się – po ich wypełnieniu lub podpisaniu – treścią składanej przez danego wykonawcy oferty. Tak też było, z przyczyn wyżej wskazanych, w przedmiotowym stanie faktycznym.

Przypomnienia wymaga, że treść oferty wykonawcy należy odczytywać, uwzględniając, iż wolą wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z treścią SIWZ, bowiem tylko złożenia zgodnej z SIWZ oferty umożliwia wykonawcy osiągniecie celu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. uzyskanie danego zamówienia.

Podnieść także należy, że termin realizacji zamówienia nie był kryterium oceny ofert w przedmiotowym postepowania, a sam zamawiający w zasadzie nie oczekiwał skrócenia wskazanego przez siebie terminu realizacji zamówienia (31.12.2016 r.), informując w rozdziale X pkt 2 SIWZ, iż jedynie „dopuszcza *wykonanie zamówienia w krótszym terminie".*

W tym miejscu dostrzeżenia także wymaga, że sam sposób zadeklarowania skrócenia terminu realizacji zamówienia wymagał dodatkowego oświadczenia wykonawcy, o czym, świadczy sformułowanie: „jeśli *Wykonawca zobowiąże się do wykonania zamówienia w terminie krótszym w składanej Ofercie".*

Skoro wykonawca CP nie złożył odrębnego zobowiązania w tym zakresie to tym bardziej przyjąć należy, że zobowiązał się do wykonania zamówienia w terminie do 31.12.2016 r.

Żaden z wykonawców, nie wyłączając odwołującego IR, nie zadeklarował skrócenia terminu realizacji zamówienia.

Reasumując, skład orzekający Izby uznał, że składając podpisany *Załącznik do oferty* oraz stosując się do instrukcji zamawiającego co do sposobu prezentacji treści zawartych w tym Załączniku wykonawca CP wskazał *Czas na Ukończenie Robót:* do 31.12.2016 r.

Tym samym skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Ponieważ nie potwierdził się żaden podniesiony w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 1505/15 zarzut, skład orzekający Izby oddalił odwołanie.

Sygn. akt KIO 1517/15

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego CP mimo tego, że nie jest ona sprzeczna z ustawą Pzp oraz odpowiada treści SIWZ potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W *Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego* z dnia 6 lipca 2015 r.

---

zamawiający, informując odwołującego CP o odrzuceniu jego oferty z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, w pkt. 2 tegoż zawiadomienia wskazał, że odwołujący

CP: „dla *wymaganego parametru: „Moc cieplna* średnia" *określił wartość „728 kWh/h" oraz (…) dla parametru „Moc elektryczna* średnia" *podał wartość 640 kWh/h niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego w załączniku nr 8 do IDW (…) gdyż „minimalna wartość dla parametru moc cieplna minimalna ma wynosić 910 Wh/h, a minimalna wartość mocy elektrycznej ma wynosić 800 kWh/h".*

W samym zawiadomieniu, a nawet na rozprawie zamawiający nie wskazał ustanowionej przez siebie w treści SIWZ, jako wymaganej, wartości parametru „moc cieplna średnia".

Przytoczony powyżej fragment uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego CP nie pozostawia wątpliwości, że zaoferowany przez odwołującego CP parametr „moc cieplna średnia" został przez zamawiającego zweryfikowany co do jego zgodności przez porównanie do parametru „moc cieplna minimalna", zaś zaoferowany przez odwołującego CP parametr „moc elektryczna średnia" został przez zamawiającego zweryfikowany przez porównanie do parametru „minimalna moc elektryczna".

Jednak ze względu na brak w SIWZ wymogu co do wartości weryfikowanego parametru mocy cieplnej średniej uznać należy, że weryfikacja tego parametru, poprzez odwołanie się do treści SIWZ nie była w ogóle możliwa. Weryfikacji tej nie mógł służyć inny niż badany parametr.

Tym samym, skoro podstawą odrzucenia oferty z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może być jedynie niezgodność treści tejże oferty z treścią SIWZ, a w rozpoznawanej sprawie SIWZ treści w tym zakresie (co do mocy cieplnej średniej) nie zawierała, to brak było podstaw do zastosowania tego przepisu.

Niezależnie od tego, jak ważkim dla realizacji będącego przedmiotem zamówienia przedsięwzięcia jest gwarancja konkretnej wielkości parametru „moc cieplna średnia", ważkości tej zamawiający w treści SIWZ nie zawarł.

