

Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13

WYROK

z dnia 12 sierpnia 2013 r.

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

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 sierpnia 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych 26 lipca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

A. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie
– sygn. akt KIO 1811/13

B. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 1813/13

C. Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 1814/13

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („czerwona książka”) objętych Kontraktem nr 13.2B „Modernizacja zbiorników WKF wraz z budynkiem operacyjnym” w ramach Projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej – Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013* (nr postępowania OZ/321/29/13)

prowadzonym przez zamawiającego: „**Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie” sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia INSYNIERIA

RZESZÓW S.A. z siedzibą w Rzeszowie, EKO-MTK sp. z o.o. z siedzibą w Brwinowie – w sprawach o sygn. akt: KIO 1811/13, 1813/13 i 1814/13

B. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie
– w sprawie o sygn. akt KIO 1814/13

C. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie – w sprawach o sygn. akt: KIO 1811/13 i KIO 1814/13

D. Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w sprawach o sygn. akt: KIO 1811/13 i KIO 1813/13

1

Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13

orzeka:

1. Oddala odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 1811/13 i KIO 1813/13.
2. Uwzględni odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1814/13 i nakazuje zamawiającemu:
 - 2.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
 - 2.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z uwzględnieniem wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia, w jakiej pozycji (lub pozycjach) i na jakie kwoty uwzględnił w kosztorysie ofertowym roboty przygotowawcze przewidziane w ppkt 2 pkt 5.2 *Specyfikacji Technicznej ST-00/13/2 – Wymagania ogólne*, a w przypadku udzielenia wyjaśnień w tym zakresie – odpowiedniego skorygowania kosztorysu przez uwzględnienie kosztów tych robót w poz. 153, 154 i 155 zamiast w pozycji lub pozycjach, w których zostały omyłkowo wycenione bez uwzględnienia wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 15 kwietnia 2013 r. udzielonych w odpowiedzi na pytanie 7 z zestawu pytań nr 3 z 8 kwietnia 2013 r.

3. Kosztami postępowania obciąża: **w sprawie o sygn. akt KIO 1811/13 – odwołującego: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A z siedzibą w Warszawie, w sprawie o sygn. akt KIO 1813/13 – odwołującego: Warbud S.A z siedzibą w Warszawie oraz w sprawie o sygn. akt KIO 1814/13 – zamawiającego: „Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie” sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, i:**
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołujących – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A z siedzibą w Warszawie, Warbud S.A z siedzibą w Warszawie oraz Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – tytułem wpisów od odwołań,**
- 3.2. zasądza od odwołującego: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych**

2

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

- „POL-AQUA” S.A z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego: „Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie” sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3.3. zasądza od odwołującego: Warbud S.A z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego: „Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie” sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3.4. zasądza od zamawiającego: „Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie” sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie na rzecz odwołującego: Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

3

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

Uzasadnienie

Zamawiający – „Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie” sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907; dalej zwanej również „ustawą pzp”, „ppz” lub „PZP”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („czerwona książka”) objętych Kontraktem nr 13.2B „Modernizacja zbiorników WKF wraz z budynkiem operacyjnym” w ramach Projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 (nr postępowania OZ/321/29/13).*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S_053-086809 z 15 marca 2013 r., z tym, że 13 marca 2013 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.mpwik.lublin.pl), na której od 15 marca 2013 r. udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej zwaną również w skrócie „s.i.w.z.” lub „SMW”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 25.2462.449,46 zł, co stanowi równowartość 6.334.572,96 euro, w tym wartość zamówienia podstawowego na kwotę 23.147.691,33 zł.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 28.471.648,03 zł.

9 maja 2013 r. Zamawiający przekazał wykonawcom drogą elektroniczną lub faksem zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INŚYNIERIA RZESZÓW S.A. z siedzibą w Rzeszowie, EKO-MTK sp. z o.o. z siedzibą w Brwinowie {zwanymi również dalej w skrócie „Konsorcjum Inżynieria”}. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert złożonych przez: po pierwsze – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie, po drugie – Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie i, po trzecie – Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

4

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

{KIO 1811/13}

26 lipca 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – „**POL-AQUA**” S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej zwana również w skrócie „Pol-Aqua”} – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności odrzucenia oferty Pol-Aqua, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez ich zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą pzp oraz że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Art. 91 ust. 1 – przez błędne jego zastosowanie i wybór innej oferty niż oferta Odwołującego.
3. Art. 92 ust. 1 – przez jego niezastosowanie i utrudnienie Odwołującemu lub wręcz uniemożliwienie prowadzenia obrony swojego stanowiska (oferty).
4. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania, w tym dokonanie oceny oferty Odwołującego, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
5. Art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
3. Unieważnienia czynności badania i oceny ofert.
4. Powtórzenia czynności badania ofert i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, *zawierającej mieszadła typ SMI firmy WesTech (równoważne)*.
5. Nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej z *uwzględnieniem oferowanych mieszadeł typ SMI firmy WesTech (równoważnych)*.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że jako podstawę odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, czyli niezgodność oferty z ustawą oraz treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający podniósł w pierwszej kolejności, iż: *Wykonawca zaproponował w ofercie*

mieszadła zgodne z projektem, tj. typ TMA6 (poz. 156 Formularza kosztorysu ofertowego), zaś w wyjaśnieniach z dnia 25.06.2013 r. oraz 08.07.2013 r. zaoferował mieszadła typ SM12 firmy WesTech. Tym samym Wykonawca zmienił treść oferty. Po drugie – Zamawiający wskazał również, że: Analiza kosztorysu ofertowego wskazuje, że następujące pozycje

5

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

kosztorysu: (...) {pozycje: nr 1, 2, 3, 5, 153, 154, 155 i 156} zostały ustalone niezgodnie z treścią siwz i nie spełniają określonych wymagań. I dalej Zamawiający stwierdził: Biorąc pod uwagę zakres prac wymienionych w pozycjach 153, 154, 155 w ocenie Zamawiającego analizowane ceny jednostkowe nie uwzględniają wszystkich kosztów prac. Tym samym nie spełniają wymagań określonych w siwz.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wskazał, po pierwsze – na czym polega niezgodność oferty Pol-Aqua z przepisami ustawy pzp i w jakim zakresie nie odpowiada ona treści SIWZ, po drugie – jakich kosztów nie uwzględniają ceny jednostkowe w ww. pozycjach. Odwołujący zarzucił w związku z tym, że powyższa treść zawiadomienia nie zawiera kompletnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia jego oferty, a tym samym nie spełnia wymagań określonych w art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp.

Odnosząc się generalnie do podanej przez Zamawiającego podstawy prawnej odrzucenia oferty, Odwołujący podniósł, że jego oferta jest zgodna z ustawą pzp oraz odpowiada treści SIWZ. Zdaniem Odwołującego za utrwalony w orzecznictwie należy uznać pogląd, że obowiązek odrzucenia oferty aktualizuje się, gdy wykonawca zaoferuje przedmiot, który nie odpowiada wymaganiom zamawiającego wynikającym z SIWZ. Z tym obowiązkiem koresponduje obowiązek weryfikacji treści oferty w tym zakresie oraz wymóg wyjaśnienia wszystkich okoliczności, które budzą wątpliwości zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że w każdym przypadku uznania przez zamawiającego złożonej oferty za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp, powinno się to opierać się na pewnych dowodach i nie powinno budzić najmniejszych wątpliwości istnienie przesłanek do odrzucenia oferty, przy czym ciężar dowodu ciąży w tym zakresie na zamawiającym. Odwołujący podał, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 14 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2890/12): *Odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy, gdyż przesłanek do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych, nie można interpretować rozszerzająco, a Zamawiający nie może – odrzucając ofertę – opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdyż to na nim – w przypadku podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty – spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy oraz pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości przedmiotu zamówienia. Natomiast według wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 19 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2434/12): przepis art. 89 ust. 1 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych, jako przepis skutkujący eliminacją wykonawcy z postępowania i ograniczeniem konkurencyjności postępowania, musi być wykładany ściśle.*

6

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

{brak zmiany treści złożonej oferty przez Pol-Aqua}

Zdaniem Odwołującego Zamawiający sam przyznał, że: *Wykonawca zaproponował w ofercie mieszadła zgodne z projektem, tj. typ TMA6 (poz. 156 Formularza kosztorysu ofertowego.)* {str. 3 zawiadomienia} Odwołujący podał, że zgodnie z poz. 156 kosztorysu Zamawiający wymagał mieszadeł do WKF (np. typ TMA 6). W ocenie Odwołującego Zamawiający przykładowo wskazał na typ TMA 6. Odwołujący podniósł jednocześnie, że zgodnie z art. 30 ust. 4 i 5 pzp zamawiający opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Natomiast wykonawcy są uprawnieni

do zaferowania rozwiązań równoważnych. Muszą jedynie wykazać, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Odwołujący podał, że Zamawiający pismem z 19 czerwca 2013 r. {str. 18 pisma} wezwał Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, w związku z wątpliwościami dotyczącymi złożonej w ramach oferty kalkulacji ceny o udzielenie wyjaśnień odnośnie wybranych cen jednostkowych podanych przez Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że wyżej wymienione pismo stanowi również wystąpienie skierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 pzp o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący wskazał, że udzielił obszernej i wyczerpującej odpowiedzi w piśmie z 25 czerwca 2013 r. Następnie udzielił jeszcze dodatkowej odpowiedzi w piśmie z 8 lipca 2013 r. – w związku ze wskazaniem w poprzednim piśmie na ofertę producenta mieszadła typ SM12 firmy WesTech, równoważnego do mieszadła typu TMA6 określonego w dokumentacji projektowej.

Według Odwołującego pismem z 25 czerwca 2013 r. potwierdził zgodnie z zaproponowanymi mieszadłami w treści oferty, że mieszadła typ SM12 firmy WesTech są równoważne do tych przykładowo zaproponowanych przez Zamawiającego w treści opisu pozycji przedmiaru. W opinii Odwołującego Zamawiający uznał mieszadła typ SM12 firmy WesTech za równoważne do mieszadeł typu TMA6 określonych w SIWZ. Odwołujący podał, że do pisma załączył opis techniczny wraz z rysunkiem, które jego zdaniem potwierdzają wszystkie parametry zaferowanego mieszadła jako spełniające wymagania SIWZ. Według Odwołującego Zamawiający w pierw nie zakwestionował parametrów technicznych oferowanych mieszadeł, co oznacza, że są one zgodne z treścią SIWZ, następnie jednak bezzasadnie uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Zdaniem Odwołującego z jednej strony Zamawiający w zawiadomieniu stwierdził, że Odwołujący zmienił w sposób nieuprawniony treść oferty poprzez wskazanie na urządzenie równoważne. Z drugiej strony – jak się wydaje Odwołującemu – taką zmianę uznał za skuteczną, gdyż – jak się wydaje

7

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

Odwołującemu – Zamawiający uznał, że skoro Odwołujący wskazał na urządzenia równoważne, to powinien do oferty załączyć stosowne dokumenty potwierdzające, że mieszadła podane w wyjaśnieniach z 25 czerwca 2013 r. są równoważne do określonych w dokumentacji projektowej.

W ocenie Odwołującego powyższe wskazuje na wadliwość, a zatem nieskuteczność odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, gdyż Odwołujący ma prawo zaferować mieszadła równoważne do mieszadeł określonych przez Zamawiającego. Wątpliwości Zamawiającego w toku oceny ofert dotyczyły cen wybranych pozycji kosztorysu, a nie oferowanych mieszadeł. *Mieszadeł zaferowanych przez Odwołującego się, ich parametrów i całkowitej zbieżności z parametrami zasugerowanymi w przedmiarze Zamawiający nie kwestionował i tym samym zaakceptował je jako równoważne.*

{brak rażąco niskiej ceny w ofercie Pol-Aqua}

Odwołujący ponadto zauważył, że pomimo skierowania przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 pzp, podstawą odrzucenia jego oferty nie była rażąco niska cena. Zamawiający nie wskazał na art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, podstawa taka nie wynika również z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący oświadczył, że zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami z 25 czerwca 2013 r. potwierdza, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, a ceny jednostkowe uwzględniają wszystkie koszty prac i spełniają wymagania określone w SIWZ. Zarówno ceny jednostkowe jak i cena łączna mają charakter realny i odpowiadają cenom rynkowym. Odwołujący wskazał, że łączna wartość pozycji kosztorysu, co do których cen Zamawiający miał wątpliwości (tj. 1, 2, 3, 5, 153, 154 i 155), stanowi jedynie 1,29 % wartości całkowitej oferowanej ceny. Zdaniem Odwołującego nawet gdyby uznać, że poszczególne ceny jednostkowe są rażąco niskie, to i tak nie miałyby to znaczącego wpływu na całkowitą oferowaną cenę i nie mogłyby stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Odwołujący stwierdził, że nie widzi logiki w zarzucaniu rażąco niskiej ceny mieszadeł uwzględnionych w pozycji 156 kosztorysu, gdyż są one równoważne do tych, które przykładowo zasugerował Zamawiający w przedmiarze. Z kolei ich wartość rynkowa jest znana Zamawiającemu, gdyż

Odwołujący udzielił wyczerpujących wyjaśnień, przedstawiając aktualną cenę rynkową wynikającą z rzetelnie opracowanej oferty. Odwołujący dodał, że cena rynkowa to cena która obowiązuje w danym czasie i na określony zaoferowany zakres i nie można jej bezzasadnie kwestionować.

Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 11 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 737/13) *rażąco niska cena odnosi się do ceny za cały przedmiot zamówienia, a nie do poszczególnych pozycji kosztowych, co wynika*

8

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

jednoznacznie z brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, w związku z art. 90 ust. 3 ustawy PZP. Niedopuszczalne jest automatyczne klasyfikowanie oferty z najniższą ceną jako zawierającą rażąco niską cenę jedynie na podstawie jednostkowych pozycji kosztowych. Odwołujący dodał, że podobne orzeczenie wydała Krajowa Izba Odwoławcza 17 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2071/12).

{art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 pzp a art. 44 ustawy o finansach publicznych}

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający winien ze względu na swój interes ekonomiczny i publiczny, przejawiający się w konieczności celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych, podjąć działania zmierzające do poprawienia oferty Odwołującego i ostatecznego wyjaśnienia wszelkich ewentualnych wątpliwości, stosując wszystkie instrumenty przewidziane ustawą pzp służące do należytej oceny ofert i w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Zaniechanie podjęcia wszystkich dopuszczalnych działań i bezpośrednio odrzucenie oferty Odwołującego bez próby podjęcia ostatecznego wyjaśnienia wątpliwości co do treści oferty naruszyło zasadę racjonalnego działania podmiotu publicznego w wydatkowaniu środków publicznych, opisaną w art. 44 ustawy o finansach publicznych, oraz naruszyło prawo Odwołującego do uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że instrumenty przewidziane w ustawie pzp, w tym określone w art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3, stanowią rozwiązania, które mają przyczynić się do podniesienia efektywności i racjonalności wydatkowania środków publicznych, tak, aby nastąpiło zawarcie umowy z wykonawcą, który złożył ofertę faktycznie najkorzystniejszą ekonomicznie. Według Odwołującego w orzecznictwie podkreślano wielokrotnie, że konieczne jest dopełnienie przez zamawiającego wszelkich starań umożliwiających osiągnięcie celu w postaci wyłonienia oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji postępowanie zamawiającego należy oceniać biorąc pod uwagę cel, za którego osiągnięcie był odpowiedzialny, realne warunki (okoliczności faktyczne), w których podejmował decyzję oraz skuteczność rozumianą jako uzyskanie optymalnej relacji między wyznaczonymi celami a osiągniętymi efektami ich realizacji.

W tym kontekście Odwołujący wskazał, że jego oferta – opiewająca na kwotę 22.606.000,00 zł – jest najbardziej korzystna pod względem ekonomicznym. Natomiast oferta wybrana przez Zamawiającego uplasowana na czwartym miejscu pod względem wysokości ceny i opiewa na kwotę 28.677.450,00 zł. Odwołujący zarzucił, że wskutek opisanych w odwołaniu naruszeń prawa Zamawiający zdecydował się odrzucić ofertę Odwołującego i wybrać ofertę aż o 6.071.450 zł droższą. W konsekwencji Zamawiający nie zrealizował celów stawianych mu przez ustawodawcę, w szczególności nie zadbał o to, aby

9

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

powierzone mu środki publiczne zostały wydatkowane w sposób efektywny i racjonalny. *Mimo posiadanych instrumentów prawnych nie doprowadził do tego, aby wybrana została oferta najkorzystniejsza ekonomicznie, tj. oferta Odwołującego, ale spowodował, że w związku z przedmiotowym zamówieniem konieczne będzie wydatkowanie większych kwot niż jest to celowe*

{KIO 1813/13}

26 lipca 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej zwana również w skrócie „Warbud”} – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności odrzucenia oferty Warbudu oraz zaniechania odrzucenia innych ofert, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez uznanie, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ i jej odrzucenie; ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 – przez zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego.
2. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, tj. poprzez uznanie iż oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ i jej odrzucenie, podczas gdy wystąpienie analogicznej sytuacji w ofertach złożonych przez Budimex Budownictwo sp. z o.o. {dalej zwaną również w skrócie „Budimex”} z siedzibą w Warszawie oraz Konsorcjum Inżynieria nie spowodowało odrzucenia tych ofert.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Budimex i Konsorcjum Inżynieria, pomimo że treść tych ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
4. Art. 92 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Budimex na podstawie innych okoliczności niż wskazane w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a tym samym zaniechanie wskazania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych, na podstawie których oferta Budimexu powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Inżynieria.
4. Odrzucenia oferty Budimexu na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

10

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

5. Uzupełnienia informacji o odrzuceniu oferty Budimexu o zarzuty przedstawione w odwołaniu.
6. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i ewentualnie poprawienia omyłek w treści oferty Odwołującego.
7. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

I. zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego

A. {zarzut braku niezgodności parametrów oferowanego mieszadła z wymaganiami SIWZ}

Odwołujący podał, że w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał, że Odwołujący zaoferował mieszadła typu SM2 firmy WesTech jako równoważne do opisanych w projekcie. W ocenie Zamawiającego z dokumentów załączonych do oferty i wyjaśnień nie wynika, że urządzenia zostały zaoferowane z zachowaniem tych samych standardów technicznych, technologicznych i jakościowych jak opisane w SIWZ, oraz, że urządzenia są równoważne do określonych w dokumentacji projektowej. Ponadto Zamawiający zarzucił, że Odwołujący przedstawił trzy opisy techniczne dotyczące tego samego mieszadła SM2, z których wynika pięć różnych charakterystyk obrotów wydajności i wymaganej mocy silnika. Zdaniem Zamawiającego z wyjaśnień z 24 czerwca oraz 5 lipca 2013 r. wynika odpowiednio, że:

- przy wymaganej przez Zamawiającego wydajności obroty mieszadła są mniejsze od założonych przez projektanta i zawartych w SIWZ oraz potwierdzonych w ofercie,
- przy obrotach pożądanym przez projektanta wydajność wyniesie 3630 m³/h, a zatem będzie wyższa od wymaganej.

