

WYROK

z dnia 1 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: Agata Dziuban

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 maja 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 maja 2011 r.** przez wykonawcę: **K.T.S. "Elpom" S.A. ul. Pruszkowska 24, 05-830 Nadarzyn**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Nowym Tomysłu Sp. z o.o., ul. Targowa 8, 64-300 Nowy Tomyśl**,

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno**,

- zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

1.1. Nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

1.2. Nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Nowym Tomysłu Sp. z o.o., ul. Targowa 8, 64-300 Nowy Tomyśl.

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł**

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **K.T.S. "Elpom" S.A. ul. Pruszkowska 24, 05-830 Nadarzyn**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od zamawiającego: **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Nowym Tomyślu Sp. z o.o., ul. Targowa 8, 64-300 Nowy Tomyśl**, na rzecz odwołującego **K.T.S. "Elpom" S.A. ul. Pruszkowska 24, 05-830 Nadarzyn**, kwotę **23 600,00 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, póź. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Kompleksowe zagospodarowanie ścieków w zlewni rzeki Obry - przebudowę i rozbudowę miejskiej oczyszczalni ścieków w Nowym Tomyszu,” ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod pozycją 2011/S 21-033681 z dnia 1 lutego 2011 r., w dniu 23 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę - K.T.S. „Elpom” S.A., w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem przekazanym za pośrednictwem faksu dnia 14 maja 2011 r. o wyborze oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Piasecznie.

Wobec podjętych niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą, wykonawca: K.T.S. „Elpom” S.A. zarzucił zamawiającemu: Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w Nowym Tomyszu Sp. z o.o., naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), tj.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2, wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., mimo że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ),
- 2) art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, wyrażające się w dopuszczeniu przez zamawiającego do dokonania zmiany po upływie terminu składania ofert treści oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A.,
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyrażające się w umożliwieniu Przedsiębiorstwu Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. złożenia po terminie składania ofert oświadczeń i dokumentów stanowiących treść oferty i nieobjętych art. 25 ust. 1 ustawy Pzp,
- 4) naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wyrażającego się w pogwałceniu zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w trakcie badania i oceny ofert w przedmiotowym przetargu.

W związku z powyżej wskazanymi okolicznościami, odwołujący powołując się na interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia z uwagi na fakt, iż w sytuacji odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., jego oferta jako druga pod względem ceny będzie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza, wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. oraz
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w wyniku czego oferta Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. zostałaby odrzucona, a oferta odwołującego się - wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał co następuje. Oferta Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W rozdziale 15 pkt 1 ppkt 2 części I SIWZ zamawiający wskazał, iż „Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ.” „Wymagania zamawiającego” dotyczące przedmiotu zamówienia określone zostały w programie funkcjonalno-użytkowym-PFU (część III SIWZ). W definicji programu funkcjonalno-użytkowego zamawiający wskazał, iż „Program funkcjonalno użytkowy zawiera wymagania zamawiającego. Gdziekolwiek w warunkach kontraktu występuje określenie „wymagania zamawiającego” należy przez to rozumieć „Program funkcjonalno - użytkowy” (rozdz. 2 pkt 12) części I SIWZ oraz Akt umowy klauzula 1.1.1.11 - część II SIWZ). W rozdz. 22 w pkt 2, części I SIWZ, zamawiający wskazał, iż: „ocena zgodności oferty z treścią SIWZ przeprowadzona zostanie wyłącznie na podstawie analizy dokumentów i oświadczeń, jakie wykonawca zawarł w swej ofercie z zastrzeżeniem treści art. 26 ust. 3 Pzp.” Odwołujący zaznaczał, że w przypadku zaoferowania przez wykonawcę rozwiązania niezgodnego z programem funkcjonalno-użytkowym (PFU), obowiązkiem zamawiającego było ustalenie, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, w konsekwencji czego, musiało nastąpić odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Obowiązek przedstawienia przez wykonawcę oferty o treści zgodnej z treścią SIWZ wynika wprost z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp. W doktrynie przyjmuje się, iż obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp występuje, gdy treść oferty - oświadczenia wykonawcy zawierającego zobowiązanie do zaspokojenia potrzeb i wymagań zamawiającego opisanych w SIWZ jest niezgodna z treścią SIWZ - nie odpowiada w swej treści powołanemu opisowi potrzeb i wymagań zamawiającego. Opis ten dotyczy merytorycznych warunków realizacji przedmiotu zamówienia, a zamawiający jest zobowiązany zweryfikować ocenianą ofertę pod kątem zapewnienia przez nią realizacji w całości tegoż przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, zamawiający ma obowiązek zbadać, czy świadczenie wykonawcy, które otrzymałby w oparciu o umowę zawartą w wyniku zaakceptowania oferty tego podmiotu, odpowiadałoby swoją treścią opisowi wszystkich zachowań wykonawcy, których oczekiwał zamawiający na etapie konstruowania opisu przedmiotu zamówienia, i których to opis zawarty został w treści SIWZ. Bowiem to SIWZ w swoich postanowieniach określa, do wykonania jakiego świadczenia wykonawca powinien

się zobowiązać - jaką treść w swojej ofercie musi on zawrzeć, aby zamawiający mógł uznać, iż dookreśla ona wszystkie istotne postanowienia przyszłej umowy w sposób dostateczny, a tym samym, żeby mógł on uznać, że treść oferty odpowiada treści SIWZ. W opinii odwołującego, oświadczeniem wykonawcy, zawierającym zobowiązanie do zaspokojenia potrzeb zamawiającego w zakresie wymagań przedstawionych w programie funkcjonalno-użytkowym jest, zgodnie z postanowieniami rozdz. 15 pkt 3 ppkt 1) lit. m) SIWZ, „Oświadczenie o uzyskaniu przez zmodernizowaną oczyszczalnię ścieków w Nowym Tomysłu efektu technologicznego w postaci jakości ścieków oczyszczonych sporządzane na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ.” Wymienione oświadczenie musiało zawierać m.in.:

1. Założenia programowo - funkcjonalne, w skład których wchodzić będą:

- a) Plan zagospodarowania terenu oczyszczalni ścieków,
- b) Schemat technologii oraz profil hydrauliczny przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni,
- c) Opis technologii (wraz z opisem maszyn i urządzeń) zawierający - podstawowe wymiary obiektów technologicznych, ich parametry technologiczne (czas zatrzymania, obciążenie hydrauliczne, wiek osadu itp.), parametry technologiczne wszystkich zastosowań maszyn i urządzeń,
- d) Bilans produkcji ścieków i osadów,
- e) Wykaz odbiorników energii elektrycznej,
- f) Ilość odpadów powstających na oczyszczalni,
- g) Zapotrzebowanie oczyszczalni na materiały eksploatacyjne (woda, środki chemiczne),
- h) Rysunek przedstawiający rzut reaktora biologicznego z proponowanym przez wykonawcę rozmieszczeniem urządzeń technologicznych,

2. Wypełniony Wykaz gwarancji wykonawcy.

3. Wszystkie inne informacje wymagane zgodnie z programem funkcjonalno - użytkowym, oraz te które wykonawca uzna za niezbędne do właściwego i pełnego przedstawienia swojej propozycji w sposób umożliwiający zamawiającemu jej pełną ocenę. W treści zał. nr 7 do części I SIWZ zamawiający podał, iż: wszystkie dane, informacje, obliczenia, rozwiązania, rysunki i gwarancje muszą w pełni być zgodne z wymaganiami przedstawionymi w SIWZ, ze szczególnym uwzględnieniem tych zawartych w programie funkcjonalno - użytkowym.

