

Sygn. akt: KIO 38/11

**WYROK**  
**z dnia 20 stycznia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodnicząca: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 stycznia 2011 r. przez **Eko-Pol Sp. z o.o., 22-442 Adamów, Szewnia Dolna 80**, od czynności zamawiającego, którym jest **Gmina Olszanka, 08-207 Olszanka, Olszanka 37**,

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Olszanka, 08-207 Olszanka, Olszanka 37,**  
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy zł zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Eko-Pol Sp. z o.o., 22-442 Adamów, Szewnia Dolna 80**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr. (słownie trzynaście tysięcy sześćset zł zero groszy) przez **Gminę Olszanka, 08-207 Olszanka, Olszanka 37**, na rzecz **Eko-Pol Sp. z o.o., 22-442 Adamów, Szewnia Dolna 80**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Sygn. akt KIO 38/11**

### *Uzasadnienie*

I. Gmina Olszanka (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Olszanka”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 listopada 2010 r., poz. 371504 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 7 stycznia 2011 r. Eko - Pol sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie: art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych i przedmiotowych, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 Prawa zamówień publicznych, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, że spełnił warunki udziału w postępowaniu, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust.3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów i w konsekwencji przedwczesne wykluczenie Odwołującego, art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 8 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyjaśnień w stosunku do dokumentów złożonych przez Odwołującego, pomimo, że spełniały warunku zawarte w SIWZ, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 w całości w zw. z art. 38 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty wynikające z zaniechania prawidłowego zamieszczenia modyfikacji SIWZ na stronie internetowej, co mogło doprowadzić do zmiany wyniku postępowania, art. 89 Prawa zamówień publicznych w całości poprzez przedwczesne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku jakichkolwiek przesłanek i niepodanie, jaka jest podstawa odrzucenia oferty Odwołującego, art. 89 ust. 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, pomimo, że Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania, art. 87 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wyjaśnienia domniemyanych niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy Adama Tokarskiego - prowadzącego działalność gospodarczą pod

firmą Usługi Techniczno Handlowe Tasta Adam Tokarski - dotyczących dokumentów oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów - referencji - a tym samym nierówne potraktowanie Odwołującego i Adama Tokarskiego, art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Adama Tokarskiego z postępowania, a tym samym – nierówne potraktowanie Odwołującego i Adama Tokarskiego, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Po pierwsze, Wykonawca złożył dokumenty potwierdzające spełnienie warunku w postępowaniu polegającego na realizacji dwóch zadań związanych z wykonaniem wewnętrznych instalacji wod.-kan., zewnętrznych sieci kanalizacyjnych wraz z przykanalikami, sieci deszczowej itp. o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1 500 000 zł – a Zamawiający bezpodstawnie go wykluczył, a dodatkowo rażąco naruszył art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Po drugie - EKO - POL sp. z o.o. zaoferował urządzenia dokładnie zgodnie z wymaganiami zamawiającego a nie urządzenia równoważne - więc nie miał obowiązku złożenia deklaracji zgodności przez tego wykonawcę (Zamawiający wymagał w SIWZ załączenia do oferty deklaracji zgodności jedynie w przypadku zaoferowania urządzeń równoważnych), a zatem nie było podstaw do odrzucenia jego oferty z powodu braku tejże deklaracji.

Ponadto dokumenty złożone przez Adama Tokarskiego nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu a pomimo to jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty zostałyby potwierdzone, w wyniku czego byłaby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Odwołującego, pierwotnie odrzucona,

zostałaby uwzględniona przy powtórnej ocenie ofert - wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ cena jego oferty była na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Izba nie rozpatrywała zarzutu dotyczącego oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Adama Tokarskiego, ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem poniżej tzw. progów unijnych (wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 1 661 441,79 euro zgodnie z drukiem ZP-2, w aktach sprawy), zatem gdyby odwołanie dotyczyło wyłącznie zarzutów przeciwko ofercie najkorzystniejszej – musiałoby zostać oddalone, a to ze względu na przepis 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zawierający zamknięty katalog czynności, od których przysługuje odwołanie w postępowaniach takiej wartości. Zarzuty podnoszone przez Odwołującego, które dotyczą nieprawidłowego – jego zdaniem - wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty podlegają rozpatrzeniu zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Izba w zakresie zarzutów podlegających rozpatrzeniu – wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty - ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z pkt 6.1.2 SIWZ, wykonawcy mieli wykazać posiadanie doświadczenia, polegającego na wykonaniu:

- jednego zadania związanego z wykonaniem 50 kompletnych przydomowych oczyszczalni ścieków pracujących z napowietrzaniem mechanicznym o wartości brutto nie mniej niż 1 000 000 zł,
- dwóch zadań związanych z wykonaniem wewnętrznych instalacji wod.-kan., zewnętrznych sieci kanalizacyjnych wraz z przykanalikami, sieci deszczowej itp. o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1 500 000 zł.

W dniu 25 listopada 2010 r. Zamawiający w odpowiedziach na pytania zadane przez wykonawców, wyraźnie potwierdził, iż na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu należy się wykazać zarówno wykonaniem budowy przydomowych oczyszczalni ścieków – jak wykonaniem dwóch zadań z zakresu instalacji wodno-kanalizacyjnych. Jeżeli wykonawca wykaże tylko budowę przydomowych oczyszczalni ścieków, Zamawiający nie uzna warunku za spełniony.

2. Zgodnie z pkt 3.7 SIWZ, w przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych, należało do oferty załączyć odpowiednią deklarację zgodności. W dniu 3 grudnia 2010 r. Zamawiający zmienił powyższy wymóg, oczekując złożenia deklaracji zgodności w przypadku zaoferowania urządzeń równoważnych. Równocześnie Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby wykonawcy w ofertach podali nazwy oferowanych urządzeń (co potwierdził oświadczeniem na rozprawie), a zgodnie z pkt 7.2 SIWZ, kosztorys ofertowy – gdzie ewentualnie nazwy urządzeń mogłyby zostać ujawnione - „nie będzie miał zastosowania na

etapie badania i oceny ofert, będzie miał charakter informacyjny tj. pomocniczy na etapie rozliczeń z Wykonawcą”.

2. Odwołujący do oferty załączył wykaz trzech robót – z których dwie opisano „Budowa przydomowych oczyszczalni wraz z kanalizacją sanitarną” (roboty realizowane w Hańsku i Starym Zamościu, pozycja nr 1 i 2 wykazu), a jedną - „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków” (roboty w Ostrowii Mazowieckiej, pozycja nr 3 wykazu); do wykazu załączono stosowne referencje.

W kosztorysie załączonym do oferty Odwołujący nie podał żadnych nazw urzędzeń i nie załączył deklaracji zgodności. Na rozprawie oświadczył, że nie zaoferował rozwiązań równoważnych, ale dokładnie takie, jakich wymagał Zamawiający w SIWZ, co odzwierciedla kosztorys ofertowy, tak sformułowany, aby dokładnie odpowiadał przedmiarom załączonym do SIWZ (przedmiary nie zawierały nazw urzędzeń).

3. W dniu 5 stycznia 2010r. Zamawiający wykluczył Odwołującego wskazując, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.1.2 SIWZ, ponieważ brak w ofercie tego wykonawcy dokumentów dotyczących dwóch zadań związanych z wykonaniem wewnętrznych instalacji wod-kan, zewnętrznych sieci kanalizacyjnych wraz z przykanalikami, sieci deszczowej itp. o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1500 000 zł. Jako podstawę wykluczenia Zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał ponadto, że Odwołujący nie załączył wymaganej deklaracji zgodności CE. Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie podał podstawy prawnej odrzucenia.

4. Zamawiający nie wzywał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych – oświadczył na rozprawie, że na podstawie dokumentów załączonych do oferty nie miał żadnych wątpliwości, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dlatego nie było w jego ocenie podstaw do wzywania do uzupełnienia dokumentów.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, co do którego Strony były zgodne, jednak przypisywały mu odmienne skutki prawne, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych – Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów względnie wyjaśnień, w konsekwencji doszło również do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez co najmniej przedwczesne wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Zamawiający powinien podać podstawy faktyczne i prawne odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy – w decyzji z dn. 5 stycznia 2011 r. nie podano podstawy prawnej odrzucenia oferty i błędnie podano podstawę prawną wykluczenia