W konsekwencji zdaniem Zamawiającego oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ, gdyż jeżeli mieszadło będzie pracowało z wydajnością założoną przez projektanta, to jego obroty

będą za małe, natomiast jeżeli mieszadło będzie miało obroty zgodne z projektem, to urządzenie osiągnie wydajność większą od wymaganej.

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w wymaganiach określonych przez niego w SIWZ, gdyż jest oparte na błędnym założeniu, że obie podane wartości (tj. zarówno wymagana liczba obrotów, jak też wymagana do osiągnięcia wydajność) były wielkościami stałymi. Tymczasem według Odwołującego z dokumentacji postępowania wynika, że tylko liczba obrotów została określona jako wartość stała (niezmienna), natomiast wydajność – jako pochodna obrotów – została podana przez Zamawiającego jako wartość minimalna.

Odwołujący powołał się na treść Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót

11

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

budowlanych {zwanej również dalej w skrócie „STWiORB” lub „ST”} ST04/13/2, pkt 2.1.2 {str. 137}, w której określono:

– obroty – wymagana prędkość obrotowa jest parametrem stałym i wynosi 495 obr/min;
– wydajność – została określona jako zdolność mieszania (...) *nie mniej niż 8 razy objętość zbiornika na dzień.*

– moc – wymagana moc znamionowa silnika nie większa niż 22 kW.

Z kolei w zamiennym projekcie budowlanym Zamawiający określił zdolność mieszania *jako przepływ osadu w wielkości 3060 m³/h* {część *Technologia*, str. 6}.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 3 Tomu II SIWZ – Kontrakt, w którym Zamawiający określił hierarchię ważności dokumentów, STWiORB mają pierwszeństwo przed dokumentacją projektową. Wobec tego według Odwołującego z powyższych postanowień wynika, że obroty zostały określone jako wartość stała, natomiast wydajność jako wartość minimalna, tzn. wydajność mieszadła musi być co najmniej równa 3060 m³/h lub większa.

Odwołujący oświadczył, że jego oferta jest zgodna z SIWZ, a informacje podane przez niego zarówno w treści oferty, jak również w wyjaśnieniach nie są ze sobą sprzeczne. Odwołujący podniósł, że zaoferował mieszadło WesTech o następujących parametrach w zakresie obrotów, wydajności i mocy.

{obroty}

Według Odwołującego zarówno w ofercie {str. 233}, jak i wyjaśnieniach z 24 czerwca 2013 r. i 5 lipca 2013 r. {str. 3} wskazał, że mieszadła WestTech spełniają warunek wymaganej prędkości obrotowej 495 obr/min. W szczególności jednoznacznie ten fakt potwierdza *certyfikowany wykres* przedłożony w wyjaśnieniu z 5 lipca 2013 r. na prośbę Zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, że ponieważ obroty mieszadła są niezmiennym parametrem, prawidłowa interpretacja wykresu polega na odczytaniu z krzywej wydajności odpowiedniej wartości dla zadanej prędkości obrotowej 495 obr/min.

{wydajność}

Zdaniem Odwołującego na stronie 233 oferty potwierdził zdolność mieszania powyżej 8 razy objętości zbiornika na dzień. *Odwołujący zawierając w ofercie przetargowej na stronie nr 233 informację o przepływie jako 3060m³/h, a w wyjaśnieniach z dnia 24.06. 2013 r. i wyjaśnieniu z dnia 5 lipca 2013 (str. 3) przepływ osadu >3060m³/h dał potwierdzenie, że zaproponowane mieszadło jest równoważne do typu wskazanego w Dokumentacji Projektowej oraz że spełnia wymagania określone w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.*

{moc}

12

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

Według Odwołującego zarówno w ofercie, jak i w wyjaśnieniach podawał moc nie większą niż 22 kW. Tymczasem Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odniósł się do zupełnie innego parametru, tj. mocy pobieranej, której wartość jest niższa niż wskazana przez

Zamawiającego wartość maksymalna.

W ocenie Odwołującego zarzut Zamawiającego, że w ofercie i późniejszych wyjaśnieniach podano zupełnie różne parametry mieszadła jest bezpodstawny. Zdaniem Odwołującego Zamawiający próbuje odczytywać wykres w sposób odwrotny, tj. jako stałą wartość przyjmując wydajność i do tej wydajności przypisuje obroty. Na tej podstawie Zamawiający stwierdził, że zaoferowane mieszadło ma za małe obroty, gdyż minimalną wydajność (3060 m³/h) osiąga już przy obrotach 425 obr/min. Według Odwołującego przyjęcie przez Zamawiającego jako podstawy odrzucenia oferty założenia o wydajności mieszadła równej 3060 m³/h i na siłę dopasowanie do niej parametru prędkości obrotowej jest błędne. W opinii Odwołującego Zamawiający całkowicie pominął okoliczność, że przy wymaganej (i określonej w SIWZ jako wartość stała) prędkości obrotowej 495 obr/min wydajność mieszadła WesTech wynosi co najmniej 3060 m³/h, co jest nie tylko zgodne z wymaganiami SIWZ, lecz potwierdza zastosowanie urządzenia o parametrach wyższych od zaprojektowanego. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w części technologicznej projektu budowlanego zamiennego {str. 9} Zamawiający określił, że zarówno poziom zwierniada osadu, jak i zawartości suchej masy osadu mogą ulegać zmianie. Według wiedzy Odwołującego w jakimkolwiek urządzeniu mechanicznym pompującym wraz ze zmianą tych parametrów (zmianą oporów przepływu) ulegać zmianie będzie wydajność. Odwołujący wyjaśnił, że wskazał wydajność mieszadła WesTech jako wynoszącą >3060 m³/h, co gwarantuje, że wraz ze zmianą poziomu osadu lub/i suchej masy osadu zawsze będzie zachowana wymagana wydajność co najmniej 3060 m³/h.

B. {zarzut braku niezgodności instalacji do gaszenia piany z wymaganiami SIWZ}

Odwołujący nie zgodził się również z zarzutem Zamawiającego, że przewidział zastosowanie do gaszenia piany wody wodociągowej zamiast wody technologicznej, jak tego wymagał opis zawarty na str. 9 Tomu Technologia {Tom V SIWZ – Dokumentacja projektowa}.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w ogóle nie wymagał przedstawienia w ofercie opisu zastosowanej instalacji gaszenia piany. Takie wymaganie znalazło się dopiero w wezwaniu z 19 czerwca 2013 r. Zdaniem Odwołującego skoro Zamawiający nie wymagał opisu w ofercie, na późniejszym etapie postępowania nie może traktować tego opisu jako części oferty i na jego podstawie odrzucić oferty.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach z 24 czerwca 2013 r. dwukrotnie

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

odnosił się do wody, za pomocą której odbywać się będzie zraszanie, przy czym w jednym miejscu popełnił oczywistą omyłkę używając sformułowania „woda wodociągowa” zamiast „woda technologiczna”. Zdaniem Odwołującego charakter tej omyłki jest oczywisty, gdyż Zamawiający w dokumentacji projektowej przewidział dokładnie, gdzie ma być podłączona instalacja gaszenia piany – określając, że woda technologiczna na potrzeby gaszenia piany będzie doprowadzona nie inaczej, jak z istniejącej instalacji wody technologicznej.

Odwołujący wywiódł, że nawet jeżeli Zamawiający uznał, że wyjaśnienia stanowią element treści oferty, to winien poprawić omyłkę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 pzp.

II. zarzuty dotyczące niewskazania wszystkich podstaw odrzucenia oferty Budimex oraz zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Inżynieria

Odwołujący podał, że w pkt 2.1.2 ST04/13/2 {str. 137} STWiORB Zamawiający wymagał, aby zaproponowane przez wykonawców mieszadła posiadały między innymi następującą cechę: *Możliwość wyciągnięcia całego mieszadła wraz z wirnikiem ze zbiornika bez konieczności jego opróżniania.* Natomiast w projekcie budowlanym zamiennym, w pkt 7 *Opis zmian w projekcie budowlanym wykonawczym* {strona 9} napisano: *W niniejszym projekcie zamiennym zaprojektowane zostało mieszadło z krótszym wałem, co wynikało ze zmian w konstrukcji kopuł zbiorników WKF. Parametry mieszadła nie zmieniły się w stosunku do poprzedniej wersji projektu wykonawczego. W stosunku do projektu pierwotnego zrezygnowano ze stalowej kopuły, a niezbędną armaturę zainstalowano w żelbetonowej kopule WKF-u*

Odwołujący zarzucił, że zaproponowane przez Budimex oraz Konsorcjum Inżynieria mieszadło typu TMA 6 przeznaczone do montażu w żelbetonowej kopule nie posiada

możliwości wyciągnięcia całego mieszadła wraz z wirnikiem... z następujących powodów. Zabetonowanie na stałe obudowy mieszadła, stanowiącej jeden z elementów składowych mieszadła, do której zamocowany jest silnik, wał i wirnik mieszadła, uniemożliwia podczas demontażu wyciągnięcie całego mieszadła wraz z wirnikiem. Bez wykucia obudowy mieszadła można zdemontować jedynie niektóre elementy mieszadła. Zgodnie informacjami uzyskanymi przez Odwołującego od producenta mieszadła firmy Hermann Traxler, aby wyjąć mieszadło typu TMA 6, model do montażu w żelbetowej kopule, należy kolejno i oddzielnie zdemontować silnik, następnie stojak/cokół silnika i następnie w jednej całości wał, łożysko oporowe, dysk i wirnik. Zdaniem Odwołującego jednoznacznie potwierdza to, że zaproponowane mieszadło nie posiada możliwości wyciągnięcia całego mieszadła wraz z wirnikiem ze zbiornika... Dla spełnienia warunku wyciągnięcia całego (wraz z obudową) mieszadła wraz z wirnikiem konieczne byłoby wykucie z kopuły zabetonowanej obudowy mieszadła, co z kolei wiąże się z koniecznością odgazowania i opróżnienia zbiornika.

14

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

Według Odwołującego potwierdza to tym samym, że bez opróżnienia zbiornika nie ma możliwości wyciągnięcia zaproponowanego mieszadła wraz z wirnikiem ze zbiornika.

{Odwołujący zamieścił w odwołaniu rysunek mieszadła typu TMA model do montażu w żelbetowej kopule, podając jako źródło katalog w formacie PDF *Hermann Traxler – Mechanical Engineering and Lathe Works* ze strony producenta (www.h-traxler.de)}

III. {zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców}

Odwołujący podał, że w pkt 2.1.2 ST04/13/2 {str. 137} STWiORB Zamawiający podał również następującą wymaganą cechę mieszadła: *Prędkość obrotowa 495 obr/min*.

Odwołujący zarzucił, że zaproponowane mieszadło typu TMA 6 w ofercie Budimex oraz Konsorcjum Inżynieria posiada niższe obroty niż wymagane, gdyż prędkość obrotowa tego mieszadła wynosi 475 obr/min. Odwołujący na dowód zamieścił w odwołaniu tabelę pochodzącą z powyżej przywołanego folderu producenta, w której dla TMA 6 podano następujące parametry: prędkość – 475 min⁻¹, przepływ – 3060 m³/h, objętość – 12.200 WKF do m³, moc pob. – 18,00 kW, moc znamionowa – 22 kW. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że dane te dotyczą możliwości mieszania 6 razy na dzień, a Zamawiający wymagał co najmniej 8 razy na dzień (str.137 ST 04/13/2, pkt 2.1.2).

Odwołujący podniósł, że jeżeli jednak istnieje możliwość zwiększenia obrotów mieszadła do wymaganej przez Zamawiającego prędkości 495 obr/min, to – analogicznie jak to ma miejsce w przypadku mieszadła zaoferowanego przez Odwołującego – wzrośnie również wydajność. W konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie i zaniechanie odrzucenia ofert Budimex i Konsorcjum Inżynieria stanowi rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Według Odwołującego powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w postaci wyroków Izby – z 6 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 997/12), z 9 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2844/12) i z 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12 i KIO 2416/12) {fragmenty uzasadnień zostały przytoczone w odwołaniu}.

{KIO 1814/13}

26 lipca 2013 r. (pismem z 25 lipca 2013 r.) Odwołujący – Budimex Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu), zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 – przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w wyniku czego nastąpiło odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie

15

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

wyboru oferty wykonawcy, który zaproponował cenę wyższą od Odwołującego, przy jedynym kryterium oceny w postaci najniższej ceny. Jednocześnie dalsze przepisy {wskazane w następnych pkt} Zamawiający zastosował w ten sposób, że odrzucił na ich podstawie wyłącznie ofertę Odwołującego, a zaniechał odrzucenia oferty innych wykonawców – w szczególności oferty wybranego wykonawcy, mimo takiej samej sytuacji faktycznej.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że oferta ta jest zgodna z SIWZ i nie podlega odrzuceniu.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej, mimo iż została złożona z naruszeniem przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez tego wykonawcę.
5. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Inżynieria.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.
4. Odrzucenia oferty Konsorcjum Inżynieria ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
5. Odrzucenia oferty Pol-Aqua na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.
6. Dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

I. zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp

{brak niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ}

Odwołujący podał, że Zamawiający wskazał jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, to jest, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ dotyczącymi sposobu obliczania ceny oferty (pkt 25 SIWZ) oraz zasadami wyceny robót opisanych i wyszczególnionych w przedmiarze robót (Załącznik nr 13 Wzór Formularza kosztorysu ofertowego – *Przedmiar robót do wypełnienia*):

16

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

– ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę w pozycjach Przedmiaru Robót muszą zawierać wszystkie koszty kompletnego wykonania robót;

– przy wycenie robót opisanych i wyszczególnionych w Przedmiarze Robót należy uwzględnić udział robót tymczasowych, prac towarzyszących, zużycie materiałów niezbędnych do kompletnego i należytego wykonania prac oraz ryzyko z tym związane.

Odrzucając ofertę Odwołującego, Zamawiający zarzucił, iż:

– pozycja nr 6 kosztorysu ofertowego – Zabezpieczenie powierzchni wewnętrznych zbiorników – powłoka z elastomeru polimocznikowego (np. Flexi guard) – nowy beton – cena jednostkowa 85,64 PLN/m³,

– pozycja nr 8 kosztorysu ofertowego – Zabezpieczenie powierzchni wewnętrznych zbiorników – powłoka z elastomeru polimocznikowego (np. Flexi guard) – ściany walcowe i strop stożkowy – cena jednostkowa 85,64 PLN / m³,

– pozycja nr 111 kosztorysu ofertowego – Pompy obiegowe inst ct - H=1,91 m, przepływ V=37,72 m³, moc 780 W – cena jednostkowa 2.946,69 PLN/kpi,

– pozycja nr 124 kosztorysu ofertowego – Sterownik z termostatem – cena jednostkowa – 402,15 PLN/szt.,

– pozycja nr 138 kosztorysu ofertowego – Sterownik z termostatem – cena jednostkowa 402,15 PLN/szt.,

– pozycja nr 153 kosztorysu ofertowego – Demontaż instalacji i wyposażenia

technologicznego – WKF2 – cena jednostkowa 21.327,43 PLN/kpl.,
– pozycja nr 154 kosztorysu ofertowego – Demontaż instalacji i wyposażenia technologicznego – WKF3 – cena jednostkowa 21.327,43 PLN/kpl.,
– pozycja nr 155 kosztorysu ofertowego – Demontaż instalacji i wyposażenia technologicznego – WKF4 – cena jednostkowa 21.327,43 PLN/kpl.;
– pozycja nr 173 kosztorysu ofertowego – Zasuwa nożowa z nap. ręcznym Dn 200 – cena jednostkowa – 1.700,84 PLN/kpl.;
– pozycja nr 223 kosztorysu ofertowego – Dostawa i montaż instalacji uziemiającej, odgromowej i połączeń wyrównawczych – cena jednostkowa 25.322,82 PLN/m²,
– pozycja nr 224 kosztorysu ofertowego – Dostawa i montaż oświetleniowych gniazd i wtyczek obejmujących ułożenie przewodów, rur instalacyjnych, montaż puszek i gniazd i łączników oraz opraw oświetleniowych zewnętrznych, sodowych, żarowych, przeszkodowych i wewnętrznych świetłokowych – cena jednostkowa 11.300,73 PLN/kpl.,
– pozycja nr 237 kosztorysu ofertowego – Czujnik ciśnienia z przetwornikiem na odpływie biogazu, wyjście sygnału prądowego 4...20 mA, wykonanie Ex – cena jednostkowa – 2.916,15 PLN/kpl.,

17

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

zostały ustalone niezgodnie z SIWZ i nie spełniają określonych wymagań.

Zdaniem Zamawiającego w szczególności pozycje 153, 154 oraz 155 nie uwzględniają wszystkich kosztów prac, gdyż zawarte w nich ceny są dziesięciokrotnie mniejsze od cen rynkowych. Tym samym nie spełniają one wymagań zawartych w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że 19 czerwca 2013 r. na podstawie art. 87 ust. 1 pzp Zamawiający zwrócił się do niego z prośbą o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących złożonej w ramach oferty kalkulacji cen w zakresie cen jednostkowych wymienionych w powyższych pozycjach kosztorysu ofertowego. Wątpliwości te dotyczyły w szczególności zgodności pozycji kosztorysu z treścią SIWZ. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący potwierdził, że dołączony do oferty kosztorys ofertowy został sporządzony w całości zgodnie z wymogami określonymi w pkt 25 SIWZ i przedmiarem robót, w tym z ich szczegółowym opisem, charakterem i technologią zawartą w dokumentach przetargowych. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że ceny za poszczególne pozycje obejmują prace opisane w tych pozycjach, a Odwołujący nie dokonywał żadnych modyfikacji opisu pozycji w stosunku do przekazanego przez Zamawiającego wraz SIWZ przedmiaru robót. Ceny wątpliwych pozycji zawierają zarówno koszty materiałów, robocizny, sprzętu, koszty ogólnych i zysk. Jednocześnie wątpliwe pozycje kosztorysowe zostały obliczone na podstawie:

- oferty profesjonalnych podwykonawców (specjalizujących się w wykonywaniu prac w obiektach przemysłowych takich jak oczyszczalnie ścieków czy stacje uzdatniania wody);
- analizy aktualnych stanów magazynowych wybranych asortymentów materiałów, pozwalających na ich zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu;
- optymalizacji procesu budowlanego dla niektórych rodzajów robót poprzez przyjęcie rozwiązań organizacyjnych wpływających na znaczące obniżenie kosztów robocizny i sprzętu, pozwalające tym samym na zróżnicowanie cen.