Odwołujący podkreślał, że oświadczenie wymagane według zał. nr 7 do SIWZ nie ma charakteru informacyjnego, jak to wskazano w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ale stanowi oświadczenie woli wykonawcy, iż przedmiot zamówienia wykonany zostanie w określony sposób, w szczególności, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z

programem funkcjonalno - użytkowym. SIWZ w swej treści określa więc w sposób wyraźny, do wykonania świadczenia, o jakiej treści wykonawca powinien się zobowiązać. Musi wskazywać, jaką treść w swojej ofercie musi on zawrzeć, aby zamawiający mógł uznać, iż dookreśla ona wszystkie istotne postanowienia przyszłej umowy w sposób dostateczny, a tym samym, żeby mógł on uznać, że treść oferty odpowiada treści SIWZ. Wskazanie wymaganej treści oferty, niezbędnej do ustalenia zgodności świadczenia wykonawcy z potrzebami zamawiającego bezsprzecznie nastąpiło w przedmiotowym postępowaniu w zał. nr 7 do części I SIWZ. Oświadczenie składane według tego załącznika winno potwierdzać zgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący argumentował, że podstawą oceny oferowanego przez wykonawcę świadczenia może być wyłącznie treść złożonej przez wykonawcę oferty, będącej odpowiedzią na konkretne wymogi zamawiającego postawione w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Treść oferty na gruncie ustawy Pzp należy rozumieć w sposób ścisły i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zakres jego zobowiązania względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy. Z postanowień art. 61 K.c., do którego odsyła art. 14 ustawy Pzp wynika, że oświadczenie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, gdy określa istotne jej postanowienia. Wyrażona zatem propozycja zawarcia umowy powinna zostać tak sformułowana, aby było możliwe przyjęcie oferty wprost. Oferta może zawierać również inne postanowienia, to znaczy nie tylko wskazujące na ustawowe cechy umowy o roboty budowlane, ale umowa dochodzi do skutku wówczas, gdy zostanie zaakceptowana pełna treść oferty. Skoro potwierdzeniem zgodności treści oferty z treścią SIWZ jest oświadczenie składane według zał. nr 7 do SIWZ, to nie jest również wystarczające dla potwierdzenia wymaganej treści oferty, jedynie powołanie się na ogólne stwierdzenie w formularzu ofertowym o akceptacji postanowień wzoru umowy czy też zagwarantowania wykonania całości zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji. W sytuacji gdy wykonawca nie przedstawia którejkolwiek z informacji właściwej dla treści oświadczenia według zał. nr 7 do SIWZ (t.j. informacji, która w świetle postanowień SIWZ miała się na to oświadczenie bezwzględnie składać), lub gdy przedstawia je w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, w szczególności oferując rozwiązania niezgodne z wymaganiami zamieszczonymi w PFU, obowiązkiem zamawiającego jest uznanie, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ w konsekwencji czego oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, iż wyjątkiem od tej zasady może być jedynie korekta omyłek w ofercie dokonana w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Aby zamawiający mógł zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może mieć jednak wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. Za niedopuszczalne poczytał dokonywanie poprawienia omyłek w treści oferty poprzez umożliwienie wykonawcy „dosyłania” brakujących istotnych elementów umowy po

terminie składania ofert, pod pozorem wyjaśnień treści oferty.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający nie miał prawa w przedmiotowym postępowaniu przetargowym w trybie: art. 26 ust. 3 czy też art. 87 ust. 1 ustawy Pzp żądać od wykonawców uzupełnienia oświadczenia według zał. nr 7 do SIWZ o brakującą treść, w szczególności, gdy uzupełniana treść jest inna niż w pierwotnie złożonej ofercie. Działania takie stanowią rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż sprowadzają się de facto do ustalenia istotnych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu składania ofert. Za znamienne uznał, iż takie ustalenie następowaloby po otwarciu ofert, a więc w czasie, gdy dostępne są dla wykonawcy wszystkie istotne postanowienia umowy dookreślone w ofertach przez pozostałych wykonawców.

Odwołujący przedstawił zauważone przez niego niezgodności treści oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z treścią SIWZ, które bezsprzecznie, w jego ocenie, winny skutkować odrzuceniem tejże oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak poniżej:

I. Brak uwzględnienia w ofercie określenia typów i producentów maszyn i urządzeń - str. od 45 do 51 oferty „POL-AQUA” S.A.

W części IV SIWZ, zamawiający zamieścił informacje uzupełniające do PFU w oparciu o pytania i odpowiedzi występujące w pierwszym postępowaniu przetargowym. Wśród nich zamieszczono następujące wyjaśnienia:

1. Plik: Dokumenty, decyzje - część IV SIWZ - Informacje uzupełniające do PFU:

„Pytanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznik nr 7 i wzór formularza propozycji wykonawcy wraz z wykazem gwarancji wykonawcy) napisano między innymi, że: "Propozycja wykonawcy powinna zawierać co najmniej:

1. Założenia programowo - funkcjonalne, w skład których wchodzić będą:

- a) Plan zagospodarowania terenu oczyszczalni ścieków,
- b) Schemat technologii oraz profil hydrauliczny przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni,
- c) Opis technologii (wraz z opisem maszyn i urządzeń) zawierający: - podstawowe wymiary obiektów technologicznych, ich parametry technologiczne (czas zatrzymania, obciążenie hydrauliczne, wiek osadu itp.), parametry technologiczne wszystkich zastosowanych maszyn i urządzeń."

Na pytanie: Czy zamawiający wymaga, żeby wraz z podaniem parametrów technologicznych wszystkich zastosowanych maszyn i urządzeń propozycja wykonawcy zawierała również określenie typów i producentów proponowanych urządzeń? Udzielono odpowiedzi: „Tak.

Należy podać parametry technologiczne wraz z wskazaniem typu urządzeń, co ułatwi analizę

rozwiązań."

2. Plik: Technologia i inne wymagania - część IV SIWZ - Informacje uzupełniające do PFU:

Pytanie – „Czy zamawiający wymaga, żeby wraz z podaniem parametrów technicznych i technologicznych wszystkich zastosowanych maszyn i urządzeń, propozycja wykonawcy zawierała również określenie typów i producentów proponowanych urządzeń? Odpowiedź - Mają zawierać też określenie typów i producentów urządzeń."

Odwołujący wyjaśniał, że w złożonej ofercie „POL-AQUA” S.A. na str. 45-51 przedstawia oferowane maszyny i urządzenia bez określenia ich typów i producentów. Dane te nie są ponadto podane w żadnej innej części oferty. Wskazanie typu oferowanych maszyn lub urządzeń stanowi cechę przedmiotu zamówienia, o charakterze istotnego postanowienia umowy. Tym samym nie kwalifikuje się do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Oferowane typy maszyn i urządzeń są elementem oświadczenia woli wykonawcy zawierającego propozycję wykonawcy wraz z wykazem gwarancji wykonawcy (wymagane w rozdz. 15 pkt 3 ppkt 1 lit. m wg załącznika nr 7 do I części SIWZ). Informacje te, jako załącznik do oferty, zgodnie z ustaleniami rozdziału 1 pkt 2) wzoru umowy (część II SIWZ) „będą uważane, odczytywane i interpretowane jako integralna część niniejszego Kontraktu", t.j. przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem odwołującego, zamawiający sam stwierdza w podsumowaniu wezwania skierowanego do „POL-AQUA” S.A. z dnia 10 maja 2011 r. znak: 1122/KT/II, że „w zestawieniu maszyn i urządzeń brak określenia ich typów i producentów, co było wymagane PFU." Mimo to, w tym samym piśmie wezwał „POL-AQUA” S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia poprawnie przygotowanego oświadczenia wg załącznika nr 7 do SIWZ. Wykonawca „POL-AQUA” S.A. wraz z pismem z dnia 11 maja 2011 r. dostarczył zamawiającemu po terminie składania ofert poprawiony załącznik nr 7 - tym razem wskazując typy i producentów oferowanych maszyn i urządzeń.