Odwołującego: mianowicie Zamawiający podał jako podstawę wykluczenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych (podczas gdy złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania nie miało miejsca – za nieprawdziwe informacje nie mogą być uznane oświadczenia i dokumenty, które nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu). Gdyby podstawa faktyczna odrzucenia oferty (brak deklaracji zgodności) została wskazana prawidłowo, to wówczas prawidłową podstawą prawną odrzucenia oferty byłby art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (niezgodność oferty z treścią SIWZ), natomiast prawidłową podstawą prawną wykluczenia Odwołującego z postępowania – gdyby podstawa faktyczna opisany przez Zamawiającego w decyzji o wykluczeniu była prawidłowa – byłby art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. W dalszej części uzasadnienia Izba odniosła się merytorycznie do czynności podjętych przez Zamawiającego, a więc w istocie do podstaw faktycznych odrzucenia oferty i wykluczenia Odwołującego, przypisując tym czynnościom prawidłowe podstawy prawne.

Przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych pozwala Zamawiającemu żądać po pierwsze dokumentów i oświadczeń dotyczących warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumenty i oświadczenia „podmiotowe” – w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia takim oświadczeniem jest wykaz wykonanych robót wraz potwierdzającymi go dokumentami - referencjami), po drugie – oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego (tzw. dokumenty i oświadczenia „przedmiotowe”, odnoszące się do przedmiotu zamówienia – w niniejszym postępowaniu jest to deklaracja zgodności wymagana w przypadku zaoferowania urządzeń równoważnych). Zgodnie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z kolei z art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wynika obowiązek Zamawiającego do wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładają na Zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. Zamawiający nie może bowiem podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy czy o odrzuceniu jego oferty nie mając absolutnej pewności co do spełnienia/niespełnienia przez niego warunków udziału

w postępowaniu czy odnośnie treści jego oferty. Co więcej, przepis art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych zarówno doktryna, jak i orzecznictwo interpretują jednoznacznie: jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, Zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Złożenie dokumentu, z którego treści wynika niespełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (tak przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1915/09, publ. w „Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze”, zeszyt nr 6, Warszawa, grudzień 2010 r.). Takie samo stanowisko wyrażane jest w piśmiennictwie: „Zasadą jest, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu jest czynnością obligatoryjną. W każdym przypadku, gdy czynność ta, obiektywnie rzecz biorąc, może doprowadzić do zmiany sytuacji prawnej wykonawcy, tj. wykazania, że spełnia on warunek, zamawiający ma obowiązek takiego wezwania dokonać.” Anita Elżanowska, „Warunki udziału w postępowaniu”, Zamówienia Publiczne. Doradca, 26 marzec 2008 r., LEX 94469/1).

W niniejszym postępowaniu w SIWZ Zamawiający wymagał wykonania trzech robót, z czego dwie miały polegać na wykonaniu „wewnętrznych instalacji wod-kan, zewnętrznych sieci kanalizacyjnych wraz z przykanalikami, sieci deszczowej itp kanalizacji” (dalej: wykonanie kanalizacji), a jedna – na budowie przydomowych oczyszczalni ścieków. Z odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców jednoznacznie wynikało, że legitymowanie się wykonaniem wyłącznie samych przydomowych oczyszczalni ścieków nie wystarczy, aby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu – należało się również wykazać wykonaniem kanalizacji o określonym zakresie.

Odwołujący w wykazie robót załączonym do oferty opisał trzy roboty – dwie polegające na budowie przydomowych oczyszczalni ścieków, a dwie – na budowie przydomowych oczyszczalni wraz z kanalizacją. O ile nie budziło więc wątpliwości Zamawiającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającego na budowie przydomowych oczyszczalni ścieków, to zaistniały wątpliwości co do wykonania dwóch zadań w zakresie kanalizacji. W takiej sytuacji Zamawiający winien ustalić, czy zakres robót - odnoszący się do kanalizacji - wykonanych przy budowie oczyszczalni ścieków odpowiada zakresowi wymaganemu na potwierdzenie drugiego warunku udziału w postępowaniu – czyli wykonaniu „wewnętrznych instalacji wod-kan, zewnętrznych sieci kanalizacyjnych wraz z przykanalikami, sieci deszczowej itp. o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1 500 000 zł.”. W ocenie Izby, wyjaśnienia do SIWZ z dn. 25 listopada 2010 r. nie stoją na przeszkodzie temu, aby uznać - za spełniające warunek udziału w postępowaniu polegający na budowie kanalizacji –



realizacji przydomowych oczyszczalni ścieków wraz z kanalizacją, o ile w ramach tychże robót została wykonana kanalizacja w oczekiwanym przez Zamawiającego zakresie.