Zdaniem Odwołującego w związku z powyższym jeżeli Zamawiający miał wątpliwości, czy dany punkt kosztorysu zgodny był z wymogami SIWZ, z wyjaśnień tych jednoznacznie wynika, że Odwołujący potwierdził wykonanie wskazanych elementów prac w całości, biorąc pod uwagę wszystkie wymagania SIWZ, za cenę, którą wskazał w poszczególnych punktach kosztorysu ofertowego.

Odwołujący zarzucił, że chociaż Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, to nie wyjaśnił na czym owa niezgodność oferty z postanowieniami SIWZ miałaby polegać. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wskazał w pkt 44.6 SIWZ (Tabele przedmiaru robót) żadnych minimalnych wartości jakich wymagał w celu wykonania poszczególnych elementów robót znajdujących się w kosztorysie ofertowym (to znaczy Zamawiający nie określił żadnych cen minimalnych). Wręcz przeciwnie – w pkt 25 SIWZ

18

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

(opisie sposobu obliczania ceny) i przedmiarze robót – Zamawiający wskazał w jaki sposób wymaga wyliczenia oferowanych w kosztorysie cen. Według Odwołującego jednoznacznie potwierdził gotowość wykonania całości robót w kwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach kosztorysu za wskazane w ofercie ceny, przy czym ceny podane w kosztorysie zostały wyliczone z należytą starannością i obejmowały wszelkie wymogi SIWZ.

Ponadto zdaniem Odwołującego nawet jeżeli przyjąć sposób rozumowania Zamawiającego w zakresie niezgodności oferty z SIWZ, to Zamawiający nie udowodnił istnienia takiej sprzeczności. Zamawiający nie określił bowiem jaki zakres robót ma być niewykonany przez Odwołującego w związku ze złożoną przez niego ofertą lub jakich elementów zamówienia nie uwzględnia oferta złożona przez Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że hipotezą normy art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp objęta jest sytuacja, gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ w taki sposób, że można mówić o pominięciu pewnego zakresu świadczenia. Powyższą tezę potwierdza m.in. wyrok Izby z 16 sierpnia 2012 r. (sygn. akt 1647/12), zgodnie z którym *niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, to m.in. niezgodność, co do zakresu świadczenia, sposobu realizacji zamówienia czy zaoferowania przedmiotu zamówienia, który nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ*. Oznacza to, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona w inny sposób, niż przewidują to postanowienia SIWZ. Inność polega m.in. na zaoferowaniu przedmiotu zamówienia, który nie odpowiada określonemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i Innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem podstawę do ewentualnego odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ może stanowić jedynie treść merytoryczna danej oferty. W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność oferty z SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego, czyli jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (wyrok Izby z 30 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 103/13). Podstawa do stwierdzenia tej niezgodności może wynikać np. z zaproponowania przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji odmiennego od wymaganego przez zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia jego oferty, gdyż nie wynika z niej odmienny zakres zamówienia, a więc pomiędzy ofertą a SIWZ nie zachodzą żadne rozbieżności. Odwołujący zgodnie z żądaniem Zamawiającego wycenił każdy element robót wskazany w kosztorysie z należytą starannością, w ten sposób aby zaoferowane ceny uwzględniały wymagania SIWZ. W ocenie Odwołującego o sprzeczności oferty z SIWZ można byłoby mówić, gdyby wykonawca w złożonej ofercie wprost wyraził

19

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

zamiar odstąpienia w zakresie realizacji jakiegoś elementu przedmiotu zamówienia tzn. zaniechał dokonania wyceny jakiegoś elementu.

{nierówne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego}

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ w związku z niską ceną wskazaną w ww. pozycjach kosztorysu ofertowego, podczas gdy w sytuacji odwrotnej, tzn. istnienia znacznych różnic w cenach zaoferowanych przez Odwołującego (który w danej pozycji kosztorysowej wycenił prace wysoko) w stosunku do cen oferowanych przez innych wykonawców (którzy wycenili dany element na bardzo niskim poziomie), Zamawiający nie widział żadnej niezgodności z SIWZ ofert innych wykonawców. Jako przykład Odwołujący podał pozycję nr 1 i 2 kosztorysu ofertowego, tj. rozbiórka konstrukcji żelbetowych wg analizy stanu istniejącego 23 m 2 oraz elementy żelbetowe WKF nr 1 z betonu B 37 (...). Pozycje te zostały wycenione przez Odwołującego odpowiednio na kwotę 1.210.337,97 zł i 1.247.503,55 zł, podczas gdy Konsorcjum Inżynieria wyceniło te pozycje na kwoty odpowiednio 36.477,31 zł oraz 672.996,15 zł. Pomimo tak ogromnej różnicy w cenach Zamawiający nie miał jednak żadnych wątpliwości co do zgodności oferty wybranego konsorcjum z SIWZ i zaniechał wezwania tego wykonawcy

do złożenia wyjaśnień. Odwołujący zarzucił, że w ten sposób Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. Odwołujący nadmienił, że podobnych przypadków w oparciu o złożone do oferty kosztorysy jest co najmniej kilkanaście. Odwołujący stwierdził ma tej podstawie, że swoje „wątpliwości” Zamawiający podejmował bez wyraźnego klucza.

{oferta Konsorcjum Inżynieria jako czyn nieuczciwej konkurencji}

Dla Odwołującego z uzasadnienia odrzucenia jego oferty wynika, że szczególnie nacisk Zamawiający położył na niezgodność oferty z SIWZ w zakresie pozycji 153, 154 oraz 155, gdyż zdaniem Zamawiającego rynkowa cena tych robót jest dziesięciokrotnie wyższa. Według Odwołującego wysokość tych cen rynkowych Zamawiający ustalał w oparciu o ofertę Konsorcjum Inżynieria. Odwołujący podkreślił, że w poprzednim przetargu na przedmiotowe zamówienie, przeprowadzonym dwa lata wcześniej, Odwołujący, jak również inni wykonawcy wycenili pozycje określone aktualnie pod numerem 153, 154 i 155 na tym samym poziomie co obecnie, tj. pomiędzy 20.000,00 zł a 30.000,00 zł. W opinii Odwołującego potwierdza to, że proponowane ceny są cenami rynkowymi i odpowiadają wartości tych prac. Natomiast oferta wybrana wycenia te prace rażąco wysoko. Według Odwołującego Zamawiający mimo to zdaje się nie dostrzegać, że wycena taka wynika z faktu, iż prace związane z pozycjami 153, 154 i 155 mają być wykonywane jako jedne z pierwszych. Tym samym wycenienie tychże robót przez wybranego wykonawcę na tak wysokim poziomie stanowi próbę otrzymania zapłaty już na początku realizacji kontraktu. Odwołujący zarzucił, że stanowi to

20

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

czyn nieuczciwej konkurencji wynikający z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

{nierówne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego}

Według Odwołującego sam Zamawiający potwierdza, że kosztorys ofertowy traktuje w sposób elastyczny i nie od wszystkich wykonawców wymaga, aby w danej pozycji uwzględnione były wszystkie koszty danych robót.

Odwołujący podał, że 19 czerwca 2013 r. Zamawiający zwrócił się z prośbą do Konsorcjum Inżynieria o udzielenie wyjaśnień odnośnie podanych cen jednostkowych m.in. w zakresie:

– pozycji nr 100 kosztorysu ofertowego – zawór regulacyjny Dn 25 mm – cena jednostkowa – 15,50 PLN/szt;

– pozycji nr 101 kosztorysu ofertowego – zawór regulacyjny Dn 20 mm – cena jednostkowa – 15,50 PLN/szt;

– pozycji nr 102 kosztorysu ofertowego – zawór regulacyjny Dn 65 mm – cena jednostkowa – 15,50 PLN/szt;

W odpowiedzi Konsorcjum przyznało, że koszty ww. zaworów zostały ujęte i rozbite w różnych pozycjach kosztorysowych. Mianowicie w pozycji kosztorysowej 79, 80 i 81 wykonawca zawarł wyłącznie koszty zakupu i dostawy materiałów, natomiast w pozycjach 100, 101, 102 zostały wyliczone koszty montażu tych zaworów z doliczeniem kosztów ogólnych i zysku.

Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę stanowisko Zamawiającego odnośnie pkt 25 SIWZ oraz zasad wyceny robót opisanych i wyszczególnionych w przedmiarze robót, Zamawiający winien odrzucić ofertę Konsorcjum Inżynieria ze względu na jej niezgodność z SIWZ.

{podsumowanie}

Odwołujący zarzucił, że chociaż zgodnie z art. 6 kc to na Zamawiającym ciąży wykazanie faktu, z którego wywodzi skutki prawne, Zamawiający nie udowodnił, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ. Uzasadnienie Zamawiającego ograniczyło się do kilku zdawkowych twierdzeń, z których nie wynika ważna i zasadna podstawa odrzucenia oferty spółki Budimex Budownictwo. Odwołujący stwierdził, że samo kwestionowanie ceny pojedynczej pozycji kosztorysowej nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, jeśli oferowane świadczenie odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Jeżeli natomiast Zamawiający powziął wątpliwości czy za cenę całkowitą wskazaną w ofercie Budimex może zrealizować przedmiotowe zamówienie, powinien był uruchomić tryb, o którym mowa w 90 ust. 1 pzp i wezwać Odwołującego do wyjaśnień dotyczących

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – czego jednak nie uczynił. Według Odwołującego nie miał możliwości wyjaśniania elementów ceny zgodnie ze skierowanym do niego wezwaniem na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, gdyż mogło mieć ono jedynie na celu wyjaśnienie, czy Odwołujący zamierza zrealizować zamówienie zgodnie z zakresem wskazanym w SIWZ, co też zostało potwierdzone przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że jeżeli przyjętym w SIWZ sposobem wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzenie kosztorysowe, Zamawiający uprawniony jest do analizowania poszczególnych cen jednostkowych, o ile nie traci jednocześnie z pola widzenia globalnej ceny ofertowej. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący zaoferował cenę oferty na poziomie 92,46% w stosunku do środków jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia, a zatem nie można mówić o rażąco niskiej cenie oferty Odwołującego.

II. {zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 pzp}

Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych *Przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., a te i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.* {wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08} Pogląd taki prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza w szeregu orzeczeń dotyczących rażąco niskiej ceny. Zgodnie z orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się *cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a zatem cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia.* {wyrok z 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1605/10}. *Za cenę rażąco niską należy uznać taką cenę, która jest nierealna w odniesieniu do cen rynkowych podobnych zamówień to jest wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.* {wyrok z 29 marca 2012 r., sygn. akt KIO 517/12}. Wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia „cena rażąco niska” w orzecznictwie Izby wskazuje się, że konieczne jest porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, do cen rynkowych jak również do średniej cen ofert {wyroki w sprawach: KIO/UZP 2604/10 z 16 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2338/10 z 10 listopada

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

2010 r., KIO/UZP 1663/10 z 18 sierpnia 2010 r.). W innym orzeczeniu Izba stwierdza: *Punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: (1) wartość przedmiotu zamówienia, (2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, również (3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego.* {wyrok z 21 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1126/09}. *Ustalając czy oferta zawiera rażąco niską cenę, w pierwszej kolejności należy porównać wysokość cen zaoferowanych w postępowaniu obrazujących ceny rynkowe.* {wyrok z 20 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1227/08} Jak słusznie zauważa Izba w wyroku z 19 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 460/12): *Art. 89 ust 1 pkt 4 p.z.p., który stanowi, że odrzuceniu podlega oferta, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten nie daje podstawy do odrzucenia oferty tańszej niż szacunek przyjęty przez zamawiającego, ale tylko takiej, która jest tak tania (rażąco), że nie sposób jest obiektywnie przyjąć, iż możliwe jest wykonanie całości przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.(...) Rażąco zaniżenie poszczególnych pozycji kosztorysowych może*

spowodować, że cena zaoferowana za całość przedmiotu zamówienia będzie ceną rażąco niską. Pojęcie „rażąco” jest pojęciem ocennym i każdorazowo musi być odnoszone do realiów konkretnego postępowania i aktualnej sytuacji na danym rynku. Wykazanie istnienia ceny rażąco niskiej wymaga posiadania wiedzy specjalnej z zakresu rentowności inwestycji rodzajowo i zakresowo podobnych na danym rynku. Odwołujący wywiódł, że zamawiający nie zawsze posiada specjalistyczne informacje w zakresie rentowności konkretnych przedsięwzięć. Jednakże przepisy ustawy nie zwalniają go w takiej sytuacji od oceny czy cena konkretnej oferty w danym postępowaniu jest ceną rażąco niską. Ustawodawca wyposażył zamawiającego w instrumenty prawne pozwalające na ustalanie czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Takim instrumentem jest możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust 1 pzp).

Decyzję o konieczności wszczęcia procedury wyjaśniającej podejmuje sam Zamawiający. Nie zawsze jednak posiada on wystarczającą wiedzę, pozwalającą na ustalanie czy w danym przypadku istnieje zagrożenie, że konkretny wykonawca zaoferował cenę rażąco niską czy też nie. Dlatego przy ustaleniu okoliczności uzasadniających wszczęcie procedury wyjaśniającej pomocne może okazać się orzecznictwo. Zgodnie z orzecznictwem Izby konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej powstaje już wówczas, gdy cena oferty odbiega choćby o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia (wyrok z 4 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 117/10). Co więcej, *wystąpienie do wykonawcy w trybie*

23

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

art. 90 ust 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie prawne zaproponowania ceny rażąco niskiej. {wyrok KIO/UZP 2338/10 z 10 listopada 2010 r.}. Dla Odwołującego istotne znaczenie ma również orzeczenie Izby z 16 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 671/08), z którego wynika, że ustalając czy cena jest rażąco niska, trzeba wziąć pod uwagę, że „w jednym przypadku równica cenowa kilkunastoprocentowa pomiędzy złożonymi ofertami może już świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innej zaś wprost przeciwnie. Oznacza to, że konieczna jest dokładna analiza konkretnego przypadku.

Odwołujący podniósł, że Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. zaoferowało cenę wykonania przedmiotu zamówienia, która stanowi 79,40 % kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Odwołujący zarzucił, że mając na uwadze skomplikowany charakter robót objęty zamówieniem, jak również znaczną różnicę ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę w stosunku do budżetu Zamawiającego oraz cen zaoferowanych przez innych wykonawców (10 milionów różnicy w stosunku do najdroższej oferty), *Zamawiający zobowiązany był do wszczęcia trybu przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. w celu ustalenia czy złożona oferta uwzględnia całokształt zobowiązań narzuconych przez Zamawiającego, jak również czy wycena poszczególnych elementów została wykonana należycie.* Ponadto Odwołujący wywiódł, że mając na uwadze art. 90 ust 2 pzp, określając jakie okoliczności zamawiający uwzględnia przy ocenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów) oraz fakt, że żadne z tych okoliczności nie są dostępne dla Pol-Aqua, *Zamawiający zobowiązany był wezwać tego Wykonawcę do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie po ich zbadaniu podjąć decyzję o odrzuceniu oferty, w przypadku potwierdzenia się podejrzeń rażąco niskiej ceny, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.*

{KIO 1811/13, KIO 1813/13 i KIO 1814/13}

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, a do zarzutów odwołań ustosunkował się merytorycznie na rozprawie.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopiami odwołań – do Prezesa Krajowej Izby

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INŚYNIERII RZESZÓW S.A. z siedzibą w Rzeszowie, EKO-MTK sp. z o.o. z siedzibą w Brwinowie – w sprawach o sygn. akt: KIO 1811/13, 1813/13 i 1814/13,
- B. Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie – w sprawie o sygn. akt KIO 1814/13,
- C. Warbudu S.A. z siedzibą w Warszawie – w sprawach o sygn. akt: KIO 1811/13 i KIO 1814/13,
- D. Budimexu Budownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w sprawach o sygn. akt: KIO 1811/13 i KIO 1813/13.

Wobec dokonania wszystkich zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego w formie pisemnej z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności któregokolwiek z przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone przez Odwołujących – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Również na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały złożone wnioski o odrzucenie w całości któregokolwiek z wniesionych odwołań.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w którejkolwiek z rozpoznawanych spraw, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępujących) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, zgłoszeniach przystąpień, pismach Konsorcjum Inżynieria do każdej ze spraw, a także wyrażone ustne na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności przeprowadzając dowody z następujących dokumentów w niezbędnym zakresie do rozpoznania zarzutów odwołania: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. (z uwzględnieniem zmian i wyjaśnień), ofert złożonych przez Pol-Aqua, Warbud i Budimex i Konsorcjum Inżynieria, pism Zamawiającego oraz tych Wykonawców z etapu badania ofert, a także z protokołu postępowania.

Izba wzięła również pod uwagę dowody złożone na rozprawie przez Uczestników postępowania odwoławczego, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej oraz znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniach.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może

ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby wszyscy trzej Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożyli oferty, a także, że mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami ustawy pzp, które pozbawiają ich możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mogliby w przeciwnym razie liczyć.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach, Izba stwierdziła, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1814/13 zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 1811/13 i 1813/13 podlegają oddaleniu.

{KIO 1811/13, KIO 1813/14 i KIO 1814/13}

I. zarzuty dotyczące niezgodności treści poszczególnych ofert z treścią s.i.w.z.

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem

26

Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13 KIO 1814/13

przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna {tego rodzaju niezgodność umownie można nazwać niezgodnością *sensu stricto*, niezgodnością klasyczną czy też niezgodnością bezpośrednią}. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego {tego rodzaju niezgodność umownie można nazwać niezgodnością *sensu largo*, niezgodnością nieklasyczną czy też niezgodnością pośrednią} również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty. Z tego względu w doktrynie i orzecznictwie prezentowany jest pogląd {który skład orzekający Izby podziela}, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. w szczególności J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Jednakże nie ulega wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym taka niezgodność konkretnie polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi zapisami czy normami s.i.w.z.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w rozpoznawanych odwołaniach dotyczą obu wyróżnionych powyżej rodzajów niezgodności. Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez odrzucenie lub zaniechania odrzucenia ofert za niezgodności parametrów oferowanych mieszadeł z wymaganiami dokumentacji projektowej mieszczą się w ramach klasycznej

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp za wypełnienie kosztorysu w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego należą do drugiej kategorii, gdyż jedynie pośrednio może wskazywać na zaoferowanie robót budowlanych nieodpowiadających ich opisowi wynikającemu z dokumentacji projektowej.

