Sygn. akt: KIO 1943/11

WYROK
z dnia 20 września 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2011 roku przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej „Master" Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynność odrzucenia oferty Odwołującego i czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego**

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej „Master" Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Odwołującego się **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania;**
2.2. zasądza od Zamawiającego **Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej „Master" Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach** na rzecz wykonawcy Odwołującego się **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** kwotę 23.600,00 gr (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……..…..

Sygn. akt: KIO 1943/11

Uzasadnienie

W dniu 9 września 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179, art. 180 ust. 1 i 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), zwaną w dalszej części w „ustawą Pzp", odwołanie złożył wykonawca Odwołujący się **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej „Master" Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach.**

Kopia odwołania przekazana Zamawiającemu w dniu 9 września 2011 roku za pomocą faksu.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu, o której informację przekazano wykonawcom w dniu 2 września 2011 roku (informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż ten bezpodstawnie odrzucił jego ofertę,

a w konsekwencji dokonał obarczonej wadą prawną czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający zaniechał obowiązku dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta nie podlegała odrzuceniu.

Zatem zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez pozbawione podstaw, nieuprawnione i błędne uznanie przez Zamawiającego, iż wprowadzone przez Odwołującego w załącznikach nr 7 (wzorach kart formularzy) dot. elementów Zakładu Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Komunalnych, znajdujących się załączeniu do oferty, dodatkowych uwag, „które powodują, iż oferta nie jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, bowiem pozwala Wykonawcy zastosować przy realizacji zamówienia urządzenia inne niż wskazał w ofercie";

2. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, podczas gdy oferta Odwołującego, jako niepodlegająca odrzuceniu i jednocześnie najkorzystniejsza - przedstawiała cenę niższą od kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co przesądza o możliwości udzielenia zamówienia za kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć i przeznaczył na jego sfinansowanie.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji,
2. dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji,
3. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uzasadniając podstawę wykluczenia zamieszczeniem przez Odwołującego w załącznikach nr 7 (wzorach kart formularzy) w ofercie na str. nr od 274 do 489 dodatkowej uwagi o treści: „Wszystkie dane zawarte w niniejszej karcie katalogowej zostały przygotowane na etapie projektu wstępnego, dlatego maja charakter przybliżony i wstępny oraz zostaną zweryfikowane pod kątem optymalizacji technologiczno-technicznej na etapie przygotowania projektu technologicznego i wykonawczego. Oznacza to, iż w tym celu mogą zostać dodane, wycofane lub zamienione poszczególne pozycje w wykazie maszyn urządzeń i wyposażenia a ponadto zastrzegamy możliwość zmiany poszczególnych parametrów technicznych maszyny / urządzenia przedstawionych w powyższej karcie katalogowej / formularzu maszyny / urządzenia, co oznacza, że ostateczne dane mogą różnić się od powyżej wyspecyfikowanych - jednakże przy zachowaniu i spełnieniu wszelkich wymagań funkcjonalnych instalacji zamawiającego określonych w SIWZ oraz PFU.", zwanej dalej „Dodatkowym Wyjaśnieniem", które w ocenie Zamawiającego powoduje, iż oferta Odwołującego nie jest zgodna z treścią SIWZ „bowiem pozwala Wykonawcy zastosować przy realizacji zamówienia urządzenia inne niż wskazał w ofercie".

Odwołujący wskazuje, iż sformułowany wobec jego oferty zarzut niezgodności z treścią SIWZ jest chybiony i pozostaje w oderwaniu od treści oferty w zestawieniu z całą treścią SIWZ. Odwołujący wskazuje, iż sporządził swoją ofertę z należytą starannością w oparciu o treść SIWZ, a w szczególności o wchodzący w jej skład Program Funkcjonalno Użytkowy. Zamawiający nie przedstawił żadnych uwag do treści wypełnionych tabel w załącznikach nr 7 (wzory kart formularzy) dotyczących elementów (obiektów/części /węzłów/systemów/instalacji/urządzeń) Zakładu Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Komunalnych, zwanych dalej „Tabelami Sprzętu". Zatem pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym nie jest sporne, iż oferta Odwołującego skonkretyzowana w postaci wypełnionych tabel sprzętu jest zgodna z treścią SIWZ i odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego określonym w cz. II SIWZ tj. Programie Funkcjonalno - Użytkowym (PFU).