Odwołujący podkreślał, iż wymóg podania w ofercie typów i producentów oferowanych maszyn i urządzeń nie został przez żadnego wykonawcę zakwestionowany w toku postępowania, a także ani „POL-AQUA” S.A., ani żaden inny wykonawca nie zwracał się z prośbą o dodatkowe doprecyzowanie tego wymogu, zwłaszcza że zamawiający nie zezwolił na wybiórcze przedstawianie w ofercie typów i producentów oferowanych maszyn i urządzeń według uznania wykonawców. Oferta nie zawierająca typów i producentów oferowanych maszyn i urządzeń, została przedstawiona w sposób uniemożliwiający weryfikację oferowanych rozwiązań jakie będą stosowane w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W opinii odwołującego, działania zamawiającego polegające na umożliwieniu „POL-AQUA” S.A. uzupełnienia tych danych stanowią rażąco naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,

gdyż prowadzą do zmiany treści oferty tego wykonawcy.

II. Brak w ofercie „POL-AQUA” S.A. rysunków wymaganych przez zamawiającego w oświadczeniu według załącznika nr 7.

W treści zał. nr 7 do I części SIWZ, zamawiający jednoznacznie wskazał, iż:

Propozycja wykonawcy powinna zawierać co najmniej:

1. Założenia programowo - funkcjonalne, w skład których wchodzić będą między innymi:

- a) Plan zagospodarowania terenu oczyszczalni ścieków,
- b) Schemat technologii oraz profil hydrauliczny przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni,
- h) Rysunek przedstawiający rzut reaktora biologicznego z proponowanym przez wykonawcę rozmieszczeniem urządzeń technologicznych.

Oferta „POL-AQUA” S.A. wymienionych dokumentów nie zawiera. Podkreślał, iż dokumenty te nie mają charakteru informacyjnego, ale stanowią oświadczenie woli wykonawcy, iż przedmiot zamówienia wykonany zostanie w określony sposób, zatem nie mogą być uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie ma ponadto żadnej możliwości do samodzielnego ustalenia (za wykonawcę) planu zagospodarowania terenu oczyszczalni, schematu technologii oraz profilu hydraulicznego przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni, jak również nie może za wykonawcę rozmieszczać urządzeń technologicznych. Każdy wykonawca winien dokonać powyższego w swojej ofercie, respektując zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji - w terminie składania ofert. Brak ww. dokumentów w oświadczeniu złożonym w ofercie według załącznika nr 7 do SIWZ stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dostarczanie po upływie terminu składania ofert wymaganych elementów oświadczenia opisanych w załączniku nr 7 nie mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż nie jest ani oczywistą omyłką (pisarską czy rachunkową), a ingerencja w oświadczenie według zał. nr 7 do SIWZ polegająca na przedstawieniu kompletnego planu zagospodarowania terenu oczyszczalni ścieków, schematu technologii oraz profilu hydraulicznego przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni oraz rysunku przedstawiającego rzut reaktora biologicznego z proponowanym przez wykonawcę, rozmieszczeniem urządzeń technologicznych powoduje istotne zmiany w treści oferty. Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ewentualnie mogłoby mieć miejsce w sytuacji przedstawienia przez wykonawcę ww. dokumentów w ofercie z nieistotnymi błędami w ich treści. Usunięcie omyłki w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest czynnością dokonywaną przez zamawiającego i nie może natomiast polegać na dokonywaniu korekty przez samego wykonawcę, w szczególności, gdy wyraża się to w „donoszeniu” przez niego kompletnych brakujących

części oświadczenia woli.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający sam stwierdził brak wyżej wymienionych dokumentów w ofercie „POL-AQUA” S.A. w wezwaniach do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty z dnia 28 kwietnia 2011 r. znak: 1005/KT/II (wezwanie do uzupełnienia rysunku reaktora biologicznego) oraz z dnia 5 maja 2011 r. znak: 1087/KT/II (wezwanie do uzupełnienia planu zagospodarowania terenu oczyszczalni ścieków, schematu technologii oraz profilu hydraulicznego przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni). Wykonawca POL-AQUA S.A. pismem z dnia 5 maja 2011 r. (PA/3310/PP/11) uzupełnił poprawiony załącznik nr 7 z tymi dokumentami.

Zdaniem odwołującego, działania zamawiającego naruszają ponadto art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż prowadzą do zmiany treści oferty „POL-AQUA” S.A.

III. Odstępstwa w ofercie wykonawcy „POL-AQUA” S.A. od wymagań technicznych oferowanych urządzeń.

1. Brak zgodności mocy silnika napędowego w maceratorze osadu z wymaganiami PFU - w ofercie jest 4,0 kW, a winno być 3,0 kW.

Na stronie 55 oferty w wykazie odbiorników energii elektrycznej dla obiektu nr 10 Budynek odwadniania osadu w pozycji 3, został zaoferowany macerator osadu Q=30 m/h z przepływomierzem ilości osadu - kpl 1; moc silnika 4 kW. Na stronie 50 oferty w zestawieniu urządzeń części osadowej wykonawca oferuje macerator osadu (1 + 1) szt. – 30 m/h, napęd: motoreduktor, moc max. 4 kW. W odpowiedzi nr 2 na pytanie 19 zamawiający jednoznacznie wskazał: „Macerator osadu przed podaniem na mechaniczną prasę taśmową 2 szt. (...), motoreduktor, 3,0 kW (...). Należy zainstalować rozdrabniacze osadu o następujących parametrach, między innymi: konstrukcja - rozdrabniacz dwuwałowy frezowy, moc silnika napędowego: 3,0 kW.

W ocenie odwołującego, oferowany przez „POL-AQUA” S.A. macerator osadu jest urządzeniem o większej mocy niż wymagał tego zamawiający w PFU. Powyższe ustalenie winno skutkować odrzuceniem oferty „POL-AQUA” S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów z dnia 10 maja 2011 r., pismem znak: 1122/KT/II wykonawca „POL-AQUA” S.A. w dniu 12 maja 2011 r. dostarczył nowe oświadczenie według załącznika nr 7 do SIWZ. Na stronie 17 owego załącznika wykonawca zaoferował urządzenia do odwadniania osadu: macerator osadu (1 + 1) szt., 30 m³/h, napęd: motoreduktor, moc max. 4 kW, czyli nadal niezgodny z treścią SIWZ. Dodatkowo na stronie 23 Załącznika 7 w tabeli zawierającej wykaz odbiorników energii elektrycznej - wykonawca dokonał zmiany mocy silnika maceratora w odniesieniu do pierwotnej oferty na 2 kpl o mocy 3 kW (w złożonej ofercie

podana moc wynosi 4 kW). Działania zamawiającego podjęte zostały z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 tej ustawy, gdyż prowadzą do zmiany treści oferty „POL-AQUA” S.A.