Przedmiotowe zamówienie dotyczy robót budowlanych, przy czym przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego. W takim przypadku przedmiot zamówienia jest opisywany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (art. 31 ust. 1 pzp). Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane jest szczególnie sformalizowany, gdyż został odrębnie uregulowany w wydanym na podstawie delegacji art. 31 ust. 4 pzp rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072, z późn. zm.). Jednym z elementów dokumentacji projektowej jest przedmiar robót, zawierający zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz ze szczegółowym ich opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Z kolei dla każdej pozycji przedmiaru robót należy podać między innymi nazwę i opis oraz obliczenia ilości jednostek miary, które powinny być wyliczone na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej. W przypadku, gdy przedmiar robót stanowi element opisu przedmiotu zamówienia istnieje prawna i faktyczna możliwość obarczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na wykonawstwo robót budowlanych obowiązkiem sporządzenia kosztorysu, który miałby być podstawą do wyliczenia ceny oferty. Przy czym w razie kosztorysowego charakteru wynagrodzenia umownego sporządzenie takiego kosztorysu (uproszczonego lub szczegółowego) jako elementu treści składanej oferty staje się obiektywną koniecznością, skoro rozliczenie wykonanych robót ma nastąpić na podstawie obmiaru i cen jednostkowych poszczególnych pozycji robót podstawowych. W konsekwencji kosztorys ma rangę elementu treści oferty, który podlega merytorycznej weryfikacji w zakresie zgodności z przedmiarem robót stanowiącym element opisu przedmiotu zamówienia s.i.w.z.

{KIO 1811/13 i KIO 1814/13}

I.1. zarzuty dotyczące niezgodności kosztorysów ofertowych Pol-Aqua i Budimexu z s.i.w.z.
Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Jednocześnie Zamawiający wyraził w s.i.w.z. w następujący sposób swoje wymagania co do zakresu i sposobu konkretyzacji oświadczenia woli objętego ofertą. Z punktu 15.3 IDW wynika, że oprócz formularza oferty (wraz z załącznikiem dotyczącym potwierdzenia zastosowania poszczególnych klauzul warunków kontraktowych FIDIC), sporządzonego na podstawie wzoru załączonego do IDW, należało złożyć wypełniony *Formularz kosztorysu ofertowego – Przedmiar robót do wypełnienia*, stanowiący załącznik nr 13 do IDW, czyli kosztorys ofertowy {odpowiednio lit. a) oraz i) pkt 15.3.1 IDW}. Sama tabela przedmiaru robót obejmuje ponumerowane 240 pozycji robót, dla każdej nich podano nr i poz. specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, opis i obliczenie ilości, jednostkę miary oraz ilości poszczególnych składowych (jeżeli dotyczy) i łączną ilość. Natomiast do wypełnienia pozostały dwie ostatnie kolumny

przeznaczone na podanie ceny jednostkowej oraz wartości danej pozycji. Sposób wypełnienia kosztorysu ofertowego został uregulowany w dwóch miejscach s.i.w.z., po pierwsze – w pkt 25.4 IDW, który został zamieszczony w pkt 25 IDW dotyczącym sposobu obliczenia ceny oferty {zgodnie z pkt 25.3 IDW ceną oferty jest kwota wymieniona w formularzu oferty, wyliczona na podstawie wypełnionego przez wykonawcę formularza kosztorysu ofertowego}, po drugie – w postanowieniach załącznika nr 13 do IDW zamieszczonych przed tabelą przedmiarów robót, które są powtórzeniem postanowień pkt od 1 do 4 Tomu IV s.i.w.z., czyli *Przedmiaru robót*. Zgodnie z brzmieniem pkt 25.4 IDW: *Formularz kosztorysu ofertowego - Przedmiar robót do wypełnienia stanowiący Załącznik nr 13 do IDW należy wypełnić według następujących zasad: 1) wszystkie pozycje muszą zawierać cenę jednostkową, 2) wszystkie wartości określone w Kosztorysie ofertowym oraz ostateczna cena oferty muszą być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, 3) Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach Formularza kosztorysu ofertowego (wypełnionego Przedmiaru Robót), 4) wstawienie w pozycji Formularza kosztorysu ofertowego (wypełnionego Przedmiaru Robót) zera jako wartości pozycji spowoduje odrzucenie oferty.*

Natomiast w Tomie IV s.i.w.z. i załączniku nr 13 zamieszczono między innymi następujące zapisy: *Przedmiar Robot powinien być odczytywany w powiązaniu z Instrukcją dla Wykonawców, Warunkami Kontraktowymi, Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Dokumentacją Projektową, Rysunkami Wykonawczymi oraz w oparciu o dokonaną wizję lokalną w terenie. Uważa się, że Wykonawca dokładnie zapoznał się ze szczegółowym opisem wykonania robot budowlanych. (...) Krótkie opisy w poszczególnych pozycjach Przedmiaru Robot, przedstawione są tylko dla celów identyfikacyjnych, a wyceniając je, należy odnosić się do Warunków Kontraktu, Specyfikacji*

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz Dokumentacji Projektowej w celu uzyskania pełnych wskazówek, informacji, instrukcji lub opisów robot jak i zastosowanych. {pkt 1. Wstęp}

(...) 2.2 Przyjmuje się, że pozycje Przedmiaru Robot obejmują i zawierają wszystkie potrzeby i zobowiązania wymagające wypełnienia warunków Kontraktu. Ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę w pozycjach Przedmiaru Robót muszą zawierać wszystkie koszty kompletnego wykonania robót jak i koszty związane między innymi z:

– pełnieniem obowiązków wynikających z Kontraktu i wszystkich jego zobowiązań, wymagań związanych z prowadzeniem robót wyspecyfikowanych w Kontrakcie i/lub wynikających z Kontraktu,

– kosztami pomiarów, prób, badań, analiz laboratoryjnych, kamerownia, odbiorów, oznakowania oraz wszelkimi kosztami z tym związanymi,

– kosztami inspekcji zakładów produkujących dostarczane materiały i urządzenia przeprowadzanych przez Zamawiającego wraz z Inżynierem Kontraktu, kosztami dostawy, magazynowania, zabezpieczenia, ubezpieczenia materiałów i urządzeń oraz wszelkimi kosztami z tym związanymi,

– sprzętem i urządzeniami, jego dostawą, utrzymaniem, zasilaniem, rozruchem, serwisem gwarancyjnym, zużyciem mediów dla potrzeb wykonania robót objętych Kontraktem,

– wszelkimi pracami i materiałami pomocniczymi oraz wszelkimi kosztami z tym związanymi,

– kosztami ogólnymi, zyskiem, podatkami oraz kosztami z tym związanymi,

– pracami geodezyjnymi, pomiarami i inwentaryzacją, szkicami, operatami, opracowaniami pomocniczymi, instrukcjami obsługi i eksploatacji, szkoleniami personelu w zakresie obsługi i eksploatacji oraz innymi pracami niezbędnymi do prawidłowego wykonania wszystkich elementów inwestycji oraz wszelkimi kosztami z tym związanymi,

– geodezyjną oraz powykonawczą dokumentacją inwestycji oraz wszelkimi kosztami z tym związanymi,

– organizacją przejazdów i objazdów, projektami organizacji ruchu, oświetlenia,

– oznakowaniem, utrzymaniem, likwidacją przejazdów i objazdów oraz wszelkimi kosztami z tym związanymi,

– dostarczeniem, zainstalowaniem, utrzymaniem i demontażem tablic informacyjnych oraz

urządzeń zabezpieczających Teren Budowy (ogrodzenia, obarierowania, kładki, pomosty)
– ubezpieczeniem i uzyskaniem gwarancji wynikających z Warunków Kontraktu oraz wszelkimi kosztami z tym związanymi,
– transportem i tymczasowym magazynowaniem nadmiaru gruntu i innych materiałów z rozbiórki, usunięciem z odwozem do utylizacji materiałów z rozbiórki nienadających się

30

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

do ponownego wbudowania oraz wszelkimi kosztami z tym związanymi,
– zabezpieczeniem humusu, zieleni, wycinką krzewów, usunięciem drzew, rozbiórki i odbudowy ogrodzeń, dróg, chodników, placów, poboczy, zjazdów, mostków, rowów, cieków, zabezpieczeń skarp, brzegów i koryt oraz innych elementów zagospodarowania z przywróceniem do stanu pierwotnego na warunkach uzgodnień z właścicielami terenu w pasie prowadzonych robót oraz wszelkimi kosztami z tym związanymi,
– urządzeniem, utrzymaniem i likwidacją zaplecza i magazynów wykonawcy i innych nie wymienionych prac przez wykonawcę, a związanych z wykonaniem kontraktu wraz z ich kosztami.

2.3 Pozycje Przedmiaru Robót opisują w sposób scalony zakres robót objętych Kontraktem. Przyjmuje się, że dana pozycja opisana w Przedmiarze Robót w sposób skrócony odpowiada swoim zakresem pełnemu opisowi prac podanemu we wszystkich dokumentach Kontraktu.

2.4 Przy wycenie robót opisanych i wyszczególnionych w Przedmiarze Robót należy uwzględnić udział robót tymczasowych, prac towarzyszących, zużycie materiałów niezbędnych do kompletnego i należytego wykonania prac oraz ryzyko z tym związane. {pkt 2. Warunki ogólne}

2. Warunki ogólne}

3.1 Przedmiar służy, jako materiał pomocniczy do ustalenia przez Wykonawcę faktycznego zakresu robót. Przy ustalaniu kwot, Wykonawca winien odnieść się do Warunków Kontraktu, Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robot Budowlanych, Dokumentacji Projektowej, informacji, instrukcji lub opisów robót jak i zastosowanych materiałów.

3.2 Wyszczególnione roboty w Przedmiarze Robot winny być podane przez Wykonawcę w formie ceny jednostkowej netto (bez podatku VAT)

3.3 Użyte jednostki rozliczeniowe są zgodne z określonymi w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robot Budowlanych oraz z systemem metrycznym (SI) i jedynie takie winny być wykorzystywane w obmiarach, wycenach, szczegółach rysunkowych itp. {pkt 3 Przedmiar robót – ustalenia}

4.1 Ceny jednostkowe w Przedmiarze Robot winny być podawane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

4.2 Ceny jednostkowe dla każdej pozycji Przedmiaru Robót winny być określone zgodnie z zasadami podanymi w punkcie 2 i 3.

4.3 Wszystkie pozostałe koszty (z wyłączeniem podatku VAT) wynikające z realizacji Kontraktu winny być wliczone w ceny jednostkowe. {pkt 4. Ceny jednostkowe}

1. Wartości należy podawać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

2. Ocenie Komisji Przetargowej podlegać będzie łączna cena ofertowa z podatkiem VAT. (...) {pkt 6. Tabele przedmiaru robót}

31

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

W uzasadnieniu odrzucenia ofert złożonych przez Pol-Aqua i Budimex Zamawiający poprzestał na podaniu listy pozycji z kosztorysu ofertowego {8 pozycji kosztorysu Pol-Aqua i 12 pozycji kosztorysu Budimexu}, które jego zdaniem nie zawierają wszystkich kosztów kompletnego wykonania robót, tzn. nie uwzględniają udziału robót tymczasowych, prac towarzyszących, zużycie materiałów niezbędnych do kompletnego i należytego wykonania prac oraz ryzyko z tym związane. Przy czym w konkluzji uzasadnienia odrzucenia obu tych ofert Zamawiający nieuwzględnienie wszystkich kosztów prac odniósł do poz. 153, 154 i 155, uznając, że według cen rynkowych zostały one ponad 10-krotnie zaniżone. Izba zważyła,

że do końca rozprawy Zamawiający nie skonkretyzował, a tym bardziej nie udowodnił jakie to konkretnie koszty kompletnego wykonania robót nie zostały uwzględnione przy wycenie poz. 1, 2, 3, 5 i 156 przez Pol-Aqua czy poz. 6, 8, 111, 124, 138, 173, 223, 224 i 237 przez Budimex. Nie wiadomo zatem jakich to robót tymczasowych, prac towarzyszących czy materiałów niezbędnych do należytego wykonania prac objętych tymi pozycjami mieliby nie uwzględnić Odwołujący Pol-Aqua i Odwołujący Budimex. Już z tego względu w tym zakresie odrzucenia obu tych ofert należy uznać za bezpodstawne. Ponadto Pol-Aqua w ramach wyjaśnień z 26 czerwca 2013 r., a Budimex na rozprawie złożyli oferty cenowe podwykonawców lub poddostawców w zakresie tych pozycji, których adekwatności Zamawiający nie podważył, gdyż w ogóle się do nich konkretnie nie odniósł.

Natomiast w odniesieniu do poz. 153, 154 i 155 {dotyczących demontażu instalacji i wyposażenia technologicznego – odpowiednio WKF2, WKF3 i WKF4} Zamawiający dopiero na rozprawie skonkretyzował, że jego zdaniem Pol-Aqua i Budimex nie uwzględnili robót przygotowawczych opisanych w ppkt 2 pkt 5 Specyfikacji technicznej ST-00/13/2 – Wymagania ogólne {Opróżnienie zbiorników/urządzeń (głównie z biogazu oraz zanieczyszczeń ciekłych i stałych) oraz ich oczyszczenie wraz z unieszkodliwieniem powstałych odpadów. Po opróżnieniu przez służby eksploatacyjne zbiorników WKF pozostanie ok. 800 m³ osadu zanieczyszczonego piaskiem, gruzem itp., który nie może być poddany dalszej obróbce w osadowym ciągu technologicznym. Wykonawca zagospodaruje powstały zanieczyszczony osad we własnym zakresie w sposób spełniający wymogi ustawy o odpadach.} Według szacunków Zamawiającego sam koszt utylizacji, tj. koszt opłaty środowiskowej i za składowanie osadu wyniesie około 216 tys. zł. Zamawiający wskazał również, że na pytanie nr 7 z zestawu Pytań nr 3 z 08.04.2013 {Dotyczy zbiorników WKF. Specyfikacja techniczna ST-01/13/2 – Roboty rozbiórkowe w pkt 1.3. 1) Roboty przygotowawcze przewiduje m.in. opróżnianie obiektów kubaturowych, odcięcie dopływu osadów i biogazu do użytkowanych obiektów i ewentualne odpompowanie pozostałych w obiekcie osadów, wydmuchanie biogazu, przewietrzanie zbiorników. Prosimy o informację

32

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

w której pozycji przedmiaru robót należy wycenić powyższe prace}, w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 15 kwietnia 2013 r. udzielił następującej odpowiedzi: *Czynności wymienione w pytaniu należą do robót przygotowawczych. Według Zamawiającego roboty te powinny być wycenione w pozycjach 153, 154 i 155.*

Izba ustaliła ponadto, że w poz. 153, 154 i 155 jako właściwy nr i poz. STWiORB podano Specyfikację techniczną ST-01/13.2 – Roboty rozbiórkowe, pkt 5.1. *Rozbórka budowli technologicznych i sieci*, w którym wskazano, że przed przystąpieniem do zasadniczych robót rozbiórkowych budowli technologicznych należy między innymi *usunąć pozostały osad/biogaz opisane w ST00/13/2 pkt 1.8.10 i 5.2.* {przy czym pkt 1.8.10 dotyczy obowiązku zachowania przez wykonawcę podczas realizacji robót wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących wymagań bezpieczeństwa i higieny pracy}. Z kolei w zestawie Pytań nr 3 z 8 kwietnia 2013 r. padło również pytanie nr 8, które poza tym, że powtarzało pierwsze dwa zdania z pytania nr 7, formułowało następujące zapytanie: *Prosimy o informację kto (Wykonawca, czy Zamawiający) będzie ponosił koszty utylizacji i zagospodarowania osadu wybranego z modernizowanych obiektów.* Zamawiający w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 15 kwietnia 2013 r. odpowiedział w następujący sposób: *Płynny osad znajdujący się w zbiornikach WKF zostanie odpompowany przy użyciu pomp zainstalowanych przy WKF do poziomu możliwego do uzyskania. Specyfikacje techniczne ST00/13/2 pkt 5.2, ST01/13/2 pkt 1.3 ppkt 1, opisują roboty przygotowawcze, w których skład wchodzi usunięcie i utylizacja osadu pozostałego w zbiornikach wkf 2, 3, 4, po wypompowaniu osadu płynnego. Zamawiający nie ma możliwości zagospodarowania osadu pozostałego w zbiornikach ze względu na jego zanieczyszczenie. Usunięcie i utylizacja osadu leży po stronie Wykonawcy (ok. 800 m³ każdy). Koszty wykonania prac przygotowawczych winny być uwzględnione w określonych pozycjach Przedmiaru Robót. W przypadku braku indywidualnej pozycji obejmującej zakresem roboty przygotowawcze (zgodnie z podstawą płatności) koszty tych Robót winny być rozłożone proporcjonalnie we wszystkich pozycjach Przedmiaru Robót. Uznaje się wówczas, że wszelkie koszty związane*

z wypełnieniem wymagań w zakresie Robót przygotowawczych nie podlegają odrębnej zapłacie i są uwzględnione w Zatwierdzonej Kwocie Kontraktowej.