Wskazać także należy, że samo żądanie podania jakiegoś parametru (w tym względzie bezspornym był obowiązek podania przez wykonawców w Załączniku nr 7 w pozycjach: 12 i 13 wielkości parametrów „moc cieplna średnia" oraz „moc elektryczna średnia") daje zamawiającemu – na etapie realizacji zamówienia – prawo domagania się jego dotrzymania, w żadnym jednak razie nie może prowadzić do odrzucenia oferty, której treść wielkość żądanego parametru zawierała.

KIO: 1505/15, 1517/15, 1518/15 42

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego CP z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poinformowania odwołującego o faktycznych podstawach odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W *Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego* z dnia 6 lipca 2015 r. zamawiający, informując odwołującego CP o odrzuceniu jego oferty z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, w pkt. 1 tegoż zawiadomienia wskazał, że odwołujący CP: „nie *wykazał, wymaganego przez Zamawiającego oraz określonego warunkami SIWZ, Przedstawiciela Wykonawcy obowiązkowo przewidzianego do planowanej funkcji (roli) w realizacji zamówienia",* w pkt. zaś 2 zamawiający wskazał, że odwołujący CP: „dla *wymaganego parametru: „Moc cieplna* średnia" *określił wartość „728 kWh/h" oraz (…) dla parametru „Moc elektryczna* średnia" *podał wartość 640 kWh/h niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego w załączniku nr 8 do IDW (…) gdyż „minimalna wartość dla parametru moc cieplna minimalna ma wynosić 910 Wh/h, a minimalna wartość mocy elektrycznej ma wynosić 800 kWh/h".*

O ile „przyporządkowanie" uzasadnienia faktycznego z pkt. 2 ww. zawiadomienia do podstawy prawnej odrzucenia – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – nie stanowi problemu

(odwołujący CP objął odwołaniem zarzut odrzucenia jego oferty z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), o tyle żadnej adekwatności wskazanej podstawy prawnej – art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp do treści uzasadnienia faktycznego zawartego tak w pkt. 1, jak i w pkt. 2 zawiadomienia nie sposób się doszukać.

Nie dawało to odwołującemu CP żadnej wiedzy o powodach eliminacji jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, w konsekwencji szansy na zakwestionowanie podjętej przez zamawiającego decyzji.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zaniechał czynności poinformowania odwołującego CP o faktycznych podstawach odrzucenia jego oferty

---

w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czym naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia odpowiednich dokumentów wskazanych w zawiadomieniu o wynikach postępowania, tj. wykazu osób, pełnomocnictwa, dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego odwołującemu zasoby, wykazu wykonanych robót budowlanych potwierdził się .

Odwołujący CP nie kwestionował wskazanych przez zamawiającego braków w jego ofercie (brak wskazania w załączniku nr 4 do IDW – Wykaz osób Przedstawiciela Wykonawcy, brak pełnomocnictwa, brak dokumentów podmiotu udostepniającego wykonawcy swoje zasoby, brak Wykazu robót budowlanych – załącznik nr 6 do IDW). Zarzucił natomiast zamawiającemu, w sytuacji dostrzeżenie ww. braków, zaniechanie wezwania odwołującego CP do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponieważ niewątpliwie Wykaz osób, Wykaz robót budowlanych, dokumenty podmiotu udostępniającego swoje zasoby wykonawcy są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. składanymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (czego zamawiający nie negował), a o tym przepisie mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a nadto – ponieważ pełnomocnictwo jest dokumentem, o którym wprost mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego CP do uzupełnienia wszystkich ww. dokumentów, wobec braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, o czym była mowa powyżej, jest oczywiste.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zaniechał czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów wskazanych w zawiadomieniu, czym naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego CP do wyjaśnień w zakresie treści oferty, które potencjalnie budziły wątpliwości zamawiającego skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Zarzut ten został postawiony przez odwołującego CP jedynie z ostrożności, wobec czego – ponieważ skład orzekający Izby uznał, że wskazana przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 6 lipca 2015 r. niezgodność treści oferty odwołującego CP z treścią SIWZ w zakresie parametrów: średnia moc cieplna i średnia moc elektryczna nie

---

występuje, czego konsekwencją jest zbędność wyjaśnienia treści oferty – pozostawił ten zarzut bez rozpoznania.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy konsorcjum Egbud o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie potwierdził się.

Poza sporem był fakt, że zamawiający nie był zobowiązany do wszczęcia postępowania

wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na różnice pomiędzy ofertą konsorcjum Egbud a wartością zamówienia oraz pomiędzy ofertą konsorcjum Egbud a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert (cena ofertowa konsorcjum Egbud nie jest niższa o 30% albo więcej od wartość zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert).