Odwołujący zauważył, iż w sytuacji braku podania w ofercie typów maszyn i urządzeń oraz ich producentów ingerencja w treść oferty polegająca na zmianie wymaganych parametrów technicznych oferowanych rozwiązań stwarza możliwość doboru urządzeń spełniających wymagania SIWZ po terminie składania ofert. Prowadzi to do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

2. Brak zgodności oferowanych dmuchaw do napowietrzania piaskownika z wymaganiami PFU.

Zgodnie z wymaganiami określonymi w programie funkcjonalno-użytkowym (str. 50 PFU) należało zaoferować 2 dmuchawy do napowietrzania piaskownika o m.in. następujących parametrach:

- wydajność pojedynczej dmuchawy: 100 Nm³/h,
- spręż: 450 mbar,
- moc silnika: 3,0 kW.

W ofercie firmy „POL-AQUA” S.A. w zestawieniu urządzeń części osadowej oczyszczalni i odwadniania dla budynku separatora piasku (na stronie 49 oferty) oraz w wykazie odbiorników dla budynku separatora piasku Lp 7 poz. 2 (na stronie 55 oferty) zaoferowano dmuchawę o parametrach:

- wydajność 400 Nm³/h,
- spręż 300 mbar,
- moc 5,5 kW.

Zdaniem odwołującego, oferowane dmuchawy są niezgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ. Powyższe przyznaje sam zamawiający stwierdzając w piśmie znak: 1122/KT/II z 10 maja 2011 r., że „Przyjęte przez oferenta 2 dmuchawy do napowietrzania piaskownika nie spełniają wymagań PFU w zakresie: wydajności (...), sprężu (...) oraz mocy (...)”. Fakt zaoferowania dmuchaw niezgodnych z PFU potwierdza wykonawca „POL-AQUA” S.A. wskazując na str. 2 wyjaśnień z dnia 11 maja 2011 r. (pismo PA/3475/PP/11) dotyczących budynku separatora piasku, iż z przeprowadzonych przez niego obliczeń wynika potrzeba większej wydajności dmuchaw niż wynika to z PFU.

Odwołujący wywodził, iż żaden z wykonawców nie był uprawniony do zmiany wymagań i potrzeb zamawiającego, a w sytuacji jakiegokolwiek wątpliwości związanych z wymaganą wydajnością dmuchaw należało zwrócić się z prośbą o wyjaśnienie SIWZ, a nie samodzielnie modyfikować jej ustalenia. Doprowadzenie do zmiany oferowanych urządzeń (w tym przypadku 2 dmuchaw) po terminie składania ofert stanowi rażące naruszenie art. 87

ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto w opinii odwołującego, zamawiający dopuścił do zmiany treści oferty na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów wystosowanego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czym uchybił postanowieniom tegoż przepisu ustawy Pzp.

Odwołujący zaznaczał, że oferowane urządzenia stanowią istotne postanowienie umowy. Zmiana tych urządzeń na inne, spełniające wymagania SIWZ prowadzi do złożenia zamawiającemu nowej oferty, po terminie składania ofert. Ustalenia dokonane przez zamawiającego, o którym informuje w piśmie z 10 maja 2011 r. przesłanym do „POL-AQUA” S.A., że „Przyjęte przez oferenta 2 dmuchawy do napowietrzania piaskownika nie spełniają wymagań PFU w zakresie: wydajności (...), sprężu (...) oraz mocy (...),” winny skutkować podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

3. Brak zgodności oferowanych mieszadeł zatapiających z wymaganiami PFU.

Zgodnie z wymaganiami określonymi w programie funkcjonalno-użytkowym (str. 38 PFU) należało zaoferować mieszadła o min. następujących parametrach:

- średnica śmigła: 250 mm,
- moc nominalna silnika: 4,5 kW.

W ofercie firmy „POL-AQUA” S.A. w tabeli zestawienie urządzeń części mechanicznej dla Zbiornika retencyjnego zaadaptowanego z przebudowanego Osadnika Imhoffa (na stronie 47 oferty) oraz w wykazie odbiorników energii elektrycznej w pozycji 5 – obiekt nr 5 - Zbiornik retencyjny - osadnik Imhoffa (na str. 55 oferty) zaoferowane zostały mieszadła o parametrach:

- średnica śmigła 280mm,
- moc nominalna silnika 2,5 kW.

Wymienioną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ dostrzegł zamawiający w piśmie z dnia 10 maja 2011, znak:. 1122/KT/II. Wybrany wykonawca „POL-AQUA” S.A. w wyjaśnieniach z dnia 11 maja 2011 r. (pismo PA/3475/PP/11) dotyczących zbiornika retencyjnego potwierdził, że „zapropozowano mieszadła o mniejszej mocy przy takiej samej sprawności, co jest rozwiązaniem bardziej ekonomicznym pod względem energochłonności dla zamawiającego,” a więc fakt, iż oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ jest bezsporny.

Żaden z wykonawców nie był uprawniony do zmiany wymagań i potrzeb zamawiającego, a w sytuacji jakiegokolwiek wątpliwości związanych z wymaganą wydajnością dmuchaw należało zwrócić się z prośbą o wyjaśnienie SIWZ, a nie samodzielnie modyfikować jej ustalenia.

W tym samym piśmie z dnia 12 maja 2011 r. „POL-AQUA” S.A. przedstawiła nowe oświadczenie wg zał. nr 7 do SIWZ zmieniając oferowane mieszadła na inne - o innych parametrach technicznych niż te przedstawione w ofercie t.j. wirnik śmigłowy, trzyłopatkowy, D=368 mm ze stali A4, prędkość obrotowa 1404 obr/min, klasa izolacji F, wykonanie

przeciwwybuchowe Ex, moc silnika 4,5 kW. (str. 12 dostanego po terminie składania ofert załącznika nr 7). Za zgodą zamawiającego doszło zatem do zmiany treści oferty z rażącym naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto odwołujący zauważył, iż nawet zmienione po terminie składania ofert urządzenia nie spełniają wymagań PFU dotyczących średnicy śmigła. W dostanym zał. nr 7 „POL-AQUA” S.A. oferuje mieszadła o średnicy śmigła 368 mm podczas gdy w PFU zamawiający wymagał mieszadeł o średnicy 250 mm.

4. Brak zgodności oferowanej prasopłuczki skratek z wymaganiami PFU.

Zgodnie z wymaganiami określonymi w programie funkcjonalno-użytkowym (str. 28 PFU) należało zaoferować prasopłuczki skratek o m.in. następujących parametrach:

- napęd ślimaka 4 kW,
- napęd wirnika 3,5 kW

W ofercie firmy „POL-AQUA” S.A. (na stronie 46 i 54 oferty) zaoferowano prasopłuczki skratek o napędzie $N_s = 4$ kW. W dniu 10 maja 2011 pismem znak: 1122/KT/II zamawiający zwrócił się do „POL-AQUA” S.A. o wyjaśnienie dotyczące budynku krat stwierdzając, iż „w prasopłuczce uwzględniono wyłącznie moc napędu ślimaka tj 4,0 kW, pominięto moc wirnika 3,5 kW - w PFU przewidziano 7,5 kW.” W wyjaśnieniach z dnia 12 maja 2011 r. (pismo PA/3475/PP/11) wykonawca „POL-AQUA” S.A. zmienił napęd prasopłuczki z 4 kW na 3,5 kW (str. 10 doniesionego po terminie składania ofert zał. nr 7). Jednocześnie na stronie 22 przesłanego w dniu 12 maja 2011 nowego załącznika nr 7, w wykazie odbiorników energii elektrycznej wykonawca „POL-AQUA” S.A. zmienił opis i moc urządzenia na następujące.