Izba zważyła, że powyższe okoliczności wskazują co najwyżej na niewycenienie w poz. 153-155 kosztorysów ofertowych Pol-Aqua {łącznie opiewających na kwotę 79.423,68 zł} i Budimexu {łącznie opiewających na kwotę 63.982,29 zł} kosztów powyższych robót przygotowawczych. W ocenie Izby nie jest to jednak wystarczające dla uznania za prawidłowe podjętych przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu tej oferty. Niewątpliwie zamieszczone zarówno w Tomie IV s.i.w.z., jak i załączniku nr 13 do IDW uregulowania

33

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

sposobu sporządzania kosztorysu ofertowego wyrażają czytelnie intencję Zamawiającego, aby zarówno każda pozycja kosztorysu, jak i całość prac składających się na przedmiot zamówienia zostały wycenione, i aby ceny te miały realny charakter. Z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia na etapie realizacji umowy wypełnienie kosztorysu ofertowego zgodnie z regułami określonymi przez Zamawiającego ma w przedmiotowym postępowaniu nie tylko walor formalny. Kosztorysowy charakter wynagrodzenia wykonawcy zamówienia przesądza o tym, że zawartość kosztorysów ofertowych stanowi treść oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Ujęcie w kosztorysach ofertowych we właściwych pozycjach wymaganego zakresu prac oraz ich prawidłowa wycena pozwala bowiem Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert porównanie ofert konkurujących wykonawców z zachowaniem zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp. Natomiast na etapie wykonywania zamówienia prawidłowa wycena poszczególnych pozycji umożliwia Zamawiającemu zapłatę wykonawcy za prace, które rzeczywiście zostały wykonane. Należy jednak wziąć pod uwagę, że przy sporządzaniu kosztorysów przez wykonawców często dochodzi do omyłek polegających na wycenieniu określonego zakresu prac w innej pozycji niż to oczekiwał zamawiający. Izba zważyła, że Zamawiający nawet w przypadku oferty Pol-Aqua nie stwierdził, że cena tej oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei cena oferty Budimexu jest na takim samym poziomie co cena oferty Warbudu. Zamawiający nie stwierdził zatem, że ceny tych ofert uniemożliwiają należyte wykonanie robót budowlanych objętych przedmiotowym zamówieniem. Z ogólnikowego uzasadnienia zawartego w piśmie z 16 lipca 2013 r., ani nawet z jego doprecyzowanej na rozprawie wersji nie wynika natomiast, aby Zamawiający wziął pod uwagę, że art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób nieusuwalny, a obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności niemających istotnego charakteru. Zamawiający zarówno w wezwaniach do wyjaśnień, jak i w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu złożonych przez nich ofert ograniczył się wyłącznie do badania wytypowanych przez siebie wątpliwych pozycji, w których stwierdził zaniżenie cen, wyciągając z tego przedwczesny wniosek, że roboty objęte tymi pozycjami nie zostały zaoferowane. Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający w skierowanych do Pol-Aqua i Budimexu wezwaniach nie skonkretyzował w taki sposób, jak później na rozprawie, czego dokładnie dotyczyły jego wątpliwości. Zamawiający ograniczył się do przytoczenia wytycznych sposobu sporządzania kosztorysów ofertowych, nie precyzując, że ma wątpliwości czy zostały uwzględnione roboty przygotowawcze związane z usunięciem i utylizacją osadu zalegającego w zbiornikach, które mają zostać

34

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

zmodernizowane. W przypadku oferty złożonej przez Pol-Aqua Zamawiający wskazał jedynie dodatkowo, że wezwanie jest równocześnie kierowane w trybie art. 90 ust. 1 pzp w celu zbadania przez pryzmat wątpliwych cen, czy cena całej oferty nie ma charakteru rażąco niskiej. Spowodowało to, że Odwołujący ograniczyli się potwierdzenia cen pozycji wskazanych przez Zamawiającego, przy czym Pol-Aqua położyła nacisk na wykazanie,

że cena jej oferty nie ma charakteru rażąco niskiej. W ten sposób, to jest wąsko i ogólnikowo, sformułowane wezwania do wyjaśnień treści ofert mogły tylko służyć potwierdzeniu przyjętemu przez Zamawiającego założeniu. Wykonawcy nie domyślili się bowiem czego w istocie dotyczą wątpliwości Zamawiającego, a jednocześnie czuli się obowiązani potwierdzić, że wyszczególnione w wezwaniu pozycje wykonają za ceny, które wpisali w swoich kosztorysach ofertowych. W ocenie Izby skoro ceny każdej z tych ofert nie zostały uznane przez Zamawiającego jako nieadekwatne w stosunku do całości przedmiotu zamówienia, winien on zbadać, czy Odwołujący omyłkowo nie ujęli kosztów robót przygotowawczych dla robót zasadniczych z poz. 153-155 w innych pozycjach kosztorysów ofertowych. Odwołujący Budimex słusznie zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu, choć w innym kontekście, niewzięcie pod uwagę, że np. poz. 1 i 2 w jego kosztorysie zostały wycenione na znacznie wyższym poziomie niż w pozostałych ocenianych ofertach. Ponieważ Odwołujący Budimex dopiero na rozprawie miał szansę dowiedzieć się czego konkretnie zdaniem Zamawiającego nie uwzględnił w poz. 153-155, nie mógł wcześniej wskazywać, że ujął koszty prac przygotowawczych związane z usunięciem i utylizacją osadu w zbiornikach w poz. 1. Z kolei choć Odwołujący Pol-Aqua nie zareagował w analogiczny sposób na rozprawie, to należy uznać, że potwierdził się w tym zakresie zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp. Zamawiający nie zawarł w zawiadomieniu z 16 lipca 2013 r. wystarczająco szczegółowego uzasadnienia odrzucenia oferty za wycenę poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, co utrudniło Odwołującemu Pol-Aqua wniesienie w tym zakresie odwołania zawierającego odpowiednie argumenty. W ostatecznym rozrachunku nie miało to jednak znaczenia dla losów tej oferty, gdyż Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Pol-Aqua za niedopuszczalną zmianę treści oferty po terminie składania ofert.

Z tych względów w ramach powtórnej oceny ofert Izba nakazała Zamawiającemu umożliwienie Budimexowi wyjaśnienia, w jakiej pozycji (lub pozycjach) i na jakie kwoty uwzględnił w kosztorysie ofertowym roboty przygotowawcze przewidziane w ppkt 2 pkt 5.2 Specyfikacji technicznej ST-00/13/2 – Wymagania ogólne. W przypadku udzielenia wyjaśnień w tym zakresie Zamawiający winien na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp dokonać odpowiedniego skorygowania kosztorysu ofertowego, polegającego na uwzględnieniu

35

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

kosztów tych prac przygotowawczych w poz. 153, 154 i 155 zamiast w pozycji lub pozycjach, w których zostały omyłkowo wycenione przez Budimex. Na możliwość popełnienia takiej omyłki wskazują okoliczności dotyczące poz. 153-155. Po pierwsze – Odwołujący Budimex mylnie kierował się założeniami z poprzedniego postępowania, że pozycje te obejmują *stricte* wskazany w ich opisie demontaż instalacji i wyposażenia poszczególnych WKF. Z kolei Zamawiający przyznał na rozprawie, że poz. 153-155 miały z tego względu nietypowy charakter, gdyż te roboty podstawowe miały znikomą wartość w stosunku do robót przygotowawczych, które zostały do tych pozycji wprowadzone z powodu negatywnych doświadczeń z poprzednim wykonawcą robót, który zgłosił na tym tle roszczenia z tytułu robót nieprzewidzianych. Wreszcie pytania zadane przez wykonawców do treści s.i.w.z. świadczą, że wykonawcy mieli wątpliwości, gdzie te prace należy wycenić. W ocenie Izby na przeszkodzie takiemu poprawieniu nie stoi ani kosztorysowy charakter wynagrodzenia, ani różne jednostki miar w poz. 153-155 w stosunku do np. poz. 1 kosztorysu ofertowego. Zamawiający sam podkreślał na rozprawie, że pozycje te mają zagregowany charakter, gdyż nie są to typowe pozycje kosztorysowe, lecz całe elementy scalone robót. W ocenie Izby można więc powiedzieć, że w ramach tych zagregowanych pozycji wycena ma charakter swobodnego ryczałtu. W konsekwencji zwiększenie ryczałtowych kwot za komplet prac objętych w pozycjach 153-155 kosztem kwoty wyceny np. poz. 1 nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty złożonej przez Budimex.

{KIO 1813/13}

I.2. zarzuty dotyczące niezgodności z s.i.w.z. mieszadła SM2 oferowanego przez Warbud oraz mieszadła TMA 6 oferowanego przez Budimex i Konsorcjum Inżynieria

Izba ustaliła, że w s.i.w.z. zamieszczono następujące postanowienia istotne z punktu

widzenia oceny zgodności z ich treścią parametrów mieszadeł zarówno typu SMI 2 zaferowanego przez Warbud, jaki typu TMA 6 oferowanego przez Budimex i Konsorcjum Inżynieria.

Specyfikacja techniczna ST-04/13/2 – Montaż urządzeń technologicznych, pkt 2.1.2. Mieszadło osadu na kopule WKF – 4 kpl.:

Cechy mieszadła:

- *Możliwość wyciągnięcia całego mieszadła z wirnikiem ze zbiornika bez konieczności jego opróżniania,*
- *Możliwość zmiany kierunku obrotów wirnika w celu usuwania zanieczyszczeń włóknistych z wirnika mieszadła, po zmianie kierunku mieszadło nadal miesza zawartość zbiornika,*
- *Mieszadło musi być wyposażone w specjalny wirnik oraz dysk rozpraszający, jego*

36

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

konstrukcja ma zminimalizować osadzanie się włókien,

- *Wał mieszadła uszczelniony uszczelnieniem wargowym smarowanym, smar jest podawany w sposób ciągły przez automatyczną pompę smaru*
- *Materiał wału mieszadła stal ST52-3 z możliwością naprawy na gorąco*
- *Prędkość obrotowa mieszadła 495 min⁻¹*
- *Moc znamionowa nie większa niż 22 kW,*
- *Silnik z przekładnią wykonaniu przeciwybuchowym Ex-e-II-T3,*
- *Łożyska ze stałym smarowaniem - ciągły monitoring,*
- *Zdolność mieszania nie mniej niż 8 razy objętość zbiornika na dzień,*
- *Mieszadło wyposażone w system kontroli smaru.*

Wyposażenie technologiczne kopuły WKF:

- *instalacja gaszenia piany,*
- *czujniki piany,*

Wszystkie elementy powinny pochodzić od jednego dostawcy.

Projekt budowlany zamienny, Tom 3 – Technologia:

5. Projektowany schemat technologiczny.

(...)

W ramach modernizacji zmieniony będzie sposób mieszania osadu w WKF. Zastosowane zostało mieszadło z rurą centralną wymuszającą przepływ osadu w wielkości 3060m³/h. Mieszadło tłoczy osad rurą centralną w górę i jest czasowo przełączane na pracę w drugą stronę. Przełączanie mieszadła następuje też automatycznie w sytuacji pojawienia się piany. Dzięki temu piana jest zasysana i kierowana na dno WKF. Wirnik mieszadła napędzany jest silnikiem o mocy 22 kW.

(...)

7. Opis zmian w projekcie budowlano wykonawczym.

W niniejszym projekcie zamiennym zaprojektowane zostało mieszadło z krótszym wałem, co wynikało ze zmian w konstrukcji kopuł zbiorników WKF. Parametry mieszadła nie zmieniły się w stosunku do poprzedniej wersji projektu wykonawczego, co pokazuje poniższa tabela:

{W tabeli zestawiono, że pozostają bez zmian następujące parametry: przepływ – 850 l/s; zapotrzebowanie mocy – 18 kW; moc silnika – 22 kW; napięcie – 400 V; częstotliwość – 50 Hz; prędkość obrotowa – 495 1/min}

W stosunku do projektu pierwotnego zrezygnowano ze stalowej kopuły a niezbędną armaturę zainstalowano w żelbetowej kopule WKF-u.

(...)

Ponadto do kopuły doprowadzony będzie przewód 5/4" wody technologicznej do gaszenia

37

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

piany. Przewód należy prowadzić w ociepleniu komory fermentacyjnej, co go zabezpieczy przed zamarzaniem w okresie zimowym. Dodatkowo na odejściach przewodu do każdej

komory w budynku operacyjnym należy zbudować po dwa elektrozawory, jeden do uruchomienia zraszania kożucha, drugi odwadniający na odgałęzieniu, w celu spuszczenia wody z odcinka rurociągu na WKF-ie po zakończeniu cyklu pracy instalacji do gaszenia piany. Instalacja będzie pracowała w ten sposób, że po otrzymaniu sygnału z odpowiedniego czujnika otwierał się będzie elektrozawór na przewodzie rozpoczynając cykl gaszenia piany. Po zamknięciu się tego zaworu otworzy się elektrozawór na odgałęzieniu w celu spustu wody z odcinka przewodu prowadzonego na zewnątrz. Po zakończeniu spustu (czas do określenia w trakcie rozruchu) elektrozawór zostanie zamknięty. Do rozpoczęcia kolejnego cyklu gaszenia piany rurociąg wody technologicznej na odcinku pomiędzy trójnikiem z zaworem odwadniającym a kopułą WKF-u pozostanie pusty. Wodę z zaworu spustowego odprowadzić należy rurociągiem grawitacyjnym do najbliższego wpustu lub przewodu kanalizacyjnego.

W przypadku, gdy ciśnienie w sieci wody technologicznej będzie za niskie dla potrzeb związanych z gaszeniem piany, należy w budynku operacyjnym zainstalować hydrofor.

(...)

13. Sieci zewnętrzne

Do budynku operacyjnego WKF projektuje się nowe doprowadzenie osadu nadmiernego zagęszczonego (przewód 72.1) oraz nowy rurociąg wody technologicznej (przewód 72.2). Oba rurociągi projektuje się z rur PE100 Dz160x9.5mm SDR17. Nowo projektowane przewody połączyć z istniejącymi rurociągami poprzez trójniki równoprzelotowe, żeliwne, kołnierzowe. Na istniejących przewodach przed i za trójnikami zmontować złączki kołnierzowe. Na rurociągu wody technologicznej, tuż za trójnikiem projektuje się zasuwę odcinającą. Na przewodzie osadu nadmiernego przed wejściem do budynku należy zamontować złączkę przejściową PE/stal i połączyć z rurociągiem wewnątrz obiektu. Rurociągi ułożyć na 20cm podsypce z piasku.

(...)

15. Zestawienie urządzeń, armatury i przewodów budynku operacyjnego WKF {Poniżej zamieszczono tabelę zawierającą 88 pozycji, wyszczególnionych przez podanie opisu, typu lub materiału oraz liczby szt. lub metrów, w niektórych przypadkach dodatkowo masy w kg}

(...)

Lp. 10 – Mieszadło do WKF – np. typ TMA 6 – 4 kpl.

(...)

Lp. 75 – Przewód wody technologicznej Dn32 – PE – 130 {Między innymi ta pozycja została

Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13 KIO 1814/13

oznaczona na czerwono jako jeden z elementów, które zostały dodane w projekcie zamiennym}

I.2. A. zarzuty dotyczące bezpodstawnego uznania przez Zamawiającego, że mieszadła typu SMI2 oferowane przez Warbud są niezgodne z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia

Odwolujący Warbud na stronach 227-240 oferty zamieścił dokumenty zatytułowane na stronie 226 jako *Dokumenty potwierdzające, że zastosowane materiały lub urządzenia są równoważne do określonych w dokumentacji projektowej*. Pierwszy z tych dokumentów stanowi ogólne oświadczenie, że zastosowane przez Warbud rozwiązania, materiały lub urządzenia są równoważne do określonych w dokumentacji projektowej. Wszystkie dalsze dokumenty są związane z mieszadłem SMI 2 produkcji amerykańskiego producenta WesTech, z wyjątkiem ostatniego dokumentu, który dotyczy dezintegratora. Na stronach 228-229 znajdują się karty z folderu opatrzone wspólnym nagłówkiem {Mieszadła z rurą centralną do WKF}. Kolejne trzy strony zajmuje ogólny opis techniczny pn. *Mieszadła Westech typ SMI do komór fermentacyjnych*, w tym opis konstrukcji mieszadeł WesTech. Na stronie 233 zamieszczono kartę danych technicznych dla mieszadła WesTech typu SMI2, zawierającą zestawienie szeregu parametrów, w tym – *możliwość wyjęcia mieszadła bez opróżniania zbiornika: Tak; Przepływ: 3060 m³/h; Prędkość obrotowa: 495 min⁻¹; Zdolność mieszania – powyżej 8 objętość zbiornika na dzień; Moc silnika: 22 kW; Gniazdo mieszadła: zatopione w betonie; Łożyska: dolne i górne z automatycznym i ciągłym smarowaniem pompą smaru, wyposażone w kontrolę smarowania (przewód powrotny smaru)*. Następną stroną zawiera

rysunek poglądowy opisany jako *Mieszadło WesTech typ SMI2 – projekt Lublin*, zawierający rzut boczny zbiornika z zainstalowanym mieszadłem, na którym zobrazowano poziom stropu, osadu i dna, a także wskazano lokalizację odciągów górnych i podpór rury centralnej. Wszystkie powyższe dokumenty zostały opatrzone nazwami WesTech i Grupa KN z Brwinowa. Strony 235-239 zajmuje lista w języku angielskim zatytułowana *Westech Digester Mixer Installations*, zawierająca realizacje opisane rok, nr kontraktu, model mieszadła SMI, nazwę projektu, oznaczenie kodowe stanu lub kraju miejsca realizacji projektu, liczbę sztuk mieszadeł i rozmiar wirnika. Wreszcie ostatni dokument to *Wzór – Deklaracja zgodności z przepisami polskimi*, podpisany 17 kwietnia 2013 r. w imieniu Grupy Karolina Nadolska z Brwinowa, zawierający następujące oświadczenie: *My Grupa KN, Domaniew 62, 05-840 Brwinów Deklarujemy z pełną odpowiedzialnością, że wyrób: Mieszadła amerykańskiej firmy WesTech typ SMI2 oraz instalacji gaszenia piany z czujnikami piany o numerach seryjnych..... {nie zostały one wpisane}, do którego odnosi się niniejsza deklaracja, jest zgodny z następującymi normami i innymi dokumentami normatywnymi*

39

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

{które następnie wymieniono w 16 punktach}. W ogólnym opisie technicznym, w części poświęconej konstrukcji mieszadła WesTech, przed opisem poszczególnych elementów zaznaczonych również na rysunku, zamieszczono następujące zapisy: *Każdorazowo mieszadło jest dobierane na podstawie konstrukcji zbiornika oraz ilości wymian objętości komory przypadającej na jednostkę czasu (najczęściej doby). (...) Do doboru mieszadła niezbędna są wymiary zbiornika z podaniem jego średnicy, wysokości i rzędnej osadu a także kąta nachylenia obydwu stożków. Następnie opisano następujące elementy: (1) Wirnik, (2) Dysk rozbryzgowy (3), Łożysko dolne z uszczelnieniem (4), Obudowa mieszadła (5) Wał mieszadła (6) Przewody zasilające smarem (7) Przewody powrotne smaru, (8) Kołnierz mocujący mieszadło ze wspornikiem, (9) Automatyeczna pompa smaru, (10) Łożysko górne z uszczelnieniem, (11) Sprzęgło elastyczne, (12) Napęd {Silnik z przekładnią lub napędem bezpośrednim w wykonaniu przeciwybuchowym. Opcjonalnie możliwość sterowania falownikiem}, Rura centralna i Liny mocujące rurę centralną.*

W piśmie z 19 czerwca 2013 r. Zamawiający stwierdził, że załączone do oferty dokumenty nie potwierdzają, że zaproponowane urządzenie spełnia wymagania techniczne, technologiczne i jakościowe, przy czym Zamawiający skonkretyzował następujące zastrzeżenia: po pierwsze – że przedstawione przykładowe rysunki i zdjęcia {wskazano stronę 229} wskazują, że mieszadło jest zamontowane na kopule gazowej wykonanej ze stali, a takie rozwiązanie było zaprojektowane dla wcześniej realizowanego kontraktu i Zamawiający w projekcie zamiennym oszedł od niego; po drugie – że przedstawione rysunki i zdjęcia wskazują, że mieszadło jest napędzane za pomocą przekładni pasowej, co jest niezgodne z dokumentacją projektową; po trzecie – że w ofercie nie przedstawiono informacji technicznych dotyczących instalacji gaszenia piany z czujnikami piany, co uniemożliwia ocenę spełniania wymagań Zamawiającego; po czwarte – że w ofercie nie określono parametrów technologicznych i materiałowych systemu smarowania; po piąte – że z przedstawionej listy referencyjnej wynika, że oferowane urządzenia nie funkcjonują na rynku europejskim i są wprowadzone po raz pierwszy na ten rynek, co wiąże się z określonymi obowiązkami, które wynikają z obowiązujących przepisów w krajach Unii, przy czym na dostawcy urządzeń – zgodnie z § 8 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (Dz. U. Nr 263, poz. 2203) – spoczywa obowiązek spełniania wymagań tego rozporządzenia, a w ofercie nie przedstawiono informacji o spełnieniu tych wymagań. Zamawiający podsumował, że wobec powyższego nie ma wobec tego podstaw do uznania zaproponowanego urządzenia jako spełniającego wymagania opisane w SIWZ i na

40

podstawie art. 26 ust. 3 pzp wezwał do złożenia dokumentów uzupełniających ofertę.