Odwołujący CP nie wykazał, z jakich to względów cena zaoferowana przez konsorcjum Egbud, choć powinna, to nie wzbudziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Powodem tym nie może być sama jedynie różnica pomiędzy ceną konsorcjum Egbud a wartością zamówienia (powiększona o wartość podatku VAT) (daleko tej różnicy do różnicy wskazanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), ani różnica pomiędzy ceną konsorcjum Egbud a średnią arytmetyczna wszystkich złożonych ofert (poziom: 53, 58,59,61,63 i 78 mln zł) w sytuacji, gdy konsorcjum Egbud zaoferowało inną (Haarslev), a jednocześnie tańszą – co przyznał sam odwołujący – technologię, niż – jak zakładał odwołujący CP – pozostali wykonawcy (Cambi).

Nadto gołosłownie twierdził, że „cena *oferty zaoferowana przez wykonawcę EGDUD istotnie odbiega od rzeczywistej wartości przedmiotowego zamówienia",* upatrując różnicy w tym, iż konsorcjum Egbud przyjęło technologię firmy Haarslev, kilkukrotnie tańszą od technologii Cambi przyjętej przez pozostałych wykonawców, która – gołosłownie twierdził odwołujący CP – nie spełnia warunków SIWZ („wszyscy *Wykonawcy z wyjątkiem konsorcjum EGBUD przyjęli technologie sprawdzoną i spełniającą warunki SIWZ tj. CAMBI – co znajduje potwierdzenie w zaoferowanych cenach").*

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie dopuścił się zaniechania wezwania konsorcjum Egbud do złożenia wyjaśnień na okoliczności rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny.

KIO: 1505/15, 1517/15, 1518/15 45

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Egbud jako nieodpowiadającej treści SIWZ nie potwierdził się.

Odwołujący CP kwestionował zgodność zaproponowanej przez konsorcjum Egbud Instalacji Termicznej Hydrolizy (firmy Haarslev) z wymaganiami zamawiającego.

Twierdził, iż: „Instalacja *ta nie spełnia* ściśle *wymagań odnośnie referencji i podstawowej funkcjonalności dla instalacji pracujących warunkach określonych w SIWZ, oraz wymagań technologicznych, między innymi – Projekt Budowlany, Projekt Wykonawczy i Specyfikacja Techniczna ST-05 – Instalacje Technologiczne jednoznacznie wymagają zastosowania do przeróbki osadu w Tarnowie instalacji termicznej hydrolizy, higienizacji i dezintegracji. Oznacza to,* że *wymagane jest dostarczenie instalacji, która zapewni efektywny przebieg (…) poszczególnych procesów", którego technologia firmy Haarslev – w przeciwieństwie do zaoferowanej przez odwołującego CP technologii Cambi nie zapewnia".*

Twierdzenia odwołującego CP były jednak całkowicie gołosłowne, a odwołujący CP skoncentrował się na opisie zaoferowanej przez siebie instalacji firmy Cambi, stwierdzając w podsumowaniu, iż *„efekt eksplozji pary daje efekt zwiększonej dezintegracji (rozpadu) komórki, który inne typy procesów THP nie uzyskują",* nie wskazując nawet postanowienia SIWZ określającego wymóg osiągnięcia efektu zwiększonej dezintegracji (poziomu tego zwiększenia) – stwierdził jedynie, że dokumenty SIWZ wymagają zastosowania dezintegracji.

Odwołujący nie wykazał także, że jedynym sposobem osiągnięcia efektu zwiększonej dezintegracji jest efekt eksplozji pary stosowany w oferowanej przez niego technologii Cambi.

Odwołujący CP kwestionował zgodność zaproponowanej przez konsorcjum Egbud Instalacji Termicznej Hydrolizy (firmy Haarslev) także z tego powodu, że „Technologia *firmy Haarslev jest technologią hydrolizy termicznej ciągłej",* a wymaganą w SIWZ była technologia hydrolizy termicznej okresowej wsadowej.

Twierdzenie to odwołujący CP pozostawił gołosłownym, ponownie koncentrując się na opisie procesu hydrolizy termicznej jako procesu ciągłego wsadowego w technologii Cambi.

Uwzględniając fakt, że to na odwołującym CP spoczywał ciężar wykazania niezgodności treści oferty konsorcjum Egbud z treścią SIWZ oraz to, że wszystkie twierdzenia odwołującego CP w tym zakresie były gołosłowne skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Z uwagi na potwierdzenie się zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawcy CP oraz zarzutu zaniechania wezwania go do uzupełnienia dokumentów skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie.