- Prasopłuczka z transporterem ślimakowym wyd. 2 m³/h wraz z czujnikiem poziomu szt. 1, Moc E 11,55 kW. Tymczasem zamawiający w PFU wskazał wymaganą moc prasopłuczki z transporterem ślimakowym 7,5 kW.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż treść oferty „POL-AQUA” S.A. nie odpowiada treści SIWZ w zakresie oferowanej prasopłuczki co winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

5. Brak zgodności oferowanych pomp do recyrkulacji osadu z wymaganiami PFU.

Zgodnie z wymaganiami określonymi w programie funkcjonalno-użytkowym (str. 44 PFU) należało zaoferować pompy do recyrkulacji osadu o m.in. następujących parametrach:

- średnica śmigła: 368 mm.

„POL-AQUA” S.A., w wykazie odbiorników energii elektrycznej dla bloku biologicznego oczyszczania ścieków Lp 4 w pozycji 6 (na stronie 54 oferty) zaoferowała pompy do recyrkulacji osadu o średnicy śmigła 247 mm.

Nie ulega wątpliwości, iż treść oferty w zakresie wymaganej średnicy śmigła pompy do recyrkulacji osadu nie odpowiada treści SIWZ, co winno skutkować odrzuceniem oferty

„POL-AQUA” S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

6. Brak zgodności krat gęstych w budynku krat z wymaganiami PFU.

W pkt 2 odpowiedzi na pytanie nr 20 zamawiający jednoznacznie określił wymagania dotyczące krat gęstych: rodzaj kraty: krata gęsta panelowa (taśmowo-hakowa), przepływ: 450 l/ s, szerokość kanału: 80 cm, głębokość kanału: 4200 mm, spiętrzenie ścieków przed kratą (dla przepływu: 450 l/s): 1500 mm, spadek hydrauliczny na kracie: max. 30 cm, prześwit oczka: 6 mm, kąt montażu kraty: 60, maksymalna ilość skratek: 1000 kg/h.

„POL-AQUA” S.A. (na stronie 45 oferty) w zestawieniu urządzeń części mechanicznej (budynek krat) oraz na str. 54 oferty - zaoferowała kraty gęste o prześwicie 3 mm.

Wymienioną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ potwierdził zamawiający w piśmie z dnia 10 maja 2011 znak: 1122/KT/II „zapropomowano kratę o prześwicie 3,0 mm - w skorygowanym PFU - 6 mm."

„POL-AQUA” S.A. w wyjaśnieniach z dnia 11 maja 2011 r. (pismo PA/3475/PP/11) dotyczących budynku krat przyznała fakt zaoferowania urządzenia niezgodnego z wymaganiami PFU stwierdzając: „zapropomowano kratę gęstszą niż 6 mm, czyli korzystniejsze rozwiązanie dla zamawiającego, jednocześnie spełniające wymagania PFU, jednakże chcąc zaspokoić w pełni wymagania zamawiającego uwzględniono kratę o prześwicie 6 mm," a więc okoliczność, iż oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ przyjął odwołujący za bezsporną. Żaden z wykonawców nie był uprawniony do zmiany wymagań i potrzeb zamawiającego, a w sytuacji jakiegokolwiek wątpliwości związanych z wymaganymi parametrami krat należało zwrócić się z prośbą o wyjaśnienie SIWZ, a nie samodzielnie modyfikować jej ustalenia.

Odwołujący zaznaczał, że w tym samym piśmie z dnia 12 maja 2011 r. „POL-AQUA” S.A. przedstawiła nowe oświadczenie wg zał. nr 7 do SIWZ zmieniając oferowane kraty (str. 10) na kraty gęste o prześwicie 6 mm. Tym samym zamawiający dopuścił do naruszenia art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że oferta „POL-AQUA” S.A. z powodu wykazanych powyżej niezgodności jej treści z treścią SIWZ podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezgodności powyższych nie można usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż powodowałyby to istotne zmiany w treści oferty. Zamawiający nie ma bowiem żadnej możliwości do samodzielnego ustalenia (za wykonawcę) planu zagospodarowania terenu oczyszczalni, schematu technologii oraz profilu hydraulicznego przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni, jak również nie może za wykonawcę rozmieszczać urządzeń technologicznych. Nie ma również prawa za wykonawcę dobierać maszyn i urządzeń, które spełniałyby wymagania SIWZ, w

szczegółności jednakże nie może zmieniać zaoferowanych maszyn i urządzeń na inne, spełniające wymagania SIWZ. Zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Ponadto, zgodnie z wymogiem określonym w art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest zwrócenie oferty, która została złożona po terminie. Pod pozorem wyjaśnień i uzupełnień wykonawca dokonał zmiany treści oferty na inną (obejmującą inne niż pierwotnie zaoferowano maszyny i urządzenia oraz przedstawiającą po terminie składania ofert wymagane założenia programowo-funkcjonalne wymagane w treści oświadczenia według zał. nr 7 do SIWZ), a zamawiający ten stan zaakceptował. Treść oświadczenia zał. nr 7 przedstawiona w ofercie, nie jest tożsama z treścią nowych oświadczeń w zał. nr 7, tj. danych uzupełnionych po upływie terminu składania ofert. Działania zamawiającego, zdaniem odwołującego, naruszają art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz prowadzą do nierównego traktowania wykonawców, ponadto nie dają gwarancji, iż prowadzony przetarg odbywa się w warunkach uczciwej konkurencji. Działania, takie według odwołującego, wpływają na wynik prowadzonego postępowania, co w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp prowadzi do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu. Poza tym stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż wypełnia znamiona czynu zabronionego, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty, oznacza to między innymi, iż zamawiający winien ustalone w SIWZ przez siebie warunki, jakim mają odpowiadać oferty, egzekwować w sposób, w jaki został przewidziany. Weryfikacji ofert, może jedynie dokonywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążących również dla samego zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać, czy interpretować w sposób dowolny. Zatem dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, w tym przypadku formularza oferty, który z natury rzeczy jako określający treść zaoferowanego świadczenia, nie może ulegać zmianie i uzupełnieniom, poza dopuszczalnymi przypadkami prostowania omyłek i składania wyjaśnień. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert, odstępować od ustalonych w SIWZ wymagań, a w szczególności odnoszących się do treści oferty. Postawienie znaku równości ofert, które spełniają postawione wymagania graniczne, z takimi, które ich nie spełniają zawsze narusza zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp równego traktowania wykonawców i respektowania reguł uczciwej konkurencji.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 23 maja 2011 r. pismem z dnia 26 maja 2011 r.,

w kopi przesłanym stronom postępowania, zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego wybrany wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Piasecznie, który powołał się interes w popieraniu stanowiska zamawiającego na rzecz utrzymania jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zarzuty odwołującego przedstawione w odwołaniu uznał za bezpodstawne, w związku z czym wnosił o oddalenie odwołania w całości. Podał, że złożył ofertę odpowiadającą przepisom prawa, jej treść jest zgodna z postanowieniami programu funkcjonalno-użytkowego, a czynności podejmowane przez zamawiającego miały umocowanie w odnośnych przepisach.