Zamawiający bezsprzecznie dokonał mylnej i nieuprawnionej interpretacji „Dodatkowych Wyjaśnień" Odwołującego umieszczonych w ofercie przy „Tabelach Sprzętu". W żaden sposób przedmiotowe „dodatkowe wyjaśnienie" nie może być odczytane jako uprawnienie do samowolnego zastosowania przy realizacji zamówienia urządzeń innych niż wskazane w ofercie, jak faktycznie interpretuje to Zamawiający. Jedynym celem wprowadzenia „dodatkowych wyjaśnień" było oczywiście potwierdzenie gotowości Odwołującego, zgodnie z wyrażoną w treści SIWZ wolą Zamawiającego, do dostosowania danych zawartych w ofercie wykonawcy, a więc także i do ewentualnej zamiany zaoferowanych urządzeń, w celu osiągnięcia wymagań wskazanych w PFU.

W szczególności na istnienie narzuconego przez Zamawiającego ewentualnego obowiązku zmiany w stosunku do zawartych w ofercie danych w „Tabelach Sprzętu" na etapie realizacji zamówienia wskazują zapisy:

• PFU - str. 109, pkt 2.1 - „Wykonawca przed rozpoczęciem prac projektowych dokona potwierdzenia bądź weryfikacji danych wyjściowych do projektowania przez (założeń bilansowych i jakościowych) przygotowanych Zamawiającego i w uzasadnionych przypadkach dostosuje je tak, aby zagwarantować osiągnięcie wymagań zawartych w PFU".

• PFU - str. 109 pkt 2.2.1.1 Wykonawca opracuje Dokumentację Projektową obejmującą m.in. Projekt wstępny "określający podstawowe dane dla inwestycji, ze wskazaniem wybranych technologii oraz wyszczególnieniem głównych urządzeń i instalacji oraz wskazaniem Dostawców (w celach informacyjnych i dla potrzeb zgodności z wymaganiami programu funkcjonalno-użytkowego)"

Mając powyższe na uwadze należy jeszcze raz Odwołujący podkreślił, iż sam Zamawiający nie tylko nie wyłączył możliwości wprowadzenia zmian na etapie realizacji umowy w stosunku do danych ujawnionych w ofercie w „tabelach sprzętu" ale wręcz na mocy w/w zapisów PFU zmian tych w razie konieczności oczekiwał.

Odwołujący wskazał także, iż Zamawiający w załączonym do SIWZ wzorze umowy, stanowiącym jej integralną część wprowadził wiążącą potencjalnego wykonawcę zamówienia hierarchię dokumentów określających prawa i obowiązki jej stron. Hierarchia ta została określona w § 28 pkt 1 wzoru umowy i wskazuje, że na pierwszym miejscu znajduje się „Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dla Kontraktu nr 1 Projektowanie i Budowa Międzygminnego Zakładu Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Tychach" natomiast dopiero na ostatnim miejscu oferta Wykonawcy. Zawarty w punkcie nr 3 tego paragrafu zapis „W przypadku sprzeczności postanowień poszczególnych integralnych części niniejszej umowy określonych w pkt. 1 rozstrzygające są postanowienie tej części, która w hierarchii ustalonej w pkt. 1 znajduje się wyżej" przyznaje nadrzędną pozycję wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia określonych w SIWZ (a w szczególności w PFU) w stosunku do oferty wykonawcy.