W zakreślonym terminie, w pkt II pisma z 24 czerwca 2013 r. Warbud podtrzymał swoje oświadczenie ze strony 227 oferty, powołał się również na to, że oprócz ogólnej karty katalogowej, załączył (na str. od 231 do 234) dane techniczne zaproponowanego urządzenia, czyli mieszadła WesTech typ SMI 2. Warbud odniósł się kolejno do zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego, wskazując, że mieszadło WesTech typu SMI 2: po pierwsze – instalowane jest zgodnie z dokumentacją projektową w wersji do zabetonowania; po drugie – wyposażone jest w napęd bezpośredni: obroty silnika elektrycznego przekazywane są bezpośrednio przez połączenie sprzęgłem na wał; po trzecie – wyposażone jest w instalację gaszenia piany i czujniki piany {w zakresie szczegółowych danych odesłano do pkt 3 załączonego Opisu technicznego, o czym szczegółowo poniżej}, po czwarte wyposażone jest w identyczny co w dokumentacji projektowej system smarowania, tj. pompa smaru Woerner typu GMF-B z silnikiem elektrycznym o mocy 0,18 kW, 400V, 50 Hz, Ex wyposażona w system kontroli poziomu smaru; po piąte – przed wprowadzeniem do obrotu przejdzie odpowiednią procedurę sprawdzenia zgodności z WE, a następnie wystawiony zostanie certyfikat CE, a tym samym urządzenie otrzyma znak CE.

Ponadto Warbud oświadczył, że aby rozwiązać wątpliwości w załączeniu przedstawia dostawowe informacje na temat zaproponowanych urządzeń wraz z danymi technicznymi. Do wyjaśnień załączono następujące dokumenty, wszystkie opatrzone nazwami WesTech i Grupa KN z Brwinowa. Po pierwsze – opis techniczny, który: w pkt 1 i 2 zawiera opis i rysunki na potwierdzenie odpowiednio możliwości instalacji mieszadła w wersji do zabetonowania oraz wyposażonej w napęd bezpośredni; w pkt 3 zawiera opis parametrów instalacji gaszenia piany i czujników piany {o czym szerzej poniżej}; w pkt 4 potwierdzono informacje z wyjaśnień dot. systemu smarowania; w pkt 5 odniesiono się do spełniania wymagań pkt 2.1 ST 00/13/2 {w szczególności znalazły się tam następujące stwierdzenia: *Spośród wszystkich trzech producentów takiego typu mieszadeł każdy (w tym wskazany w specyfikacji) wykonuje za każdym razem indywidualny projekt mieszadła przed przystąpieniem do produkcji. Dopiero po uzgodnieniu oraz zatwierdzeniu projektu mieszadło jest produkowane. Oferowane przez nas mieszadła WesTech również wymagają projektu indywidualnego pod konkretny WKF (trwa to ok. 4 tygodni) i uzgodnienia oraz akceptacji tego projektu przed przystąpieniem do produkcji.*}. Po drugie – kartę danych technicznych mieszadła WesTech typu SMI2, w której powtórzono przywołane powyżej parametry z karty załączonej do oferty, z tą różnicą, że wielkość przepływu podani jako $> 3060 \text{ m}^3/\text{h}$. Ponadto dodano kilka parametrów, w tym: *Możliwość wyjęcia mieszadła bez odgazowywania zbiornika: Tak; Typ instalacji: zabetonowane; Automatyczna pompa smaru: Woerner typu*

41

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

GMF-B, moc 0,18 kW, 400V, 50 Hz, Ex wyposażona w system kontroli poziomu smaru. Po trzecie – ponownie opisany powyżej rysunek pn. *Mieszadło WesTech typ SMI – projekt Lublin*. Po czwarte – dokument pt. *Podstawowe zalety mieszadeł WesTech z rurą centralną stosowanych w komorach fermentacyjnych*, prezentujący te zalety w 24 punktach. Po piąte dokument pt. *Zalety mieszadeł WesTech w porównaniu do innych rozwiązań z rurą centralną -1*, zawierający zestawienie cech mieszadeł WestTech z poprzedniego dokumentu i cech przypisywanych innym mieszadłom na rynku – tym razem w 23 punktach. Pkt 11 zawiera następujący opis: *Każde mieszadło Westech jest testowane w zbiorniku testowym i otrzymuje certyfikat wydajności z pomiarów.* W obu dokumentach opis w każdym punkcie został zilustrowany małymi: zdjęciem, rysunkiem, lub – w jednym przypadku – wykresem. Dotyczy to pkt 12 obu dokumentów, zawierających następujący opis dotyczący mieszadeł WesTech: *Dzięki komputerowym programom modelującym oraz wielokrotnym testom na stanowisku badawczym WestTech opracował unikalne rozwiązanie przewężenia rury centralnej. Przewężenie jest uzyskiwane przez odpowiednio dobrany system 4,5 lub 6 przegród. W wyniku, czego unikamy dużej chropowatości ścianek rury, uzyskując znaczne niższe straty, a tym samym, większą wydajność i oszczędności energetyczne.* Odpowiednio obok lub pod tym tekstem zamieszczono niewielki wykres {zajmujący wraz z nazwą pow. ok. 30 cm²} zatytułowany *Wykres wydajności i mocy mieszadła WesTech typ SMI 2*.

W pkt 2 pisma z 4 lipca 2013 r. Zamawiający – wskazując, że działa na podstawie art.

26 ust 4 pzp – wezwał Warbud do *wskazania na wykresie wydajności i mocy mieszadła WesTech typu SMI2 spełnianie warunków granicznych określonych w przedmiocie zamówienia*. W określonym terminie w pkt 2 pisma z 5 lipca 2013 r. Warbud wskazał, że na potwierdzenie spełniania warunków granicznych przedkłada wykres wydajności i mocy mieszadła ze wskazaniem warunków granicznych. Do pisma załączono – opatrzony okrągłą pieczęcią w języku angielskim {*Licensed Professional Engineer State Utah No 322636 Bradley D. Bender*} i podpisem – wykres pn. *Przykładowe wyniki pomiarów wydajności i mocy w zbiorniku testowym Mieszadło WesTech typ SMI2*. Na wykresie wyznakowano wykres do 500 obr/min, przy czym zaznaczono linią 495 obr/min, na przecięciu której wydajność wynosi 3630 m³/h.

I.2.A.1) zarzut dotyczący braku niezgodności mieszadła typu SMI2 oferowanego przez Warbud z treścią s.i.w.z. w zakresie obrotów, wydajności i mocy

Izba stwierdziła, że powyżej opisany przebieg badania oferty Warbudu nie uprawniał Zamawiającego do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp za niezgodność charakterystyki parametrów mieszadła WestTech typu SMI2 w zakresie obrotów, wydajności

42

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

i wymaganej mocy silnika. W szczególności wyniki tego badania nie upoważniały Zamawiającego do oceny, że przedstawione przez Warbud dokumenty nie potwierdzają w tym zakresie zachowania tych samych standardów technicznych, technologicznych i jakościowych jak w s.i.w.z. oraz równoważności mieszadeł typu SMI 2 w stosunku do mieszadeł określonych w dokumentacji projektowej. Niesporne było w toku postępowania odwoławczego, że liczba 495 obrotów na minutę była parametrem wymaganym i niezmiennym. Tymczasem zarówno w karcie danych technicznych załączonej do oferty, jak i w jej uzupełnionej wersji załączonej do wyjaśnień z 24 czerwca 2013 r. potwierdzono dokładnie taką liczbę obrotów. Została ona jeszcze dodatkowo potwierdzona w wyjaśnieniach z 5 lipca 2013 r., do których Warbud załączył stosowny wykres potwierdzający wydajność mieszadła i moc pobieraną przez silnik przy takich obrotach. Z niezrozumiałych względów Zamawiający postanowił przedłożyć nad wyraźne oświadczenia Warbudu i treść złożonych na ich potwierdzenie dokumentów dotyczących mieszadła WesTech typu SMI 2 oferowanego na potrzeby konkretnej inwestycji – danymi odcyfrowanymi na własną rękę z wykresu zamieszczonego w celach ilustracyjnych w powyżej opisanych folderach dotyczących zalet mieszadeł produkcji WesTech. Jak sam zauważył to przedstawiciel Zamawiającego na rozprawie – są to jedynie materiały marketingowo-promocyjne. Nie wiadomo zatem dlaczego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Warbudu zostały uznane za „dane techniczne” pozwalające na ustalenie za niskich obrotów mieszadła oferowanego przez Warbud. Zamawiający przy tym wybiórczo i wyłącznie na niekorzyść Warbudu analizował te materiały, gdyż na rozprawie wiele uwagi poświęcił kwestionowaniu certyfikowanego charakteru wykresu załączonego do wyjaśnień z 5 lipca 2013 r., podczas gdy z pkt 11 obu folderów wprost wynika potwierdzenie, że każde mieszadło WesTech jest testowane w zbiorniku testowym i otrzymuje certyfikat wydajności z pomiarów. Zamawiający już wcześniej wykazał nieumiejętność rozróżniania danych technicznych podanych dla mieszadła oferowanego w związku z prowadzoną przez niego inwestycją od folderów, gdyż na podstawie zdjęć w nich zamieszczonych powziął wątpliwość co do oferowanej wersji mieszadła, pomimo wskazania w karcie danych technicznych i towarzyszącym jej rysunku, że oferowane jest mieszadło z gniazdem zatopionym w betonie. Oczywiście można by zapytać po co Warbud załączał te materiały do oferty i wyjaśnień. Odpowiedzi należy upatrywać w niezwykle ogólnym wskazaniu przez Zamawiającego sposobu wykazania równoważności oferowanych urządzeń, gdyż w takim przypadku wykonawca nigdy nie mógł być do końca pewny, jakie dokumenty zostaną uznane za *stosowne dla wykazania zachowania tych samych standardów technicznych, technologicznych lub jakościowych*. Z drugiej strony wykonawcy ubiegający się o udzielenie

43

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

przedmiotowego zamówienia zaakceptowali takie reguły narzucone przez Zamawiającego i doskonale wiedzieli, że w razie zaferowania urządzeń wskazanych z typu w technologicznym projekcie budowlanym zamiennym nie musieliby składać żadnych dokumentów przedmiotowych. Tego typu ostrożnością było zapewne również podyktowane wskazanie w karcie danych technicznych załączonej do oferty, że przy wymaganych obrotach wydajność wynosi równo 3060 m³/h, czyli dokładnie tyle, ile podano w jednym miejscu w projekcie budowlanym zamiennym, co zostało następnie skorygowane w uzupełnionej 24 czerwca 2013 r. karcie na więcej niż 3060 m³/h, a ostatecznie na wykresie załączonym do wyjaśnień z 5 lipca 2013 r. sprecyzowane jako 3060 m³/h. Izba zważyła, że Zamawiający na rozprawie nie przedstawił żadnych argumentów podważających prawidłowość zaprezentowanego w odwołaniu rozumowania, że ponieważ według ustalonej w s.i.w.z. {w pkt 3 rozdziału 1 wzoru aktu umowy} hierarchii ważności dokumentów STWiORB ma pierwszeństwo przez dokumentacją projektową, wymagane było, aby zapewnić wynikającą z punktora 10 pkt 2.1.2 ST-04/13/2 zdolność mieszania nie mniej niż 8 razy objętość zbiornika na dzień. Natomiast ewentualna większa wydajność mieszadła przy wymaganych 495 rpm może być jedynie poczytywana jako zaferowanie parametrów wyższych niż wymagane. Wreszcie Zamawiający nie ustosunkował się na rozprawie do argumentów Warbudu, który podniósł, że moc znamionowa silnika od początku była konsekwentnie wskazywana na wymaganym poziomie 22 kW, natomiast z niewiadomych powodów mniejsze zapotrzebowanie mocy niż zakładane w dokumentacji projektowej zostało ocenione jako gorsze, a nie lepsze niż wymagane. W tych okolicznościach za zabieg wyłącznie perswazyjny należy uznać wskazanie przez Zamawiającego jako uzasadnienia odrzucenia oferty, że Warbud przedstawił trzy sprzeczne ze sobą opisy techniczne dotyczące tego samego mieszadła SMI2, z których rzekomo wynikało pięć różnych charakterystyk obrotów, wydajności i wymaganej mocy silnika.

I.2.A.2) zarzut dotyczący braku niezgodności mieszadła typu SMI2 oferowanego przez Warbud z treścią s.i.w.z. w zakresie instalacji gaszenia piany

Izba stwierdziła jednak, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Warbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp za zaferowanie gaszenia piany wodą wodociągową zamiast wodą technologiczną.

Izba ustaliła, że do ujawnienia tej niezgodności oferty Warbud z wymaganiami projektu budowlanego zamiennego doszło w następujący sposób. Zamawiający uznał, że z dokumentów załączonych do oferty Warbudu nie wynika potwierdzenie spełnienia przez zaferowane mieszadło WestTech typu SMI2 wymagań technicznych, technologicznych,

44

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

jakościowych określonych dla mieszadła do WKF. W szczególności Zamawiający w piśmie z 16 czerwca 2013 r. stwierdził {w trzecim wypunktowaniu listy stwierdzonych braków}, co następuje: *W ofercie nie przedstawiono informacji technicznych dotyczących instalacji gaszenia piany z czujnikami piany – nie ma więc możliwości oceny spełnienia wymagań Zamawiającego.* Między innymi w związku z tym brakiem Zamawiający uznał, że nie ma podstaw do uznania zaproponowanego urządzenia jako spełniającego wymagania opisane w s.i.w.z. i wezwał Warbud w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. W określonym terminie Warbud przesłał pismo datowane na 24 czerwca 2013 r., w którego pkt II. {w trzecim wypunktowaniu} w następujący sposób odniósł się do powyższego stwierdzenia Zamawiającego: *mieszadło WesTech typ SMI2 wyposażone jest w instalację gaszenia piany i czujniki piany (szczegółowe dane w pkt. 3 załączonego Opisu technicznego).* Wspomniany opis techniczny stanowi odrębny dokument sporządzony przez Grupę KN z Brwinowa, przedsiębiorcy oferującego w Polsce rozwiązania amerykańskiej firmy WesTech. Pkt 3 opisu rozpoczyna się od stwierdzenia, że *Mieszadło wyposażone jest w instalację gaszenia piany i czujniki piany o następujących parametrach,* po czym dalszy opis został podzielony na 3 akapity zatytułowane odpowiednio: *Czujniki piany i instalacja gaszenia piany, Wyposażenie instalacji gaszenia piany oraz Wymagane*

media. Ten ostatni akapit zawiera w szczególności następującą informację: *zraszanie – woda pod ciśnieniem 3bar i w ilości 3,5m³/h*. Ponadto niemalże identyczna jak w tym punkcie opisu treść została powtórzona bezpośrednio za kartą *Mieszadło WesTech typ SMI2 – Dane techniczne*. Różnica sprowadza się do tego, że w akapicie dotyczącym wymaganych mediów znalazła się tym razem następująca informacja: *zraszanie – woda wodociągowa 3bar, 3,5m³/h*. W późniejszym piśmie z 5 lipca 2013 r. Warbud nie odnosił się do kwestii związanych z instalacją gaszenia piany, nie był też w tym zakresie wzywany do wyjaśnień.

Izba zważyła, że wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu powyższe okoliczności nie wskazują na zaistnienie omyłki, tym bardziej oczywistej. Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego i treścią pisma Warbudu z 24 czerwca 2013 r. załączony dokument stanowi opis techniczny składany na potwierdzenie spełniania przez oferowane mieszadło WesTech typu SMI2 wymagań określonych przez Zamawiającego. Zamieszczone w tym dokumencie dwukrotnie informacje nie są ze sobą sprzeczne, gdyż w drugim opisie uszczegółowiono rodzaj wody wymaganej dla instalacji gaszenia piany jako wodę wodociągową. Zamawiający nie miał przy tym żadnych podstaw, aby wątpić w adekwatność przedstawionego dokumentu, który został złożony w odpowiedzi na sprecyzowane przez niego wprost żądanie potwierdzenia zgodności technicznej instalacji gaszenia piany z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Tym bardziej, że zbieżne informacje, również pochodzące od Grupy

45

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

KN z Brwinowa, zostały przedstawione przez Pol-Aqua w załączeniu do pisma z 25 czerwca 2013 r. W ofercie cenowej z 16 kwietnia 2013 Grupa KN w zakresie instalacji gaszenia piany jako wymagane medium podała: *zraszanie – woda wodociągową 3bar, 3,5m³/h dla wszystkich dysz (wymagane doprowadzenie instalacji do zaworu elektromagnetycznego)*. W ocenie Izby nie sposób zatem uznać za omyłkę tego elementu opisu technicznego, który ujawnił, że rozwiązane zaoferowane przez Grupę KN zarówno Warbudowi, jak i Pol-Aqua rozwiązanie, które chcieli oni zaoferować Zamawiającemu jako odpowiadające jego wymaganiom, *de facto* jest z nimi niezgodne. W ocenie Izby z przebiegu badania obu ofert wynika, że obaj Odwołujący polegali w pełni polegali w tym zakresie na Grupie KN, stąd nie mogą skutecznie twierdzić, że w ofercie lub wyjaśnieniach zaoferowali zasilanie instalacji gaszenia piany zasilaną wodą technologiczną, a nie wodociągową. Nie do zaakceptowania jest argumentacja Odwołującego Warbud, który właśnie z faktu zaistnienia takiej sprzeczności z dokumentacją projektową każe wywodzić omyłkowość przedstawionych przez siebie opisów technicznych. Należy zauważyć, że Odwołujący nie kwestionował zasadności skierowanego 16 czerwca 2013 r. przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwania do uzupełnienia dokumentów, między innymi w zakresie potwierdzenia zgodności parametrów instalacji gaszenia piany z wymaganiami określonymi w s.i.w.z. Tymczasem ze zdania drugiego art. 26 ust. 3 pzp wprost wynika, że złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Ponieważ Warbud w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił w uzupełnieniu dokument wprost wskazujący na niezgodność oferowanej instalacji gaszenia piany z wymaganiami opisanymi w dokumentacji projektowej, przesądza to o zaistnieniu niezgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. Zamawiający prawidłowo zatem w tym zakresie zastosował względem oferty Warbudu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Złożone dopiero na rozprawie przez Odwołującego Warbud pismo WesTech z 24 lipca 2013 r. należy uznać za spóźnioną i bezskuteczną próbę wykazania zgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Po pierwsze – nie jest to żaden opis techniczny, lecz oświadczenie sporządzone specjalnie na potrzeby postępowania odwoławczego, najwyraźniej w pośpiechu, o czym świadczy niecodzienna nazwa nadana inwestycji prowadzonej przez Zamawiającego: „Lublin – Oświadczenie”. Po drugie – Warbud polegał na ofercie Grupy KN, a zatem WesTech nie może wypowiadać się o tym, co było przedmiotem tej oferty. Po trzecie – nawet w tym oświadczeniu WesTech nie wskazuje na omyłkowość opisu technicznego dokonanego przez Grupę KN. W ocenie Izby 24 lipca 2013 r. producent mieszadła SMI2 po prostu oświadczył, że biorąc pod uwagę wymagania

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

Zamawiającego byłby w stanie wykonać dla niego również instalację gaszenia piany zasilaną wodą technologiczną. Niestety uprzednio dokonana spontanicznie i swobodnie wykładnia własnego oświadczenia woli objętego ofertą, poparta uzupełnionym wraz z tymi wyjaśnieniami dokumentem niepotwierdzającym spełnianie wymagań Zamawiającego, jednoznacznie wskazuje, że złożona oferta nie obejmowała instalacji gaszenia piany zasilanej wodą technologiczną. Ustawa pzp nie przewiduje poprawiania treści wyjaśnień, czy uzupełnionych dokumentów, a zatem Odwołujący bezskutecznie domaga się zastosowania w tym przypadku art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, nie przedstawiając przy tym w jaki sposób zostały spełnione przesłanki wynikające z tego przepisu.