Ad I. Z treści wyjaśnień zamawiającego przedstawionych wykonawcom jako „Informacje uzupełniające do PFU” wynikało, że zamawiający uważa określenie w ofertach typów oraz producentów maszyn i urządzeń za pożądane („zgodne z intencją zamawiającego”), ale nie traktuje tego jako bezwzględny wymóg, od którego spełnienia zależy ważność złożonej oferty. Za warte odnotowania uznał, że wyjaśnienia te nie zawierały „informacji uzupełniających” do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani do instrukcji dla wykonawców lecz do programu funkcjonalno-użytkowego. Kierując się takim rozumieniem sensu i charakteru przekazanych „informacji uzupełniających do PFU” zgłaszający przystąpienie uznał za zbędne kwestionowanie w drodze odwołania uprawnienia zamawiającego do żądania podania typów i producentów urządzeń. Za nietrafny uznał argument podniesiony na stronie 6 odwołania, iż „wskazanie typu oferowanych maszyn lub urządzeń stanowi cechę przedmiotu zamówienia,” a co za tym idzie, iż brak tego rodzaju określenia „nie kwalifikuje się do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.” Skoro zamawiający nie żądał, aby oferta obejmowała dostawę urządzeń określonych typów lub dostawę urządzeń pochodzących od określonych producentów (*nota bene* sformułowanie takiego żądania byłoby prawnie niedopuszczalne), to należy przyjąć, że wykonawcy zgodnie z SIWZ mogli zaoferować urządzenia dowolnych typów i pochodzące od dowolnych producentów. Cechami przedmiotu zamówienia są tylko te cechy, przy pomocy których zamawiający definiuje przedmiot zamówienia. Nie są zaś „cechami przedmiotu zamówienia” dane, które wykonawcy mają wprawdzie obowiązek podać, ale które są jednocześnie obojętne z punktu widzenia oceny zgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia sformułowanym przez zamawiającego. Wobec powyższego, nie podzielił poglądu odwołującego (str. 7), iż „oferta nie zawierająca typów i producentów oferowanych maszyn i urządzeń” - to oferta „przedstawiona w sposób uniemożliwiający weryfikację oferowanych rozwiązań jakie będą stosowane w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.” Uznał, że na gruncie obowiązującego porządku prawnego zamawiający nie miał prawa żądać określenia w ofercie producentów maszyn i urządzeń. Okoliczność iż żaden z wykonawców nie zakwestionował tego wymagania, ani nie wnosił o jego

doprecyzowanie, jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia o zasadności odwołania.

Również za niezasadny przyjął zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. Do zmiany treści oferty w rozumieniu powołanego przepisu nie doszło. Jak wyżej wskazał, uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez podanie nazw producentów i typów urządzeń nie dotyczyło elementów treści oferty mających jakiegokolwiek znaczenie z punktu widzenia oceny zgodności oferty z SIWZ, skoro zamawiający musiałby tę zgodność ocenić identycznie, niezależnie od tego jakie typy urządzeń lub nazwy producentów wskazałby wykonawca, a także w przypadku gdyby nie wskazał żadnych. Z podobnych przyczyn uznał za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez jego niezastosowanie.

Ad II. Wykonawca „POL-AQUA” S.A. argumentował, że bezpodstawne są również zarzuty odwołującego odnoszące się do prawnej niedopuszczalności uzupełnienia w trybie określonym w 26 ust. 3 Pzp braku w ofercie „POL-AQUA” S.A. polegającego na niezałączeniu rysunków wymaganych przez zamawiającego wg załącznika nr 7. Uzupełnieniu we wspomnianym trybie podlegają dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (argument z art. 25 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp). Wspomniane rysunki, w przekonaniu zgłaszającego przystąpienie, są dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Wbrew twierdzeniu odwołującego nie stanowią one oświadczeń woli, lecz mają jedynie informacyjne znaczenie.

Również w tym przypadku uzupełnienie oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie jest równoznaczne ze zmianą treści oferty w znaczeniu tego terminu w przepisach art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Za „zmianę treści oferty” nie można uznać stanu faktycznego polegającego na tym, że do oferty dołączono rysunki, których wcześniej oferta ta w ogóle nie zawierała, a które jedynie przedstawiają i potwierdzają w formie graficznej zawarty w treści złożonej oferty opis słowny projektowanej oczyszczalni. Przyjęcie odmiennego, szerokiego, znaczenia pojęcia „zmiany oferty” oznaczałoby w konsekwencji niedopuszczalność jakichkolwiek uzupełnień, w tym również tych których dopuszczalność wynika wprost z ustawy.

Na marginesie powyższych rozważań odnotował, że odwołujący się – K.T.S. „Elpom” S.A. również złożył w toku postępowania wyjaśnienia dotyczące jego oferty w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 1 Pzp, a treść tego wyjaśnienia mogłaby zostać zinterpretowana jako zmiana treści oferty K.T.S. „Elpom” S.A.

Ad III. Twierdzenie odwołującego, że niezgodność niektórych parametrów urządzeń zaproponowanych w ofercie „POL-AQUA” S.A. z treścią SIWZ powinna skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp skwitował jako niezasadne.

Podkreślał, że przedstawił w swojej ofercie zestawienie urządzeń, których zastosowanie pozwoli na spełnienie nadrzędnego wymagania zamawiającego określonego w SIWZ, dotyczącego osiągnięcia przez ścieki oczyszczone wymagań Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 lipca 2006 r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego. Zdaniem wykonawcy „POL-AQUA” S.A. tylko zastosowanie urządzeń określonych w zestawieniu umożliwi uzyskanie podczas prób (częściowych, końcowych i eksploatacyjnych) wszystkich parametrów technologicznych wymaganych przez zamawiającego, zawartych w programie funkcjonalno-użytkowym - o parametrach nie gorszych niż wymagane, dostosowanych pod względem rodzaju, pełnionej funkcji, wielkości oraz ciężaru do przyjętych rozwiązań funkcjonalnych i konstrukcyjnych obiektu, umożliwiające ich powiązanie z instalacjami wewnętrznymi i zewnętrznymi zgodnie z SIWZ.

Jednocześnie zaznaczał, że we wszystkich przypadkach, w których nastąpiła rozbieżność jego propozycji z wymaganiami PFU była to zmiana, korzystna dla projektowanego zakładu (a tym samym dla zamawiającego), dotycząca np. zastosowania urządzenia o mniejszym zapotrzebowaniu mocy, przyczyniająca się do zmniejszenia energochłonności oczyszczalni (dotyczy to w szczególności mieszadeł zatapialnych) lub zmiana potrzebna ze względu na dostosowanie parametrów urządzenia do innego wymagania zamawiającego jakim jest spełnienie określonej funkcji technologicznej w konkretnym układzie technologicznym przez dane urządzenie (dotyczy to np. dmuchaw służących do napowietrzania piaskownika lub krat gęstych). Nadmieniał, iż dopuszczono możliwość zmiany sposobu wykonania umowy w związku ze zmianami technologicznymi spowodowanymi m. in. „koniecznością zrealizowania przedmiotu umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych/technologicznych niż wskazane w ofercie, programie funkcjonalno-użytkowym), w sytuacji gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem przedmiotu umowy. Skoro dopuszczono w ten sposób m.in. możliwość usunięcia ujawnionych w trakcie wykonywania zawartej już umowy niezgodności pomiędzy żądanymi parametrami urządzeń i wymaganiami zamawiającego dotyczącymi parametrów technologicznych oczyszczalni, to tym bardziej za racjonalne i dopuszczalne uznał wybrany wykonawca usunięcie tych rozbieżności przed zawarciem umowy.