KIO: 1505/15, 1517/15, 1518/15 46

Pomimo potwierdzenia się zarzutu zaniechania poinformowania odwołującego CP o faktycznych podstawach odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp skład orzekający Izby nie nakazał zamawiającemu podania tego uzasadnienia, ponieważ po nakazanej zamawiającemu czynności powtórnego badania i oceny ofert zamawiający będzie zobligowany podać wyniki tej nowej czynności i je uzasadnić w zgodzie z przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 1518/15

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego E z powodu braku tłumaczenia na język polski referencji dla kluczowych elementów przedsięwzięcia, tj. instalacji kogeneracji, które złożone zostały wyłącznie z tekstem w języka obcym, pomimo braku zgody zamawiającego oraz zarzut braku jednej referencji lub innego dokumentu (oświadczenia) dla głównego procesu technologicznego wymienionego w rozdziale XI.2 pkt 3) SIWZ potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Na rozprawie zamawiający oświadczył, iż w sytuacji, gdy oferta odwołującego E została odrzucona, zamawiający nie miał podstaw do zwracania się do odwołującego E o uzupełnienie dokumentów, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie kwestionował, że dostrzeżone w ofercie odwołującego E braki w ogóle podlegają uzupełnieniu.

Innymi słowy, gdyby nie stwierdzone przez zamawiającego podstawy do odrzucenia oferty odwołującego E (…) zamawiający wezwałby go do uzupełnienia tak tłumaczenia referencji, jak i referencji lub innego dokumentu dla głównego procesu technologicznego wymienionego w rozdziale XI.2 pkt 3) SIWZ.

Skład orzekający Izby uznał, o czym mowa dalej, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego E stąd w konsekwencji uznał także, że zamawiający z naruszeniem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zaniechał wezwania odwołującego E do uzupełnienia ww. dokumentów, a dalej także, że odrzucił z powodu braku tych dokumentów ofertę odwołującego E (abstrahując od prawidłowości wskazanych przez zamawiającego podstaw prawnych odrzucenia, tj. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp).

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego E z powodu błędnego podania parametru redukcji suchej masy organicznej (dalej „redukcja s.m.o.") liczonej w stosunku od wejścia do instalacji hydrolizy, co powodowało, iż oferta była niezgodna z wymaganiami technicznymi określonymi przez zamawiającego, a w efekcie z treścią SIWZ potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

KIO: 1505/15, 1517/15, 1518/15 47

W *Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego* z dnia 6 lipca 2015 r. zamawiający wskazał, że odwołujący E w opisie techniczno-technologicznym dla oferowanej technologii, tj. w Załączniku nr 7 do IDW pkt 3) poz. 6 tabeli: „Obiekt *Nr 5 – Komory fermentacyjne"* określił dla redukcji s.m.o., niezgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w załączniku Nr 8 do IDW jako minimum 53%, wielkość 52÷56%.

W ofercie odwołującego E na str. 100 stanowiącej stronę 3 Załącznika nr 7 w pozycji 6 tabeli *Obiekt nr 5 – komory fermentacyjne* widnieje wartość redukcji s.m.o.: „ 53".

W ofercie odwołującego E na str. 86 stanowiącej stronę drugą Załącznika nr 8 w tabeli *Parametr Gwarantowany Absolutnie – techniczne* w pozycji 3 *Obiekt nr 5 – komory fermentacyjne* (kolumna *wartość* oraz kolumna *jednostka)* dla redukcji s.m.o. widnieje: „52÷56%".

Bezsporny był fakt, że żądana przez zamawiającego wartość odnośnie do parametru

redukcji s.m.o. wynosiła: „ 53%", a także że w sporządzonym przez zamawiającego wzorze Załącznika Nr 8, w którym zamawiający wyspecyfikował żądane parametry i ich wartości w przypadku redukcji s.m.o. pozostała, pomimo jej zmiany w następstwie odpowiedzi na pytania wykonawców, wartość „ 56%". Dodatkowo w kolumnie *Odstępstwa od Dokumentacji Projektowej z zastrzeżeniem zapisów Specyfikacji Technologicznej* widnieje słowo: „brak".

Skład orzekający Izby ustalił także, że zgodnie z rozdziałem XII SIWZ *Wykaz Oświadczeń lub dokumentów jakie należy załączyć do oferty* lit. A – na ofertę składać się miały wypełnione i podpisane przez wykonawcę zarówno Załącznik nr 7 – *Opis Techniczno-Technologiczny przedsięwzięcia* (lit. A.4) oraz Załącznik nr 8 – Wykaz Gwarancji (lit. A5).