I.2.B. zarzuty dotyczące niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia mieszadła TMA 6 oferowanego przez Budimex i Konsorcjum Inżynieria

Odwołujący Warbud zarzucił, że mieszadło TMA 6 zaoferowane zarówno przez Konsorcjum Inżynieria, jak i Budimex nie spełnia wymagań opisu przedmiotu zamówienia w dwóch aspektach: po pierwsze – nie jest możliwe wyciągnięcie całego mieszadła wraz z wirnikiem bez konieczności opróżniania zbiornika, po drugie – prędkość obrotowa tego mieszadła wynosi 475 rpm, a nie wymagane 495 rpm.

I.2.B.1) zarzut niespełnienia wymagania wyciągnięcia całego mieszadła wraz z wirnikiem bez konieczności opróżniania zbiornika

Niesporne było, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zdecydował się na żelbetową konstrukcję kopuły zbiorników WKF, zamiast pierwotnie projektowanych kopuł stalowych, co zostało wprost opisane w pkt 7 części technologicznej projektu budowlanego zamiennego. Natomiast bez zmian pozostało pierwsze wymaganie z pkt 2.1.2. specyfikacji technicznej ST-04/13/2, dotyczącej montażu urządzeń technologicznych, aby mieszadło cechowało się możliwością *wyciągnięcia całego mieszadła z wirnikiem ze zbiornika bez konieczności jego opróżniania*. Poza wszelkim sporem była również okoliczność, że mieszadło TMA 6 może być zabudowane zarówno w stalowej kopule (nazywanej „kopułą gazową”), jak i w żelbetowej kopule. W zasadzie niesporne było również, że w zależności od tego odmiennie wygląda zarówno zakres elementów, które można zdemontować, jak i to, czy można je zdemontować razem, a nie oddzielnie.

Na podstawie złożonych przez Warbud na rozprawie dowodów w postaci stron katalogu producenta {o którym wspomniano już w odwołaniu} oraz wydruku korespondencji elektronicznej z pracownikiem H2O Rozwiązania Proekologiczne sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i dyrektorem sprzedaży Hermann Traxler GmbH, Izba stwierdziła następujący

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

stan rzeczy. Niezależnie od sposobu zabudowy mieszadło TMA (niezależnie od jego szczegółowego typu) składa się z następujących elementów: dopływu, rury centralnej, wirnika, dysku rozbryzgowego, wału, łożyska oporowego, pierścienia posadowienia (inaczej nazywanego gniazdem mocowania), łożyska poprzecznego, podstawy silnika i silnika, przy czym dopływ i rura centralna pozostają przymocowane do ścian zbiornika (w którym są zanurzone) i nie podlegają wyjęciu, którego dotyczył spór. Przy zabudowie w kopule gazowej dodatkowo dochodzi ten właśnie element. Zasadnicza różnica w montażu polega na sposobie osadzenia pierścienia posadowienia, który albo jest na całej długości osadzony w betonowym leju, albo w górnej części mocowany do kopuły gazowej. W obu przypadkach istnieje możliwość demontowania mieszadła bez konieczności opróżniania zbiornika, choć nie w taki sam sposób i nie w takim samym zakresie. Przy montażu w kopule gazowej można zdemontować wraz z nią kompletne mieszadło wraz z pierścieniem posadowienia. W razie zabetonowania pierścienia posadowienia nie podlega on demontażowi, a wyciągnąć ze zbiornika można wirnik mieszadła wraz z dyskiem rozbryzgowym, wałem i łożyskiem

poprzecznym, po uprzednim zdemontowaniu silnika i podstawy silnika.

I.2.B.2) zarzut niespełnienia parametru prędkości obrotowej mieszadła = 495 rpm

Izba podzieliła stanowisko Przystępującego Budimex, że skoro Zamawiający uczynił wzorcowym punktem odniesienia mieszadło TMA 6 {co przez Odwołującego Warbud nie było kwestionowane}, to wybrany w projekcie budowlanym zamiennym sposób jego montażu wpływa na sposób rozumienia wymagania STWiORB, nawet jeżeli jego literalne brzmienie nie uległo zmianie. Zamawiający nie zdefiniował co rozumie przez „całość mieszadła”, a zatem sformułowanie to podlega interpretacji z uwzględnieniem okoliczności, że w zależności od sposobu montażu mieszadła TMA inaczej przedstawia się „całość”, która podlega demontażowi. Decydując się na rozwiązanie z wykorzystaniem mieszadła TMA 6, którego gniazdo mocowania zabudowane jest na stałe w żelbetowej kopule, Zamawiający przesądził tym samym, że dopuszcza możliwość wyciągnięcia mieszadła bez tego elementu. Wbrew perswazyjnym zakreśleniom poczynionym na rysunkach złożonych na rozprawie przez Odwołującego Warbud, pierścień posadowienia nie stanowi wypełnionej struktury i nie blokuje możliwości wyjęcia osadzonego w nim mieszadła. Nie ma zatem znaczenia, czy w przypadku mieszadła SMI2 również w przypadku montażu w żelbetowej kopule istnieje możliwość wyjęcia takiej całości, jak w przypadku mieszadła TMA zamontowanego w kopule gazowej. Według tego co zaprezentował Odwołujący Warbud na rozprawie różnica sprowadza się do zastosowania dodatkowego pierścienia pomiędzy betonem a właściwym pierścieniem posadowienia. Nie oznacza to jednak, że takie rozwiązanie było wymagane,

48

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

nawet jeżeli zapewnia ono możliwość wyjęcia większej liczby elementów mieszadła, niż w przypadku mieszadła TMA 6 w kopule żelbetowej.

W zakresie obrotów w zasadzie już z odwołania wynika, że Odwołujący dopuszcza możliwość istnienia mieszadła TMA 6 o wyższej prędkości obrotowej niż odnotowana w katalogu. Natomiast za logicznie uzasadniony należy uznać wniosek Odwołującego, że skoro już przy 475 rpm mieszadło TMA-6 osiąga wydajność 3060 m³, to przy obrotach 495 rpm będzie ona odpowiednio wyższa. To z kolei stało się podstawą do sformułowania zarzutu nierównego traktowania, skoro osiąganie większej wydajności przy takich obrotach przez mieszadło SMI 2 nie zostało zaakceptowane przez Zamawiającego. Odwołujący złożył na rozprawie strony katalogu producenta Hermann Traxler, na który powoływał się w odwołaniu. Rzeczywiście według danych katalogowych mieszadło TMA 6 ma prędkość obrotową 475 rpm, przy której osiąga przepływ 3060 m³/h, pobierając moc 18 kW przy mocy znamionowej wynoszącej 22 kW. Zamawiający na rozprawie oświadczył, że w przypadku oferowania mieszadła TMA 6 nie wymagał składania żadnych dokumentów na potwierdzenie jego parametrów, a zatem miał prawo polegać na treści złożonych ofert. W ocenie Izby takie stanowisko nie wyjaśnia niewątpliwie istniejącej rozbieżności pomiędzy parametrami mieszadła TMA 6 założonymi przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia a podawanymi przez producenta tego urządzenia w powszechnie dostępnym folderze. Tym niemniej w rozpatrywanej sprawie nie zostało dowiedzione, że mieszadło TMA 6 nie może mieć parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Przystępujący Budimex złożył na rozprawie ofertę, jaką otrzymał 11 kwietnia 2013 r. od H2O Rozwiązań Proekologicznych sp. z o.o. z Warszawy, w której karta danych technicznych mieszadła TMA 6 {jak zaznaczono w ofercie cenowej niemieckiej firmy Hermann Traxler} podaje parametry – w tym prędkości obrotowej i przepływu – zgodne z opisanymi przez Zamawiającego {przy czym zdolność mieszania określono na 8,29 zbiornika na dzień}. W ocenie Izby *de facto* nie ma sprzeczności pomiędzy ofertą przygotowaną w związku z konkretną inwestycją a danymi katalogowymi, które mają charakter orientacyjny. Po pierwsze – parametry mieszadeł w tabeli z folderu bazują na 6-krotnym mieszaniu na dzień. Zostało to dostrzeżone w odwołaniu, co prawda jako zarzut, ale do końca rozprawy Odwołujący Warbud nie wyjaśnił, dlaczego przyjęcie takiego punktu odniesienia w katalogu miałyby świadczyć o niezdolności mieszadła TMA 6 do mieszania zawartości w zbiorniku Zamawiającego 8 razy na dzień. Po drugie – bezpośrednio pod tabelą zamieszczono uwagę odnośnie budowy mieszadeł, z której wynika, że producent na zamówienie jest w stanie zbudować mieszadło

uwzględniające specjalne wymagania. Zdaniem Izby oznacza to, że tym bardziej jest w stanie skalibrować standardowe typy mieszadeł pod kątem sprecyzowanych wymagań

49

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

danego inwestora. Świadczy o tym oferta uzyskana przez Budimex od podmiotu oferującego na rynku polskim rozwiązania Hermann Traxler.

{KIO 1811/13}

I.3. zarzut dotyczący niezgodności oferty Pol-Aqua z treścią s.i.w.z. i ustawą pzp
Izba zważyła w pierwszej kolejności, że rozstrzygana sprawa nie dotyczy prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez Zamawiającego, gdyż termin na wniesienie odwołań w tym zakresie już dawno upłynął. Izba nie jest zatem uprawniona do rozstrzygania, czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty {czyli zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp}, ani czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję {czego zabrania art. 29 ust. 2 pzp}, ani nawet, czy w przedmiotowym postępowaniu wystąpiła specyfika przedmiotu zamówienia, w połączeniu z niemożnością jego opisanego po stronie Zamawiającego, uzasadniająca opis przez wskazanie znaków towarowych {co według art. 29 ust. 3 pzp uprawnia do takiego wskazania, jeżeli towarzyszą mu wyrazy „lub równoważny”}. Przedmiotem rozstrzygnięcia w tej sprawie nie jest zatem również kwestia, czy przedmiot zamówienia został opisany za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3 art. 30 pzp, a Zamawiający wskazał, że dopuszcza rozwiązania równoważne do opisanych w ten sposób {co nakazuje art. 30 ust. 4 pzp}. Również poza granicami kognicji Izby w tej sprawie jest rozstrzygnięcie, czy Zamawiający w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców {o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp} zażądał – działając na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp – dokumentów potwierdzających przez oferowane roboty budowlane jego wymagań określonych w s.i.w.z. Natomiast Izba w tej sprawie musiała rozstrzygnąć, czy w kontekście zastanego opisu przedmiotu zamówienia i zakresu zażądanych dokumentów na potwierdzenie spełniania wymagań z tego opisu wynikających, Zamawiający zasadnie uznał, że Pol-Aqua po upływie terminu składania ofert dokonała zmiany swojej oferty w zakresie typu oferowanego mieszadła.

Postanowienia s.i.w.z. opisujące mieszadło zostały już powyżej przywołane. Zamawiający określił w pkt 2.1.2 {Mieszadło osadu na kopule WKF – 4 kpl.} ST-04/13/2 {Montaż urządzeń technologicznych} oraz m.in. w pkt 5, 7 {Tomu 3 – Technologia} Projektu budowlanego zamiennie opisowo lub przez konkretne wielkości fizyczne wymagane parametry mieszadła. Nie sposób również pominąć, że w poz. 10 tabeli z pkt 15 tego projektu budowlanego zamiennego, czyli w zestawieniu urządzeń, armatury i przewodów

50

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

budynku operacyjnego WKF, zidentyfikowano typ mieszadła do WKF jako *np. typ TMA 6*. Z kolei w pierwszym akapicie pkt 2.1 Specyfikacji Technicznej ST-00/13/2 – Wymagania ogólne zamieszczono następujący zapis: *Nazwy własne użyte w Dokumentacji Projektowej nie są wiążące i można zastosować urządzenia/materiały równoważne, lub o wyższych parametrach, które spełniają wymagania określone w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz Dokumentacji Projektowej*. Jednocześnie w pkt 4 IDW dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, bezpośrednio po wskazaniu, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w: Tomie I – *Kontrakt*, Tomie III – *Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych*, Tomie IV – *Przedmiar Robót* i Tomie V – *Dokumentacja Projektowa*, zamieszczono uwagę w następującym brzmieniu: *Jeżeli gdziekolwiek w SIWZ lub w załącznikach przedmiot zamówienia określony*

został przez wskazanie nazw lub znaków towarowych – to Zamawiający dopuszcza w tym zakresie składanie ofert równoważnych z zachowaniem tych samych standardów technicznych, technologicznych i jakościowych. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów potwierdzających, że zastosowane rozwiązania, materiały lub urządzenia są równoważne do określonych w dokumentacji projektowej. Powyższy zapis był przedmiotem pytania nr 1 z zestawu oznaczonego jako Pytania nr 4 z dnia 28.03.2013 r., w którym wykonawca dociekał, czy wymagane potwierdzenia mają zostać dołączone do oferty przetargowej. Na co w wyjaśnieniach z 15 kwietnia 2013 r. Zamawiający odpowiedział, że: *Powyższy zapis oznacza, że ww. dokumenty potwierdzające muszą być załączone do oferty.*

Izba zważyła, że z tak ustalonego stanu rzeczy w zakresie postanowień s.i.w.z. wynika, co następuje. Po pierwsze – jeżeli przedmiotem składanej oferty nie było urządzenie typu podanego w zestawieniu z pkt 15 technologicznego projektu budowlanego zamiennego, to taka oferta na mocy postanowień IDW stanowi ofertę równoważną. W konsekwencji – po drugie – w takim przypadku materializuje się obowiązek złożenia wraz z ofertą – bliżej niesprecyzowanych – stosownych dokumentów potwierdzających, że oferowane urządzenia są równoważne dla urządzeń zidentyfikowanych co do typu w dokumentacji projektowej. Przy czym zakres tej równoważności został opisany w sposób niezwykle wymowny, gdyż należało dowieść zachowanie dokładnie tych samych standardów technicznych, technologicznych i jakościowych, ewentualnie wykazać zastosowanie urządzeń o wyższych parametrach. Po trzecie – w razie niewpisania w odpowiedniej pozycji kosztorysu ofertowego typu oferowanego urządzenia w miejsce urządzenia sugerowanego przez Zamawiającego, jedynym sposobem wyrażenia przez składającego woli zaoferowania urządzenia równoważnego było złożenie wraz z ofertą owych stosownych dokumentów, które taką wolę

51

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

ujawniałby w sposób dostateczny.

Tymczasem Pol-Aqua złożyła kosztorys ofertowy, w którym wyceniła pozycję 156 nie zmieniając jej opisu wskazującego na typ mieszadła TMA 6, a także nie załączyła do oferty żadnych dokumentów dotyczących potwierdzenia parametrów oferowanego mieszadła. Zamawiający we wspomnianym już powyżej piśmie z 19 czerwca 2013 r., wzywając Pol-Aqua do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp, zamieścił również następującą uwagę: *Biorąc pod uwagę, że w ofercie nie zostały zaproponowane rozwiązania równoważne do wskazanych w SIWZ, Wykonawca jest zobowiązany uzasadnić wysokość cen jednostkowych i wykazać, że uwzględniają wszystkie koszty kompletnego wykonania robót zgodnie z dokumentacją projektową i specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych.* W odpowiedzi Pol-Aqua przesłała pismo z 25 czerwca 2013 r., do którego załączyła wyjaśnienia datowane na 26 czerwca 2013 r. Wskazano w nich m.in., że prace objęte poz. 156 będą powierzone podwykonawcy – Grupie KN z Brwinowa, która złożyła Pol-Aqua swoją wiążącą ofertę w tym zakresie. Do wyjaśnień z kolei załączono, datowaną na 16 kwietnia 2013 r., ofertę cenową wyposażenia proponowanego przez Grupę KN, którego zasadniczym elementem jest *Mieszadło z rurą centralną firmy WesTech USA typ SMI2, 22kW, 3060 m³/h, 495 obr/min.* Poza wyceną dla Pol-Aqua elementów wyposażenia 4 szt. tego mieszadła i świadczeń związanych z jego dostawą, montażem i rozruchem, załączono również materiały identyczne jak załączone do oferty Warbudu: ogólny opis techniczny, dwie karty folderu opatrzone wspólnym tytułem *Mieszadła z rurą centralną do WKF* oraz kartę danych technicznych mieszadła WesTech typu SMI2 i rysunek zatytułowany *Mieszadło WesTech typ SMI2 – projekt Lublin.* Następnie Zamawiający pismem z 4 lipca 2013 r., wskazując, że działa na podstawie art. 26 ust. 4 pzp, sformułował następujące wezwanie: *Prosimy o wskazanie, na której stronie złożonej oferty informujecie Państwo Zamawiającego o zastosowaniu rozwiązań równoważnych (do mieszadła TMA6), których opis pojawia się w wyjaśnieniach? W odpowiedzi Pol-Aqua przesłała pismo z 9 lipca, w którym wyjaśniła, że: po pierwsze – Zamawiający nie wymagał wskazania typu i parametrów mieszadeł w przedstawionej ofercie, po drugie – Formularz oferty oraz załączniki do oferty przygotowane przez Zamawiającego nie umożliwiały uszczegółowienia oferty Wykonawcy, po trzecie – Wykonawca w poprzednim piśmie z dnia 25.06.2013 wyjaśnił ceny jednostkowe*

na prośbę Zamawiającego i jednocześnie przedstawił parametry oraz dane techniczne mieszadła które zamierza wykorzystać do realizacji ww zadania, po czwarte – Przedstawione mieszadła spełniają zapisy SIWZ oraz wymagania Zamawiającego.