Wykonawca „POL-AQUA” S.A. podał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie zauważonych niezgodności w ofercie, wyjaśnił przyczynę zaistniałych rozbieżności oraz zadeklarował, że w celu pełnego zaspokojenia wymagań zamawiającego (przy braku zgody na rozwiązania równoważne) zastosuje urządzenia o parametrach identycznych jak wyspecyfikowane w PFU. Ponadto uznał, że wprowadzonych

zmian nie można traktować jako istotnych dla treści oferty gdyż nie powodują żadnych zmian w opisanym procesie technologicznym, we własnościach funkcjonalnych poszczególnych obiektów oraz nie zmieniają ceny ofertowej.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. w Piasecznie, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów. W uzasadnieniu podał, że nie stawiał wykonawcom w SIWZ wymogu podania nazw producentów maszyn i urządzeń jako elementu opisu przedmiotu zamówienia. Podanie tych danych było jedynie pożądane, a oczekiwanie zamawiającego w tym zakresie nie miało charakteru bezwzględnie wiążącego. Zdaniem zamawiającego żądanie podania typów maszyn i urządzeń oraz producentów stałoby w sprzeczności z normami Prawa zamówień publicznych.

Zarzut braku podstaw do żądania przedłożenia przez wykonawcę brakujących rysunków wymaganych zgodnie z załącznikiem nr 7 również uznał za bezpodstawny. Powołał się na uregulowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które stanowią że na wezwanie zamawiającego wykonawca jest zobowiązany do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentów potwierdzających, że oferowane przez wykonawcę dostawy, roboty i usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego. *Ratio legis* nakazuje ten tryb stosować szeroko dla poprawiania przeoczeń wykonawców, nie eliminowania ofert z powodów braków formalnych. Zdaniem zamawiającego uzupełniania dokumentów nie można utożsamiać ze zmianą oferty. Podstawowym wymogiem stawianym zamawiającemu przy ocenie ofert jest bowiem konieczność wyjaśnienia wątpliwych okoliczności i uzupełnienia brakujących dokumentów, zanim dokonana zostanie ostateczna weryfikacja spełnienia przesłanek podmiotowych i przedmiotowych przez oferenta (por. wyrok KIO z dnia 4 marca 2010 r., sygn. KIO/UZP 29/10). Zamawiający podnosił, iż twierdzenie odwołującego o niezgodności niektórych parametrów urządzeń zaoferowanych przez przystępującego z treścią SIWZ, prowadzących do konieczności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie znajduje uzasadnienia. Stwierdził, iż podane w PFU parametry urządzeń określone są częstokroć w sposób, który można i należy interpretować jako parametry minimalne, maksymalne, bądź pożądane, a ewentualne rozbieżności w tym zakresie interpretować na korzyść wykonawcy, biorąc pod uwagę przede wszystkim efekt końcowy, jaki zamawiający zamierza osiągnąć. Wynika to z faktu, iż zgodnie z art. 31 Pzp, program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się

przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Za trafne poczytał stanowisko przystępującego, iż nadrzędnym celem stawianym przez zamawiającego jest osiągnięcie przez planowaną oczyszczalnię ścieków wymagań dla ścieków oczyszczonych określonych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27.07.2006 r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego. Z tego względu najistotniejszym parametrem w całym SIWZ jest osiągnięcie stężeń i ładunków zanieczyszczeń, jakie podane zostały w załączniku nr 7 do SIWZ, jako konieczne do osiągnięcia, i w zakresie których zamawiający żądał złożenia przez wykonawców pisemnego oświadczenia o zagwarantowaniu efektu. Odwołujący bowiem sprowadza dyskusję w tym zakresie do ścisłego spełnienia każdego z parametrów technicznych przez oferowane maszyny i urządzenia na zasadzie „ani mniej, ani więcej,” a więc *de facto* traktuje PFU jak gdyby to był już gotowy projekt budowlany. Tego rodzaju podejście do PFU jest jednak niewłaściwe. Odwołujący pomija bowiem fakt, iż program funkcjonalno - użytkowy nie jest projektem budowlanym, a jedynie wstępem do jego opracowania (zamówienie realizowane jest w systemie „zaprojektuj i wybuduj”). Celem programu funkcjonalno - użytkowego jest bowiem przedstawienie projektantowi założeń w zakresie wymiarów, wydajności, materiałów konstrukcyjnych, zabezpieczenia, trwałości obiektu, itp. Dopiero przygotowanie projektu budowlanego przez wykonawcę pozwoli w sposób ostateczny i wiążący dookreślić wszystkie parametry techniczne oczyszczalni i zweryfikować poprawność założeń przyjętych w PFU i mogą one w części odbiegać od parametrów przyjętych w PFU. Odmiennie bowiem, niż w przypadku robót budowlanych prowadzonych na podstawie projektu budowlanego, w niniejszym zamówieniu na wykonawcy ciąży całkowita odpowiedzialność za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowania oczyszczalni ścieków spełniającej wymogi zamawiającego w zakresie ładunku i stężeń zanieczyszczeń w ściekach oczyszczonych. Z powyższych względów zaproponowane przez przystępującego urządzenia, których parametry nie są identyczne z przyjętymi w PFU (są wyższe albo niższe), mogą być traktowane jako równoważne, jeżeli tylko w rezultacie parametry te skutkują przyjęciem rozwiązań nawet korzystniejszych od przyjętych przez zamawiającego w PFU (co zostało przez przystępującego zagwarantowane). Mając powyższe na uwadze zamawiający przewidział w SIWZ również możliwość zmiany zawartej umowy spowodowaną „pojawieniem się na rynku nowych materiałów lub urządzeń nowszej generacji pozwalających na zaoszczędzenie kosztów realizacji przedmiotu umowy lub kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy.” Przystępujący potwierdził ponadto na wezwanie zamawiającego, iż w przypadku braku zgody zamawiającego na proponowane rozwiązania równoważne zastosuje urządzenia o parametrach identycznych, jak wyspecyfikowane w PFU, co

ostatecznie uzasadniało uznanie oferty przystępującego za odpowiadającą wymaganiom zamawiającego.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami i wyjaśnieniami, programu funkcjonalno-użytkowego, wezwań zamawiającego o udzielenie wyjaśnień do Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. i udzielonych odpowiedzi, oferty wykonawcy „POL-AQUA” S.A., pism stron i uczestnika postępowania odwoławczego, opinię - ocenę zgodności proponowanych w ofertach przetargowych rozwiązań technologicznych z programem funkcjonalno – użytkowym, dokonaną przez biegłego dr inż. Tymoteusza J. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i uczestnika, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Przebudowa i rozbudowa miejskiej oczyszczalni ścieków w Nowym Tomyślu” w formule „zaprojektuj i wykonaj.” Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony został w części III SIWZ, tj. w Programie funkcjonalno-użytkowym.

Na dokumentację postępowania składa się specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ): część I - instrukcja dla wykonawców, część II - postanowienia kontraktu, część III - PFU, część IV wyjaśnienia do SIWZ odnośnie sporządzenia oferty.

Rozdz. 15 pkt 1 ppkt 2 część I SIWZ - „Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ.” „Wymagania zamawiającego” dotyczące przedmiotu zamówienia określone zostały w Programie funkcjonalno-użytkowym (część III SIWZ).

W definicji Programu funkcjonalno-użytkowego zamawiający wskazał, iż „Program funkcjonalno - użytkowy zawiera wymagania zamawiającego. Gdziekolwiek w warunkach kontraktu występuje określenie „wymagania zamawiającego” należy przez to rozumieć „Program funkcjonalno - użytkowy” (rozdz. 2 pkt 12) części I SIWZ oraz Akt umowy klauzula 1.1.1.11 - część II SIWZ).

W rozdz. 22, część I SIWZ: Pkt 1.1) w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest

prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty (...) dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści.

Rozdział 22 pkt 2 część I SIWZ, - ocena zgodności oferty z treścią SIWZ przeprowadzona zostanie wyłącznie na podstawie analizy dokumentów i oświadczeń, jakie wykonawca zawarł w swej ofercie z zastrzeżeniem treści art. 26 ust. 3 Pzp.