W lit. A.5) odnoszącym się do Załącznika Nr 8 zamawiający wskazał dodatkowo: „Wykaz *gwarancji zawiera oświadczenie Wykonawcy o osiągnięciu przez zrealizowane w ramach Kontraktu Przedsięwzięcie wymaganych Parametrów Gwarantowanych".*

W *Formularzu Oferty* w pkt. 4 ppkt 1, który zgodnie z instrukcją zawartą w lit. A.1) rozdziału XII także miał zostać wypełniony i podpisany, a do którego należało załączyć *Załącznik do oferty* (dwustronicowy wzór tego załącznika został sporządzony przez zamawiającego i stanowił treść SIWZ) zamawiający zobligował wykonawców do złożenia oświadczenia o treści: „zapoznałem *się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia i nie wnoszę* żądnych *uwag i zastrzeżeń".*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

KIO: 1505/15, 1517/15, 1518/15 48

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający bezpodstawnie odmawiał kwalifikacji wypełnionego i podpisanego przez odwołującego E Załącznika nr 8 jako elementu oferty (zobowiązania) tego wykonawcy, ponieważ z postanowienia rozdziału XII lit. A.5 SIWZ wprost wynikał obowiązek złożenia wypełnionego i podpisanego – jako części oferty – Załącznika Nr 8.

Wyrażone przez zamawiającego na rozprawie stanowisko, iż z punktu widzenia oceny zgodności treści oferty wykonawców z treścią SIWZ Załącznik nr 8 nie miał znaczenia, (znaczenie miały jedynie parametry zadeklarowane w Załączniku nr 7) nie znajduje uzasadnienia w treści postanowień SIWZ.

W lit. A.5) rozdziału XII SIWZ zamawiający zawarł przecież dodatkową informację, iż: „Wykaz *gwarancji zawiera oświadczenie Wykonawcy o osiągnięciu przez zrealizowane w ramach Kontraktu Przedsięwzięcie wymaganych Parametrów Gwarantowanych".*

Dostrzec także należy, że rola Załącznika Nr 8 winna być oceniana przez pryzmat przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „W *postepowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może* żądać *od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania".*

Twierdzenie w tym kontekście, że Załącznik Nr 8, którego żądał zamawiający, nie miał znaczenie, nie może się ostać.

Nie sposób także przypisać Załącznikowi Nr 8 jedynie znaczenia polegającego na zapoznaniu się przez wykonawcę z wymaganiami zamawiającego co do żądanych przez zamawiającego wartości parametrów, ponieważ odrębne oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ (całą treścią, a zatem także z będącymi integralną częścią SIWZ załącznikami) każdy z wykonawców składał w pkt. 4 ppkt 1 *Formularza Oferty.* Takie oświadczenie złożył w swojej ofercie także odwołujący E.

Zwraca także uwagę tytuł Załącznika Nr 8, tj. *Wykaz Gwarancji,* a następnie sformułowania w nim zawarte, tj. *Parametry Gwarantowane Absolutnie, Parametry Gwarantowane Absolutnie – formalne, Parametry Gwarantowane Absolutnie – techniczne, Parametry Gwarantowane obwarowane Karami Umownymi,* które ewidentnie prowadzą do wniosku, iż wykonawca wskazując (wypełniając) i podpisując Załącznik Nr 8 gwarantuje zamawiającemu (zobowiązanie wykonawcy) na etapie realizacji zamówienia osiągnięcie tych parametrów. Sam zamawiający, definiując pojęcie Parametry Gwarantowane podał, że są to „Wymagane *przez Zamawiającego wybrane parametry przedsięwzięcia, których spełnienie Wykonawca gwarantuje (…)"* (Rozdział II SIWZ Definicje str. 7).

Podnieść nadto należy istotną różnicę „zawartości" Załączników Nr 7 i 8 – w szczególności to w Załączniku Nr 8 wykonawcy mieli zadeklarować zawartość suchej masy w osadzie kierowanym do suszenia, sprawność cieplną oraz sprawność elektryczną, tj. te parametry, które miały być, zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanym w rozdziale XXI

SIWZ, oceniane w tym postępowaniu. Ich podanie było zatem kluczowe dla czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nie może także umknąć, że to sami wykonawcy musieli zaingerować w treść przygotowanego przez zamawiającego Załącznika nr 8, ponieważ zamawiający – pomimo modyfikacji – nie zmienił wartości parametru „redukcja s.m.o." w tymże załączniku.

Reasumując, obowiązkiem zamawiającego była ocena oferty odwołującego E także na podstawie Załącznika Nr 8.