Odwołujący ponadto wskazuje, iż Zamawiający w § 4 pkt 2 wzoru umowy zobowiązał Wykonawcę do sporządzenia dokumentacji projektowej w zakresie przewidzianym w przekazanym przez Zamawiającego PFU. Ponadto jak wynika z zapisu § 5 pkt 3 wzoru umowy Zamawiający oczekuje przedstawienia mu do sprawdzenia i akceptacji wniosku o wydanie pozwolenia na budowę, zawierającego sprawdzony i zaakceptowany przez niego pod kątem zgodności z wymaganiami PFU projekt budowlany. Co więcej jak wynika z § 6 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający wymaga przedstawienia mu do akceptacji całej dokumentacji projektowej. Zamawiający w §13, §14 i §16 wzoru umowy zastrzegł, iż rozruch,

próby końcowe jak i odbiory również będą przeprowadzane pod kątem zgodności z PFU. Na marginesie jedynie Odwołujący wskazuje, iż w przypadku wykrycia przez Zmawiającego, iż przekazana mu przez Wykonawcę dokumentacja projektowa ma wady, w szczególności, gdy pozostaje ona niezgodna z wymaganiami PFU lub bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa może m.in. żądać usunięcia tych wad, o czym mówi § 8 ust. 2 wzoru umowy.

Jak wynika ze wskazanych powyżej zapisów treści SIWZ zawartych we wzorze umowy, nie ma możliwości aby Odwołujący w przypadku uzyskania zamówienia na podstawie złożonej przez siebie oferty przystąpił do realizacji umowy stosując urządzenia i rozwiązania inne niż wskazane w swojej ofercie, a zarazem odbiegające od wymagań Części nr II SIWZ tj. PFU. Ustanowiona przez Zamawiającego hierarchia dokumentów we wzorze umowy nie tylko wyklucza możliwość samowolnej zmiany urządzeń wskazanych w ofercie w stosunku do wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ, ale także narzuca obowiązek dostosowania w projekcie i realizacji urządzeń i rozwiązań zapewniających zgodność przedmiotu zamówienia z PFU, pozostawiając bez znaczenia fakt, iż wymusza to zmianę urządzeń i rozwiązań pierwotnie wskazanych w ofercie w „tabelach sprzętu", które Zamawiający ocenił jako odpowiadające treści SIWZ.

W zakresie kolejnego zarzutu wskazano, że nie ulega wątpliwości, iż żądanie Odwołującego unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest zasadne i celowe. Jak już powyżej Odwołujący wykazał jego oferta nie

powinna podlegać odrzuceniu, a co więcej z uwagi na zastosowanie jedynego kryterium oceny ofert w postaci kryterium ceny, jego oferta przedstawiając cenę 116.513.073,27 zł jest ofertą najkorzystniejszą. Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający poinformował na otwarciu ofert w trybie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 117.643.671,00 zł, przesłanka do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie zachodzi, co uzasadnia unieważnienie tej czynności.

Reasumując, Odwołujący zaznaczył, iż w oparciu o wskazane w uzasadnieniu odwołania zapisy treści SIWZ nie sposób uznać, iż Zamawiający wyłączył możliwość dokonania zmian zaoferowanych urządzeń i rozwiązań w „tabelach sprzętu". Co więcej, jak również wynika treści SIWZ, w tym w szczególności PFU oraz wzoru umowy, Zamawiający zmian takich oczekuje i zapewnił sobie narzędzia do ich egzekucji. Odwołujący wprowadzając do swojej oferty „dodatkowe wyjaśnienie" kierując się wieloletnim doświadczeniem i rzetelnością, de facto jedynie wyraził gotowość i podkreślił konieczność każdorazowego dostosowywania zaoferowanych urządzeń i rozwiązań w „tabelach sprzętu" w stosunku do wymagań PFU celem należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

Interes prawny Odwołującego we wniesieniu niniejszego środka ochrony prawnej nie może budzić wątpliwości, bowiem oferta Odwołującego została bezpodstawnie odrzucona, w wyniku czego Odwołujący utracił możliwość ubiegania się o udzielenie przedmiotowego

zamówienia. Jedynie unieważnienie niezgodnej z prawem decyzji Zamawiającego, polegającej zarówno na odrzuceniu oferty Odwołującego, jak również unieważnieniu postępowania umożliwi wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji zawarcie umowy i realizację przez niego zamówienia, o które w tym postępowaniu Odwołujący się ubiega.