Rzeczywiście może być tak, że prace wykonane w związku z kanalizacją przy realizacji przydomowych oczyszczalni ścieków miały charakter incydentalny (niewielki zakres, polegający na włączeniu przydomowych oczyszczalni w istniejącą instalację kanalizacyjną), jednak równie dobrze zakres robót mógł być znacznie szerszy, odpowiadający wymaganiom Zamawiającego. Zakresu tego Zamawiający nie może domniemywać opierając się na własnym doświadczeniu (na rozprawie oświadczył, że taka właśnie była podstawa uznania, że Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu), lecz winien go ustalić w sposób nie budzący żadnych wątpliwości w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych. O zakresie wykonanych robót nie przesądza ani sformułowanie zawarte w wykazie robót, ani treść referencji – wykonawca może go wykazać w inny sposób, np. przedkładając umowę na wykonanie zadania, z której będzie wynikał jego zakres szczegółowy. Wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów może również przedłożyć nowy wykaz i nowe referencje, obejmujące roboty nie ujęte w pierwotnym wykazie.

Wobec powyższego, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych bądź do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, z tego powodu należy powtórzyć czynność badania i oceny ofert. Zaniechanie powyższego jest naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych i doprowadziło do przedwczesnego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający jest zwolniony z wzywania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Konieczność unieważnienia postępowania nie zaistniała, również oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu. Zamawiający wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego z powodu braku deklaracji zgodności, ponieważ była ona wymagana wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca zaoferuje urządzenia równoważne do urządzeń wymaganych w SIWZ. Z oferty Odwołującego nie można wywieść, że zaoferował on urządzenia równoważne – Odwołujący w kosztorysie ofertowym nie podał żadnych nazw urządzeń, które mogłyby wskazywać na to, że oferuje inne urządzenia od wymaganych w SIWZ. Co więcej, SIWZ nie nakładała na wykonawców obowiązku podawania nazw urządzeń (jak sam Zamawiający stwierdził na rozprawie), a kosztorys ofertowy miał wyłącznie charakter pomocniczy i zgodnie z zapowiedzią w SIWZ nie mógł być brany pod uwagę przy badaniu i ocenie ofert. Przy takich postanowieniach SIWZ jak sformułowane przez Zamawiającego, Zamawiający winien się liczyć z tym, że właśnie taka sytuacja nastąpi i wykonawcy składający oferty nie podadzą nazw urządzeń. W tych okolicznościach należy

przyjąć, że wykonawca zaoferował urządzenia dokładnie takie, jak opisywała to SIWZ – nie ma bowiem żadnych podstaw aby przypuszczać inaczej. Można się spodziewać, że gdyby wykonawca rzeczywiście zaoferował urządzenia równoważne do opisanych w SIWZ – to wówczas w ofercie by to zaznaczył. W takim wypadku zaistniałby obowiązek załączenia do oferty deklaracji zgodności. Gdyby jej nie załączono, wówczas pełne zastosowanie znalazłby art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (Zamawiający miałby obowiązek wezwania do uzupełnienia deklaracji zgodności, jak wynika z wcześniejszych wywodów). Należy zauważyć, że Zamawiający miałby również prawo - w razie wątpliwości co do zaoferowanych urządzeń - wezwania do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, czego jednak nie uczynił i co nie wydaje się konieczne, niemniej jednak jeżeli Zamawiający ma wątpliwości w tym zakresie, to może przywołany przepis zastosować.

Reasumując, Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego z powodu braku deklaracji zgodności było niezasadne, a co najmniej przedwczesne.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert jest równoznaczne z unieważnieniem decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 stycznia 2011 r. Powtarzając czynność badania i oceny ofert Zamawiający powinien w taki sam sposób potraktować wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty – zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równości wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Za uzasadnione koszty Odwołującego, oprócz kosztu poniesionego wpisu od odwołania, Izba uznała koszt reprezentacji Odwołującego przez pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

**Przewodniczący:**

.....