W ocenie składu orzekającego Izby brak jednak podstaw, aby – jak chciał tego odwołujący E – Załącznikowi Nr 8 przypisać większe znaczenie niż Załącznikowi Nr 7. Hierarchia załączników (dokumentów) składających się na treść SIWZ nie została przez zamawiającego podana, a kreowanie „ważkości" poszczególnych załączników po terminie składania ofert stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Załącznikowi Nr 8 nie można przypisać pierwszorzędnego znaczenia,
w szczególności przed Załącznikiem Nr 7, ponieważ Załącznik Nr 7 także stanowi oświadczenie (zobowiązanie) wykonawcy co do przedmiotu zamówienia – zawiera (takie też było stanowisko odwołującego E na rozprawie) prezentację technologii oferowanej przez danego wykonawcę i osiągane przy jej zastosowaniu parametry.
Reasumując, Załącznik Nr 7 i Załącznik Nr 8 składały się na treść oferty odwołującego E i na ich podstawie zamawiający winien ocenić zgodność treści oferty odwołującego E z treścią SIWZ.

Wskazana przez odwołującego dla redukcji s.m.o. w Załączniku Nr 7 wartość „52÷56%" różni się od wartości tego parametru wskazanej w Załączniku Nr 8, tj. „ 53%".
Wynikająca z ww. rozbieżności niejasność treści oferty odwołującego E kwalifikuje się, w ocenie składu orzekającego Izby, do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.
Błędne jest założenie zamawiającego, że udzielenie przez odwołującego E wyjaśnień na wezwanie zamawiającego, prowadziłoby do zmiany treści oferty w zakresie parametru redukcji s.m.o., ponieważ wyjaśnienie odwołującego E – jak wskazuje na to przebieg rozprawy – polegałoby na wskazaniu jako deklarowanej wartości „ 53%". Nie można by takiej wartość uznać za zmieniającą treść oferty odwołującego E, ponieważ wartość taka mieści się w przedziale „52-56%" wskazanym w treści oferty odwołującego E w Załączniku Nr 8.
Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że odrzucenie oferty odwołującego E, którego źródłem było błędne założenie o nieusuwalności niespójności treści oferty odwołującego E w zakresie parametru redukcji s.m.o., było bezpodstawne i nakazał zamawiającemu wezwać odwołującego E do złożenie, na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień co do zaoferowanej przez tego wykonawcę wartość parametru reedukacja s.m.o.

Dodatkowo skład orzekający wskazuje, że w pełni podziela stanowisko Izby wyrażone w przywołanym przez odwołującego E wyroku z dnia 30 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2505/11), zgodnie z którym *„Przepis art. 87 ust. 1 p.z.p nie nakazuje wprost zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy* żądaniem *wyjaśnienia treści oferty, to jednak taka potrzeba po stronie zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na zamawiającym który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty".*

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego E z tego powodu, iż nie podał Minimalnej wydajności rocznej suchej masy (dalej minimalna wydajność roczna s.m.) pomimo, iż parametr taki był wymagany i jest istotny dla oceny wymaganej technologii, co spowodowało sprzeczność oferty z treścią SIWZ potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W *Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego* z dnia 6 lipca 2015 r. zamawiający wskazał, że odwołujący E w Opisie techniczno-technologicznym dla oferowanej technologii, tj. w Załączniku nr 7 do IDW pkt 3) poz. 3 tabeli: „Obiekt *Nr 4 – budynek technologiczny/instalacja termicznej hydrolizy i dezintegracji"* nie podał wymaganego parametru

minimalnej wydajności rocznej s.m. wbrew temu, że parametr taki był przez zamawiającego wymagany i jest istotny dla oceny technologii.

W ofercie odwołującego E na str. 100 stanowiącej stronę 3 Załącznika nr 7 w pozycji 3 tabeli *Obiekt nr 4 – budynek technologiczny/instalacja termicznej hydrolizy i dezintegracji* w kolumnie *wartość* w odniesieniu do minimalnej wydajności rocznej w s.m. wpisano: *„bez ograniczeń”* oraz w kolumnie *Odstępstwa od Dokumentacji Projektowej z zastrzeżeniem zapisów Specyfikacji Technologicznej* wpisano „brak”.

W ofercie odwołującego E na str. 86 stanowiącej stronę drugą Załącznika nr 8 w tabeli *Parametr Gwarantowany Absolutnie – techniczne* w pozycji 1 *Obiekt nr 4 – budynek technologiczny/instalacja termicznej hydrolizy i dezintegracji* (kolumna *wartość* oraz kolumna *jednostka)* dla minimalnej wydajności rocznej w s.m. widnieje: 7700 Mg/r.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Załącznik Nr 8, tak jak Załącznik Nr 7, o czym była mowa wyżej, składały się na treść oferty odwołującego E i na ich podstawie zamawiający winien ocenić zgodność treści oferty odwołującego E z treścią SIWZ.