W dniu 15 września 2011 roku do postępowania odwoławczego, na podstawie wezwania z dnia 13 września 2011 roku, przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia – konsorcjum firm: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum), VINCI Environnement S.A. z siedzibą w Cedex, Francja (Partner konsorcjum), VINCI Environnement Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Partner konsorcjum) po stronie Zamawiającego.

Zgłaszający przystąpienie wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, w jego ocenie Zamawiający nie naruszył wskazywanych w odwołaniu przepisów. Zgłaszający przystąpienie złożył ofertę, która nie została przez Zamawiającego odrzucona, zatem posiada on interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Zgłaszający przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Kopia zgłoszenia został przekazana stronom postępowania.

Zamawiający nie przedłożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w jego złożeniu. Izba z urzędu, w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest

prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania ze ścieżki odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, zgodnie z przyjętym w postępowaniu kryterium oceny ofert – 100% cena, zajmuje pierwsze miejsce w rankingu wykonawców, a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących oceny ofert oraz unieważnienia postępowania, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wykazał także, że nieuwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody. Tym samym, wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie uznała za skuteczne zgłoszenia przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia po stornie Zamawiającego. Wykonawca nie udowodnił przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, biorąc pod uwagę zarzuty zawarte w odwołaniu, zwłaszcza dotyczące unieważnienia postępowania. Interes, który winien wykazać, nie może dotyczyć hipotetycznego udziału w ewentualnym kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, lecz jego pozycji w przetargu, do którego odnosi się postępowanie odwoławcze.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, dotyczy zadania pn. „Projektowanie i budowa międzygminnego zakładu kompleksowego zagospodarowania odpadów komunalnych w Tychach", (nr referencyjny postępowania BZ/06/2011).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowych Unii Europejskiej w dniu 23/06/2011 roku pod nr 2011/S 119-196289.

Szacunkowa wartość zmówienia wynosi 95 645 261,00 zł, co stanowi równowartość 24 914 108,10 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 9 564 526,00 zł, co stanowi równowartość 2 491 410,78 euro (zapisy z protokołu ZP-PN). Wartość ustalono na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz robót budowlanych na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego.

Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 117.643.671,00 zł brutto (zapisy z protokołu ZP-PN, pkt 8.7.1 Otwarcie ofert).

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

Załącznikiem nr 7 do SIWZ był wzór Opisu techniczno-technologicznego Zakładu, który przygotować mieli wykonawcy, zgodnie z założeniami określonymi przez Zamawiającego. Część opisu stanowić miał wykaz wybranych urządzeń sporządzony zgodnie z załączonymi do załącznika nr 7 wzorami kart formularzy dla poszczególnych maszyn.

Zgodnie ze wzorem umowy, stanowiącym integralną część SIWZ, do obowiązków wykonawcy należało będzie „sporządzenie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych w oparciu o wykonane wcześniej projekty budowlano-wykonawcze wraz z dostawą maszyn i urządzeń (…) zgodnie z opisanym w SIWZ, zwłaszcza zaś w PFU stanowiącym część SIWZ, ofertą wykonawcy oraz wszelkimi dokumentami wytworzonymi w ramach postępowania przetargowego (…). Wszelkie czynności wykonawcy wykonane w zakresie określonym powyżej oraz ich efekt spełniać muszą wymagania Zamawiającego przewidziane w SIWZ, a zwłaszcza PFU oraz zapewnić realizację efektów rzeczowych i ekologicznych (…)".