W ocenie Izby w tych okolicznościach Zamawiający zasadnie poczytał zaoferowanie w wyjaśnieniach wykonania poz. 156 przedmiaru robót z zastosowaniem mieszadła SMI2

52

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

za niedopuszczalną zmianę treści oferty po upływie terminu składania ofert. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby zawartą w odwołaniu tezę, że w wyjaśnieniach z 26 czerwca 2013 r. potwierdził zaoferowanie mieszadeł wynikających z treści oferty. W istocie miałyby to wynikać jedynie z faktu złożenia kosztorysu ofertowego na formularzu załączonym do s.i.w.z., który w poz. 156 zawierał opis *Mieszadło do WKF (np. typ TMA 6)*. Izba zważyła, że Odwołujący Pol-Aqua nie zakwestionował powyżej przywołanych postanowień s.i.w.z., a zatem miał obowiązek zastosować się do jednoznacznie wynikającej z nich następującej reguły – w razie oferowania urządzeń innych niż wskazane z nazwy w opisie przedmiotu zamówienia, należy wraz z ofertą przedstawić dokumenty potwierdzające ich równoważność, czyli *de facto* w ten sposób ujawnić wolę zaoferowania konkretnych urządzeń równoważnych. *A contrario* niezłączenie takich dokumentów do oferty i poprzestanie na wypełnieniu rubryk cenowych poz. 156 załącznika nr 13 do s.i.w.z. będzie poczytywane za zaoferowanie typu TMA 6 sugerowanego przez Zamawiającego. Odwołujący błędnie zatem wywodzi, że ze złożonej oferty nie musiały wynikać typ i parametry mieszadła, które zastosuje w poszczególnych WKF. Natomiast jeżeli – jak podniesiono to w odwołaniu – w opisie poz. 156 Zamawiający jedynie przykładowo podał „TMA 6”, nic nie stało na przeszkodzie, aby wpisać w to miejsce „SMI 2”, lub przygotować w we własnym zakresie odrębny dokument, z którego wynikałoby zaoferowanie tego typu mieszadła. Odwołujący nie podał żadnego postanowienia s.i.w.z., z którego wynikałby zakaz złożenia w ten sposób oferty. Przede wszystkim żaden wykonawca po zapoznaniu się z opisem przedmiotu zamówienia nie mógł mieć wątpliwości, że to właśnie do typów urządzeń podanych w zestawieniu urządzeń technologicznego projektu budowlanego zamiennego, pomimo poprzedzenia ich określeniem „np.”, odnosi się reguła opisana w ostatnim akapicie pkt 4.1 IDW. Wszystkie wymienione z typu urządzenie zostały poprzedzone określeniem „np.”, a jego funkcja sprowadza się do zmanifestowania, że dopuszczalne jest zaoferowanie wykonania robót z zastosowaniem urządzeń równoważnych.

Odwołujący nie mógł podważyć obiektywnego stanu rzeczy, który wygląda w ten sposób, że dopiero w wyjaśnieniach z 25 czerwca 2013 r. ujawnił wolę zaoferowania mieszadła SMI2 produkcji WestTech, co potrzymał w wyjaśnieniach z 8 lipca 2013 r. W ocenie Izby sam fakt, że załączona do tych wyjaśnień oferta cenowa Grupy KN datowana jest na 16 kwietnia 2013 r. nie jest wystarczający, skoro nie znalazło to żadnego odzwierciedlenia w treści złożonej oferty. Wykonawca mógł na etapie przygotowywania oferty rozważyć zastosowanie różnych rozwiązań, istotne jest jednak to, co uzewnętrznił w złożonej ofercie. Natomiast Odwołującemu w sposób oczywiste sprzeczny z faktami wydaje się

53

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

w odwołaniu, że Zamawiający w pierw nie zakwestionował zaoferowania równoważnego mieszadła, a jedynie w związku ze wskazaniem w wyjaśnieniach z 25 czerwca 2013 r. na mieszadło WesTech typu SMI 2, wymagał złożenia dokumentów potwierdzających ich równoważność dla mieszadła określonego w dokumentacji projektowej. Tym samym Odwołujący, pomimo odmiennych twierdzeń w innej części uzasadnienia odwołania, potwierdził jednak, że dokumentacja projektowa wskazywała konkretny typ mieszadła, który był punktem odniesienia do oceny równoważności. Natomiast czynności podjęte w toku badania oferty Pol-Aqua wyraźnie wskazują, że od początku dla Zamawiającego wynikało

z niej zaoferowanie mieszadeł typu TMA 6. Wskazuje na to wprost zacytowana powyżej uwaga zamieszczona piśmie z 19 czerwca 2013 r., w której Zamawiający wezwał do wyjaśnienia między innymi realności ceny jednostkowej poz. 156 w kontekście niezaoferowania rozwiązań równoważnych do wskazanych w s.i.w.z. Z kolei treścią drugiego pisma Zamawiającego z 4 lipca 2013 r. było wyłącznie wezwanie do wskazania, na której stronie złożonej oferty Pol-Aqua ujawniła wolę zastosowania mieszadła równoważnego, które pojawiło się w wyjaśnieniach z 25 czerwca 2013 r. Zatem Zamawiający przed podjęciem decyzji chciał upewnić się, czy czegoś nie przeoczył w złożonej ofercie. W udzielonych wyjaśnieniach, ani w następnie wniesionym odwołaniu Pol-Aqua nie była w stanie wykazać, że w złożonej ofercie ujawniła wolę zastosowania mieszadła SMI 2 jako równoważnego dla mieszadła TMA 6, którego nie zamierzała zastosować.

Pol-Aqua bezskutecznie podniosła w odwołaniu, że ponieważ miała prawo zaoferować rozwiązanie równoważne, a Zamawiający nie zakwestionował równoważności mieszadła typu SMI 2 dla mieszadła TMA 6, decyzja o odrzuceniu jej oferty była bezpodstawna. Odwołujący nie zauważa, że podstawą decyzji Zamawiającego była zmiana pierwotnej treści oferty, stąd nie badał on już, czy wynikająca z wyjaśnień treść oferty odpowiada treści opisu przedmiotu zamówienia. Biorąc jednak pod uwagę w jaki sposób została oceniona oferta złożona przez Warbud, który w zakresie poz. 156 od początku deklarował zastosowanie dokładnie takiego samego mieszadła WestTech typu SMI 2, nie sposób przypisać Zamawiającemu woli uznania tego mieszadła za równoważne dla mieszadła TMA 6. Natomiast w odwołaniu próżno szukać argumentacji podważającej wynikające z zawiadomienia z 16 lipca 2013 r. stanowisko Zamawiającego, że z uwagi na zmianę treści oferty przez wskazanie w wyjaśnieniach na urządzenie równoważne, nie ma podstaw, aby na podstawie art. 26 ust. 3 pzp wzywać do uzupełnienia dokumentów potwierdzających równoważność tych urządzeń, gdyż zmiana treści oferty po terminie składania ofert jest niedopuszczalna. W sposób oczywisty uzasadnienie takie nawiązuje do zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, a co najważniejsze – jest słuszne.

54

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

Natomiast odwołanie zawiera jedynie ogólne wskazanie na potrzebę stosowania instrumentów przewidzianych w art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 pzp, bez skonkretyzowania co miałyby to oznaczać w odniesieniu do sytuacji Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Z odwołania wynika wręcz, że wobec zaoferowania przez Pol-Aqua najniższej ceny, która nie została uznana za rażąco niską, wszelkie inne wady oferty nie mają znaczenia, gdyż niejako „z urzędu” podlegają usunięciu przez Zamawiającego. Odwołujący do końca rozprawy nie sprecyzował w jakim zakresie Zamawiający miałby wzywać go do wyjaśnienia treści złożonej oferty czy uzupełnienia dokumentów. Natomiast na rozprawie Odwołujący sam oświadczył – trafnie powołując się w tym zakresie na orzecznictwo Izby – że dokumenty przedmiotowe podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, chyba że powodowałyby to zmianę treści złożonej oferty. Odwołujący nie dostrzega jednak, wbrew okolicznościom przywołanym powyżej, że właśnie taka sytuacja zaistniała w jego przypadku. Skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko zaprezentowane uprzednio m.in. w wyroku Izby z 7 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1604/12), że art. 87 ust. 1 ustawy pzp nie dozwala na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. W szczególności do zmiany treści oferty, czy też dookreślenia oferowanego świadczenia nie mogą prowadzić dokumenty uzupełniane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż procedura ta – jak wynika z art. 25 ust. 1 pkt pzp – ma wyłącznie na celu potwierdzenia przez wykonawcę dokumentami, że oferowane przez niego roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W innym przypadku wykonawca, znając już treść pozostałych złożonych ofert, mógłby dowolnie kształtować przedmiotową treść własnej oferty, co po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia jest niedopuszczalne.

{KIO 1814/13}

IV. zarzuty odwołania Budimexu dotyczące niewzewania Pol-Aqua do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp oraz zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Inżynieria na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 4 jako czynu nieuczciwej konkurencji

IV.1. zarzut niewezwania Pol-Aqua do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp

Budimex odwołał się od zaniechania przez Zamawiającego wezwania Pol-Aqua do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę – zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 pzp. W odwołaniu zarzut został sprecyzowany przez podanie okoliczności, które miałyby

55

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

uzasadniać konieczność wezwania Pol-Aqua do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1, to jest przez wskazanie, że cena oferty Pol-Aqua stanowi 79,40% kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia, a także jest niższa o 10 mln od ceny najdroższej oferty.

Izba ustaliła, że w skierowanym do Pol-Aqua piśmie z 19 czerwca 2013 r. Zamawiający wskazał, co następuje: *Niniejsze wezwanie stanowi jednocześnie wystąpienie skierowane do Wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta nie zawiera rażąco niską cenę. Wartość wyszczególnionych pozycji kosztorysu ofertowego stanowi bowiem element oferty, który ma decydujący wpływ na wysokość ceny, która jest niższa o prawie 21 % od wartości kosztorysu inwestorskiego oraz o 20 % od średniej ceny pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.* W odpowiedzi Pol-Aqua przesłała pismo z 25 czerwca 2013 r., do którego załączyła – datowane na 26 czerwca 2013 r. – *Wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 PZP.* Na pięciu stronach tego dokumentu Pol-Aqua przedstawiła argumenty, które uznała za potrzebne w celu rozwiania powziętej przez Zamawiającego wątpliwości, czy złożona przez nią oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, że w tych okolicznościach zawarty w odwołaniu zarzut jest chybiony, gdyż Odwołujący Budimex zarzucił Zamawiającemu zaniechanie czynności, która w rzeczywistości została już przeprowadzona. W konsekwencji sprecyzowany w odwołaniu zarzut jest oczywiście niezasadny, gdyż nie uwzględnia obiektywnie istniejącego stanu rzeczy. Ponieważ Zamawiający po przeprowadzeniu procedury uregulowanej w art. 90 pzp nie odrzucił Pol-Aqua z powodu rażąco niskiej ceny oferty, na tym etapie przedmiotem ewentualnego zarzutu mogła być niewłaściwa ocena przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień, która spowodowała naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp. Z oczywistych względów odwołanie Budimex nie zawiera w tym zakresie żadnych argumentów. Ponieważ z mocy art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, w rozstrzyganej sprawie skład orzekający Izby nie dopuścił do podniesienia przez Odwołującego Budimex na rozprawie nowego w stosunku do odwołania zarzutu. Należy podkreślić, że wskazanie w odwołaniu art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp czy zgłoszenie żądania odrzucenia oferty Pol-Aqua na tej podstawie nie konstituuje nadającego się do rozpoznania zarzutu. Zarzut wymieniony na wstępie odwołania ma charakter wyłącznie perswazyjny, a odwołanie jest w tym zakresie niespójne. W ocenie Izby nie można skutecznie zarzucić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 90 ust. 1 pzp, gdyż jeżeli nie było jeszcze wezwania do wyjaśnień, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4

56

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

ppz będzie zawsze przedwczesny. Skoro według stanu wiedzy Budimexu Pol-Aqua nie była jeszcze wzywana do wyjaśnień oferty w trybie art. 90 ust. 1 pzp, obiektywnie Odwołujący nie mógł skutecznie zarzucić w odwołaniu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Pol-Aqua. W ocenie Izby Odwołujący Budimex miał jednak świadomość tych zależności, skoro pod sam koniec odwołania wskazał, że Zamawiający zobowiązany był wezwać

Pol-Aqua do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp, a następnie po ich zbadaniu podjąć decyzję o odrzuceniu oferty, w przypadku potwierdzenia się podejrzeń rażąco niskiej ceny, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

IV.2. zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Inżynieria, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Z nieco innych względów Izba uznała za niezasadny zarzut, który został zasygnalizowany na wstępie odwołania jako naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Inżynieria jako złożonej z naruszeniem przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba zważyła, że rozwinięcie tego zarzutu w uzasadnieniu odwołania jest dalece niewystarczające. W pierwszej kolejności, z uwagi na zbiorczy sposób zredagowania uzasadnienia zarzutów, ustalenia wymagało, co właściwie Odwołujący zarzuca. Według Izby zarzut odwołania sprowadza się do podniesienia, że wycena przez Konsorcjum Inżynieria poz. 153, 154 i 155 jest rażąco wysoka, gdyż stanowi próbę otrzymania zapłaty na początku realizacji kontraktu, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wynikający z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby z uwagi na brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, który odsyła do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prawidłowe sformułowanie zarzutu wymaga wskazania choćby w sposób opisowy, którego spośród szeregu wymienionych w ustawie z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, z późn. zm) czynów nieuczciwej konkurencji miał się dopuścić wykonawca składając ofertę. Jak wynika z literalnego brzmienia art. 3 ust. 1 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto ustawa wymienia w art. 5-17e katalog czynów nieuczciwej, który nie ma charakteru zamkniętego, co wynika z literalnej wykładni art. 3 ust. 2 tej ustawy, w którym jedynie przykładowo wymieniono kategorie czynów opisanych w części szczegółowej ustawy, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie „w szczególności”.

W konsekwencji Odwołujący Budimex, formułując zarzut zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp oferty Konsorcjum Inżynieria jako czynu nieuczciwej

57

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

konkurencji, powinien choćby opisowo wskazać wypełnienie znamion któregoś z czynów opisanych w art. 5-17e lub czynu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast Odwołujący poprzestał na wskazaniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bez choćby zwięzłego przedstawienia w jaki sposób zawyżona wycena poz. 153-155 w kosztorysie Konsorcjum Inżynieria miałby wypełniać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Nie wiadomo zatem nawet, czy jest to działanie sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami, nie mówiąc już o wykazaniu, że działanie to *zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta*. Bez sprecyzowania w kontekście tych przesłanek zarzut zawyżenia wyceny trzech pozycji kosztorysu – nawet ze wskazaniem celu tego działania – pozostaje zawieszony w próżni, gdyż nie wiadomo w jaki sposób miałoby to wypełniać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Ponieważ ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie typizuje czynu polegającego na zawyżeniu wyceny robót wykonywanych w pierwszej kolejności, oparcie się wyłącznie na klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 tej ustawy tym bardziej wymagało starannego sformułowania zarzutu.

Rozpoznając tak powierzchownie zrysowany zarzut Izba stwierdziła, że nie jest jej rolą domniemywanie, przypuszczanie i dociekanie co Odwołujący Budimex chciał zarzucić Zamawiającemu. W rezultacie zawarty w odwołaniu Budimexu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp należało uznać za niezasadny, nawet bez brania pod uwagę stanowiska Konsorcjum Inżynieria. W piśmie z 7 sierpnia 2013 r. Przystępujący odniósł się z ostrożności do zarzutu zawyżenia wyceny poz. 153-155, na wstępie podając za Odwołującego, że dotyczą one demontażu instalacji i wyposażenia technologicznego poszczególnych WKF. Według Przystępującego same prace demontażowe są warte 32.803,00 zł, natomiast pozostałą kwotę w wysokości 472.518,60 zł pochłaniają prace przygotowawcze związane z przewietrzaniem komór, opróżnianiem ich z nagromadzonego osadu oraz ich zmyciem,

a także ustawienie i dzierżawa rusztowań. Ponadto Przystępujący wyjaśnił, że po analizie samego projektu wykonawczego technologii można stwierdzić, że w pierwszej kolejności należy zdemontować pompy i rurociągi. Jednakże według Przystępującego ponieważ projekt był sporządzony dla całości robót, a w rzeczywistości WKF1 został rozpoczęty przez poprzedniego wykonawcę robót, obecnie prace należy rozpocząć od skucia tych konstrukcji żelbetowych. Choć Izba ostatecznie nie musiała rozstrzygać dylematu, które prace będą wykonywane w pierwszej kolejności, nie sposób nie zauważyć w tym kontekście – skoro w odwołaniu tak dobitnie zaprezentowano różnice w tym zakresie – że poz. 1 kosztorysu, dotycząca właśnie rozbiórki konstrukcji żelbetowych, została wyceniona przez Budimex na ponad 1,2 mln zł.

58

**Sygn. akt: KIO 1811/13 KIO 1813/13
KIO 1814/13**

{KIO 1811/13, KIO 1813/13 i KIO 1814/13}

Mając powyższe na uwadze, Izba – rozpatrując sprawy w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach – stwierdziła, że:

– zarówno w sprawie o sygn. akt KIO 1811/13 odwołanie Pol-Aqua, jak i w sprawie o sygn. akt KIO 1813/13 odwołanie Warbudu podlegają oddaleniu, gdyż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w takim zakresie, że nie tylko nie miało to wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, ale nie miało także wpływu na sytuację Odwołujących Pol-Aqua i Warbud, których oferty zasadnie zostały odrzucone na podstawie tego przepisu – wobec czego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 pzp orzeczono, jak w pkt 1. sentencji;

– w sprawie o sygn. akt KIO 1814/13 odwołanie Budimexu podlega uwzględnieniu, gdyż Zamawiający odrzucając ofertę złożoną przez Odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzeczono, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaliczając w pierwszej kolejności do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Kosztami postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 1811/13 i KIO 1813/13 zostali obciążeni odpowiednio: Odwołujący Pol-Aqua i Odwołujący Warbud, od których – zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Zamawiającego, który złożył w tym zakresie odpowiednie rachunki do zamknięcia rozprawy, jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika. Natomiast w sprawie KIO 1814/13 kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego Budimex poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, wobec przedłożenia w tym zakresie do zamknięcia rachunku. W każdym przypadku Izba – na podstawie § 3 pkt 2 lit b rozporządzenia – ograniczyła do kwoty 3600 zł wysokość zasądzonych wynagrodzenia pełnomocników w stosunku do złożonych rachunków

Przewodniczący:

59