W Załączniku Nr 8 odwołujący E zadeklarował parametr minimalnej wydajności rocznej w s.m. o żądanej przez zamawiającego wielkości, tj. 7700 Mg/r, zaś w Załączniku Nr 7 odwołujący E zadeklarował „bez ograniczeń” – niewątpliwie zatem deklaracje odwołującego E co do tego samego parametru nie były tożsame.

W ocenie składu orzekającego Izby brak tej tożsamości kwalifikuje się do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Nie można jednak a priori przyjąć, że udzielenie przez odwołującego E wyjaśnień na wezwanie zamawiającego, prowadzić będzie do zmiany treści oferty w zakresie parametru minimalnej wydajności rocznej w s.m., ponieważ wyjaśnienie odwołującego E – jak wskazuje na to przebieg rozprawy – sprowadzić się może do potwierdzenia wartości tego parametru, tj. 7700 Mg/r zadeklarowanego w Załączniku Nr 8 i wyjaśnienia sposobu rozumienia sformułowania „bez *ograniczeń”.* Nie można by takiej wartość uznać za zmieniającą treść oferty odwołującego E, ponieważ wartość taka wprost została przez odwołującego wskazana w Załączniku Nr 8, nadto – co także istotne – parametr wydajności w s.m. (21,1 Mg/d) został przez odwołującego E podany w innym jeszcze miejscu jego oferty, tj. w Załączniku Nr 7 w pozycji 4 tabeli *Obiekt nr 4 – budynek technologiczny/instalacja termicznej hydrolizy i dezintegracji* tyle, że była to wydajność dobowa.

Zgodzić należy się jednak z odwołującym E, że znajomość wydajności dobowej pozwalała zamawiającemu na weryfikację minimalnej rocznej wydajności w s.m., poprzez zastosowanie odpowiedniego przeliczenia (operacji matematycznej).

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że odrzucenie oferty odwołującego E, którego źródłem było błędne założenie o nieusuwalności niespójności treści oferty odwołującego E w zakresie parametru minimalnej wydajności rocznej w s.m., było bezpodstawne i nakazał zamawiającemu wezwać odwołującego E do złożenia, na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień co do zaoferowanej przez tego wykonawcę wartości tego parametru.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego E z powodu błędnego podania parametru mocy cieplnej średniej (42%), tj. nieodpowiadającego specyfice parametru wymaganego przez Zamawiającego (kW), co prowadziło do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W *Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego* z dnia 6 lipca 2015 r. zamawiający wskazał, że odwołujący E w Opisie techniczno-technologicznym dla oferowanej technologii, tj. w Załączniku nr 7 do IDW pkt 3) poz. 12 tabeli: „Obiekt *Nr 4* –

---

budynek technologiczny/instalacja kogeneracji” nie określił wymaganego parametru mocy średniej, gdyż podany parametr 42% nie może zostać uznany, ponieważ nie odpowiada specyfice wymienionego parametru, jednostką dla tego parametru jest kW.

Na rozprawie zamawiający przyznał, iż żądana wartość mocy cieplnej średniej nie była przez niego wskazana w SIWZ oraz utrzymywał, że właściwą jednostką dla mocy cieplnej średniej, która winni przyjąć wykonawcy była kWh/h - wobec wskazania w tych właśnie jednostkach: mocy cieplnej minimalnej oraz mocy elektrycznej minimalnej.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający, uznając wskazaną przez odwołującego E jednostkę mocy cieplnej średniej, tj. „%” za błędną, uznał automatycznie wskazaną przez odwołującego wartość tego parametru, tj. 42 za niebyłą.

W ocenie składu orzekającego Izby, jak trafnie argumentował odwołujący E, niezależnie od tego, jaką wartość i jaką jednostkę wpisał wykonawca w poz. 12 załącznika nr 7 do IDW, zamawiający nie mógł stwierdzić sprzeczności z treścią SIWZ, skoro wymagania w tym zakresie (co do żądanej wartości mocy cieplnej średniej w kWh/h) w ogóle nie zostały przez zamawiającego w SIWZ sformułowane.

Dostrzeżenia także wymaga, że wskazaną przez zamawiającego w *Zawiadomieniu,* jako właściwą, jednostką mocy cieplnej średniej była „kW”, choć na rozprawie zamawiający jako właściwą wskazał kWh/h.

Ze względu na brak w SIWZ wymogu co do wartości weryfikowanego parametru mocy cieplnej średniej uznać należy, że weryfikacja tego parametru, poprzez odwołanie się do treści SIWZ nie była w ogóle możliwa.