Zamawiający dokonując oceny ofert stwierdził, że dodatkowa informacja zamieszczona przez Odwołującego w ofercie powoduje niezgodność jej treści z treścią SIWZ i odrzucił ofertę z najniższą ceną, co doprowadziło do konieczności unieważnienia postępowania. W związku z tak zaistniałą sytuacją, Odwołujący skorzystał z przysługujących

mu środków ochrony prawnej w postaci odwołania i wnosił, że jego oferta została nieprawidłowo odrzucona, a także że nie zachodzą przesłanki ustawowe pozwalające na unieważnienie postępowania.

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:

Zarzuty zawarte w odwołaniu zasługiwały na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków.

Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania" stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest stwierdzenie czy oferta Odwołującego winna być w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucona ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp.

Pomiędzy stronami nie jest sporne, iż oferta Odwołującego skonkretyzowana w postaci wypełnionych tabel sprzętu jest zgodna z treścią SIWZ i odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego określonym w cz. II SIWZ tj. Programie Funkcjonalno - Użytkowym (PFU). Sporną kwestia jest ocena „dodatkowej informacji", która w ocenie Zamawiającego rodzi na etapie realizacji przedmiotu zamówienia daleko idącą możliwość zmiany zaoferowanych urządzeń, maszyn i ich parametrów.

W ocenie Izby sposób wykonania zamówienia zaproponowany przez Odwołującego złożoną ofertą jest zgodny z wymogami SIWZ.

Podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ. To na podstawie jej zapisów właśnie wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. Jest to dokument wiążący dla wykonawców, dlatego też powinien on być precyzyjny i czytelny, a postanowienia tegoż dokumentu nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w załączonym do SIWZ wzorze umowy, który stanowi integralną część SIWZ wprowadził wiążącą wykonawców zamówienia hierarchię dokumentów określających prawa i obowiązki stron. Hierarchia ta została określona w § 28 pkt 1 wzoru umowy. Na pierwszym miejscu znajduje się „Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dla Kontraktu nr 1 Projektowanie i Budowa Międzygminnego Zakładu Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Tychach", dopiero na ostatnim miejscu oferta wykonawcy. Z umowy wynika, że w przypadku sprzeczności postanowień poszczególnych integralnych części umowy określonych w pkt 1 rozstrzygające są postanowienie tej części, która w hierarchii ustalonej w pkt 1 znajduje się wyżej. Przyznano zatem nadrzędną pozycję postanowieniom SIWZ odnoszącym się w szczególności do przedmiotu zamówienia.

Z cytowanym powyżej przez Odwołującego postanowień programu funkcjonalno-użytkowego wynika, że sam Zamawiający nie wyłączył możliwości wprowadzenia zmian na etapie realizacji umowy w stosunku do danych ujawnionych w ofercie i na mocy zapisów

PFU, zmian tych w razie konieczności oczekiwał. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego zakres tych zmian nie został w jakikolwiek sposób ograniczony do faktu wycofania lub zmiany urządzeń ze strony producenta. Powyższe z postanowień umowy, czy też PFU nie wynika. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że zamówienie realizowane jest w trybie „zaprojektuj i wybuduj", a więc dane przedstawione przez Zamawiającego są jedynie danymi wyjściowymi do procesu projektowania. Realizacja zadania złożonego technologicznie nieść może ze sobą konieczność, także na etapie procesu projektowego, dostosowania proponowanych rozwiązań, z zastrzeżeniem zachowania poszczególnych parametrów technicznych oferowanych maszyn oraz założeń funkcjonalnych i technologicznych wynikających z programu funkcjonalno- użytkowego. Zamieszczenie dodatkowej adnotacji o konieczności takiego dostosowania oferowanych rozwiązań przez wykonawcę Odwołującego się nie czynni treści jego oferty niezgodnej z treścią SIWZ. Warto również podkreślić, że założenie takie poczynili dwaj wykonawcy biorący udział w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego Odwołujący w każdej sytuacji zobowiązany będzie do wykonania i realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi poszczególnymi dokumentami w postępowaniu. Dokonanie samowolnych zmian jest niemożliwe i grozić może rozwiązaniem umowy bądź nałożeniem na wykonawcę kar umownych. Postanowienia umowy oraz założenia SIWZ zabezpieczają w sposób wystarczający Zamawiającego przed samowolną zmianą jakichkolwiek czy to maszyn, urządzeń lub ich parametrów przez wykonawcę. Wszelkie zmiany lub odstępstwa, jeżeli będą dopuszczalne, muszą uzyskać akceptację Zamawiającego. Nie ma zatem możliwości zmiany urządzeń na etapie realizacji zamówienia w stosunku do danych wynikających w oferty wykonawcy. Bezspornie oferowany sprzęt musi spełniać minimalne parametry określone w SIWZ i PFU.

Nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego doprowadziło do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, która w ocenie składu orzekającego nie może się ostać.

W tym zakresie osią sporu pomiędzy stronami jest odmienna ocena, czy w realiach rozpoznawanej sprawy Zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dokonując oceny przedmiotowego zarzutu, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Izba uznała, że Zamawiający unieważnił postępowanie z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Art. 93 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregokolwiek ze zdarzeń

enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie Zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiejkolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było prawidłowe, spoczywa zawsze na Zamawiającym.

Zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast według art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Powyższe regulacje gwarantują wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pewność, co do kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert. Chroni to wykonawców przed arbitralnymi decyzjami Zamawiającego w trakcie oceny ofert w zakresie unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia. Należy przyjąć, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest przynajmniej kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość i jawność postępowania oraz służącą realizacji zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), znaną wykonawcom od momentu otwarcia ofert.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy trzeba podkreślić, iż cena oferty Odwołującego (116 513 073,27 zł brutto) nie przekracza kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert (117 643 671,00 zł). Kwota taka wynika również

z protokołu ZP-PN prowadzonego w toku postępowania.

Podawana przed otwarciem ofert kwota jest pewną wartością wyrażoną liczbowo w złotówkach. Odnosić należy wartość oferty brutto do podanej przez Zamawiającego kwoty przed otwarciem ofert. Decydujące znaczenie zatem będzie mieć kwota podana bezpośrednio przed otwarciem ofert i tylko do takiego aspektu należało odnieść się rozpatrując możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Czynność ustalania szacunkowej wartości zamówienia jest irrelewantna w odniesieniu do uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przesłanki unieważnienia postępowania. (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 sierpnia 2011 roku, sygn. akt KIO 1693/11).

Dostrzeżenia również wymaga zmiana brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dokonana nowelizacją ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Obecnie nie istnieje już

---

dyferencja pojęciowa między art. 86 ust. 3 a art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, podkreślana przez orzecznictwo i sprowadzająca się do rozróżnienia sformułowań użytych w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy „zamawiający może przeznaczyć" i w art. 86 ust. 3 ustawy „zamawiający zamierza przeznaczyć" powodująca dopuszczalność zmniejszenia przez Zamawiającego przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia kwoty w okresie między datą otwarcia ofert, a datą unieważnienia postępowania. w obecnym brzmieniu ustawy ustawodawca posługuje się pojęciami tożsamymi, co potwierdza tezę, że przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnosić należy do kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert, na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w toku prowadzonej rozprawy podkreślił, że decyzja o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp podjęta została, ponieważ odrzucona została oferta z najniższą ceną mieszcząca się w jego budżecie. A zatem, jeżeli uwzględniono zarzut nieprawidłowego odrzucenia oferty, uznać należało, że nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący udowodnił tezy zaprezentowane w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, zatem że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego miały i mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając uzasadnione koszty strony postępowania - Odwołującego, w tym koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości dopuszczalnej rozporządzeniem, tj. 3 600 zł.

Przewodniczący:

……