Tym samym, skoro podstawą odrzucenia oferty z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może być jedynie niezgodność treści tejże oferty z treścią SIWZ, a w rozpoznawanej sprawie SIWZ treści w tym zakresie (co do mocy cieplnej średniej) nie zawierała, to brak było podstaw do zastosowania tego przepisu.

Ponownie skład orzekający Izby wskazuje, że niezależnie od tego, jak ważkim dla realizacji będącego przedmiotem zamówienia przedsięwzięcia jest gwarancja konkretnej wielkości parametru „moc cieplna średnia”, ważkości tej zamawiający w treści SIWZ nie zawarł.

Wskazać nadto należy, że samo żądanie podania jakiegoś parametru (w tym względzie bezspornym był obowiązek podania przez wykonawców w Załączniku nr 7 w pozycji 12 wielkości parametru „moc cieplna średnia” daje zamawiającemu – na etapie realizacji zamówienia – prawo domagania się jego dotrzymania, w żadnym jednak razie nie może prowadzić do odrzucenia oferty, której treść wielkość żądanego parametru zawierała.

KIO: 1505/15, 1517/15, 1518/15 53

Skład orzekający Izby zwraca wreszcie uwagę, że zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do zaprezentowanego przez odwołującego E przeliczenia mocy cieplnej średniej wyrażonej w % na moc cieplną średnią wyrażoną w „kW”.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego E w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zarzuty:

- bezpodstawnego zaniechania odtajnienie części oferty Inżynieria Rzeszów S.A., pomimo iż zastrzeżone przez tego wykonawcę jako poufne informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,
- bezpodstawnego zaniechanie odrzucenia oferty Control Proces z uwagi na brak pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę oraz brak wskazania, w jakim terminie wykona przedmiotowe zamówienie

skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania,

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp winny być badane odrębnie w odniesieniu do każdego z zarzutów odwołania (każdy z zarzutów odwołania stanowić by mógł zresztą odrębne odwołanie).

Za wyrokiem z dnia 18 grudnia 2012 r. sygn. akt KIO 2687/12 skład orzekający Izby wskazuje, że „(…) *przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp umożliwiające rozpoznanie*

odwołania, co do istotny badane są w odniesieniu do zarzutów odwołania, a więc zasadne jest badanie wystąpienia u Odwołującego spełniania przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do każdego z podniesionych zarzutów. Z przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wynika, ze Izba może orzekać tylko co do zarzutów podniesionych w odwołaniu, tak więc orzekanie nie może być utożsamiane tylko z merytorycznym rozpatrzeniem zarzutu, ale również konieczności zbadania czy dla jego podniesienia Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp".

Odwołanie jako środek ochrony prawnej nakierowany jest na zmianę sytuacji własnej wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odwołujący nie ma w podnoszeniu zarzutu zaniechania odtajnienia przez zamawiającego ww. dokumentów z oferty wykonawcy IR, jak i w podnoszeniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy CP interesu, rozumianego jako dążenie do uzyskania zamówienia, ponieważ – jak wskazywał w odwołaniu sam odwołujący E – złożył ofertę, która zgodnie z przyjętymi przez zamawiającego

---

w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia kryteriami oceny ofert powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Oznacza to, że „przeszkodą" w pozyskaniu przedmiotowego zamówienia przez odwołującego nie jest jakakolwiek inna oferta złożona w tym postępowania, w tym ani oferta wykonawcy IR, ani oferta wykonawcy CP – oferty te są mniej korzystne od oferty odwołującego E.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że odwołujący E– jak wynika z treści odwołania – poprzez spowodowanie odtajnienia złożonych przez wykonawcę IR: wykazu robót, wykazu osób oraz informacji z banku – chciał zweryfikować, czy treść oferty wykonawcy IR odpowiada treści SIWZ, który to cel nie mógł być osiągnięty poprzez zapoznanie się przez odwołującego z ww. dokumentami – poznanie tych dokumentów mogło co najwyżej umożliwić odwołującemu E weryfikację spełniania przez wykonawcę IR warunków udziału w postępowaniu).

Odwołujący E zarzucił wprawdzie zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak rzetelnego, jednoznacznego i wyczerpującego przedstawienia podstaw prawnych i faktycznych odrzucenia oferty odwołującego E, jednak nie zaprezentował w tej materii żadnej argumentacji, ani nie domagał się nakazania zamawiającemu podania wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia jego oferty wobec czego skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Ponieważ potwierdził się zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego E skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie.

Na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp skład orzekający Izby wydał orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku postępowania – na podstawie art. 186 ust. 6 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1) oraz pkt 2) lit. a oraz lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: ……