Rozdz. 15 pkt 3 ppkt 1) lit. m) część I SIWZ, wymagane było „oświadczenie o uzyskaniu przez zmodernizowaną oczyszczalnię ścieków w Nowym Tomysłu efektu technologicznego w postaci jakości ścieków oczyszczonych sporządzane na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ.” Wymienione oświadczenie musiało zawierać, m.in.:

1. Założenia programowo - funkcjonalne, w skład których wchodzić będą:

- a) Plan zagospodarowania terenu oczyszczalni ścieków,
- b) Schemat technologii oraz profil hydrauliczny przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni,
- c) Opis technologii (wraz z opisem maszyn i urządzeń) zawierający: - podstawowe wymiary obiektów technologicznych, ich parametry technologiczne (czas zatrzymania, obciążenie hydrauliczne, wiek osadu itp.), parametry technologiczne wszystkich zastosowanych maszyn i urządzeń,
- d) Bilans produkcji ścieków i osadów,
- e) Wykaz odbiorników energii elektrycznej,
- f) Ilość odpadów powstających na oczyszczalni,
- g) Zapotrzebowanie oczyszczalni na materiały eksploatacyjne: woda, środki chemiczne,
- h) Rysunek przedstawiający rzut reaktora biologicznego z proponowanym przez wykonawcę rozmieszczeniem urządzeń technologicznych,

2. Wypełniony wykaz gwarancji wykonawcy,

3. Wszystkie inne informacje wymagane zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym, oraz te które wykonawca uzna za niezbędne do właściwego i pełnego przedstawienia swojej propozycji w sposób umożliwiający zamawiającemu jej pełną oceną.

W treści zał. nr 7 do części I SIWZ zamawiający podał, iż: wszystkie dane, informacje, obliczenia, rozwiązania, rysunki i gwarancje muszą w pełni być zgodne z wymaganiami przedstawionymi w SIWZ, ze szczególnym uwzględnieniem tych zawartych w programie funkcjonalno - użytkowym.

Efekt prac projektowych oraz realizacyjnych miał zagwarantować zamawiającemu w trakcie eksploatacji oczyszczalni osiągnięcie podanych w tabeli 1 i 2 załącznika nr 7 parametrów wskaźników oczyszczenia ścieków oraz parametrów obciążenia hydraulicznego (przepustowości) jak również gwarancji maksymalnego rocznego zużycia energii w trakcie eksploatacji ścieżki ściekowej.

Na pytanie: Czy zamawiający wymaga, żeby wraz z podaniem parametrów technologicznych wszystkich zastosowanych maszyn i urządzeń propozycja wykonawcy zawierała również określenie typów i producentów proponowanych urządzeń? Udzielono odpowiedzi twierdzącej. „Należy podać parametry technologiczne wraz z wskazaniem typu urządzeń, co ułatwi analizę rozwiązań.”

Technologia i inne wymagania- część IV SIWZ - Informacje uzupełniające do PFU: pytanie – „Czy zamawiający wymaga, żeby wraz z podaniem parametrów technicznych i technologicznych wszystkich zastosowań maszyn i urządzeń, propozycja wykonawcy zawierała również określenie typów i producentów proponowanych urządzeń? Odpowiedź - Mają zawierać też określenie typów i producentów urządzeń.”

Zamawiający nie dopuścił rozwiązań wariantowych, o których mowa w art. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Dopuścił zastosowanie wyrobów równoważnych, w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji gdy opis przedmiotu zamówienia posługiwał się ich nazwami własnymi.

W ofercie wykonawcy „POL-AQUA” S.A. w wykazie opisu maszyn i urządzeń brak było przy wielu urządzeniach wskazania typu urządzenia oraz producenta. Ponadto brak było planu zagospodarowania terenu oczyszczalni ścieków, rysunku reaktora biologicznego z rozmieszczeniem urządzeń technologicznych, schematu technologii oraz profilu hydraulicznego przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni.

Na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 i 1a ustawy Pzp do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty z dnia 28 kwietnia 2011 r. znak: 1005/KT/II (wezwanie do uzupełnienia między innymi rysunku reaktora biologicznego). Ponadto na wezwanie z dnia 5 maja 2011 r. znak: 1087/KT/II (w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) do uzupełnienia planu zagospodarowania terenu oczyszczalni ścieków, schematu technologii oraz profilu hydraulicznego przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni), wykonawca „POL-AQUA” S.A. przy piśmie z dnia 5 maja 2011 r. (PA/3310/PP/11) uzupełnił poprawiony załącznik nr 7, w tym z wymienionymi wyżej dokumentami, tj. złożył:

- 1) rysunek reaktora biologicznego z rozmieszczeniem urządzeń,
- 2) plan zagospodarowania terenu,
- 3) schemat technologii oraz profilu hydraulicznego przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni.

Pismem z dnia 10 maja 2011 r. znak: 1122/KT/II, zamawiający wezwał wykonawcę „POL-AQUA” S.A. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do zauważonych niezgodności - szeregu wymienionych parametrów zaproponowanych urządzeń w poszczególnych obiektach oczyszczalni, w stosunku do opisu zawartego w PFU.

Ponadto informował, że „w zestawieniu maszyn i urządzeń w wielu przypadkach brak określenia ich typów i producentów i wezwał wykonawcę „POL-AQUA” S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia poprawnie wypełnionego załącznika nr 7 do SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawcy „POL-AQUA” S.A. pismem z dnia 11 maja 2011 r. uzupełnił poprawiony załącznik nr 7 – zgodnie z wymaganiami PFU, wskazując typy i producentów oferowanych maszyn i urządzeń.

Na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnień z dnia 10 maja 2011 r., pismem znak: 1122/KT/II wykonawca „POL-AQUA” w dniu 12 maja 2011 r. dostarczył nowe oświadczenie wg załącznika nr 7 do SIWZ. Na stronie 17 tego załącznika wykonawca oferuje urządzenia do odwadniania osadu: macerator osadu (1 + 1) szt. - 30m³/h, napęd: motoreduktor, moc max. 4 kW. Dodatkowo na stronie 23 załącznika 7 w tabeli zawierającej wykaz odbiorników energii elektrycznej wykonawca dokonał zmiany mocy silnika maceratora w odniesieniu do pierwotnej oferty o mocy 3 kW (w złożonej ofercie podana moc wynosi 4 kW).

Zamawiający w piśmie znak: 1122/KT/II z 10 maja 2011 r. przesłanym do „POL-AQUA” S.A., wzywał do wyjaśnień, gdyż „Przyjęte przez oferenta 2 dmuchawy do napowietrzania piaskownika nie spełniają wymagań PFU w zakresie: wydajności (...), sprężu (...) oraz mocy (...)”. W odpowiedzi wybrany wykonawca w na str. 2 wyjaśnień z dnia 11 maja 2011 r. (pismo PA/3475/PP/11) dotyczących budynku separatora piasku, podał iż z przeprowadzonych przez niego obliczeń wynika potrzeba większej wydajności dmuchaw niż wymaga PFU.

W piśmie z dnia 10 maja 2011 znak: 1122/KT/II zamawiający zwracał się o wyjaśnienie treści oferty w odniesieniu do tabeli zestawienie urządzeń części mechanicznej dla zbiornika retencyjnego zaadaptowanego z przebudowanego osadnika Imhoffa (na stronie 47 oferty) oraz w wykazie odbiorników energii elektrycznej w pozycji 5 - obiekt nr 5 - zbiornik retencyjny - osadnik Imhoffa (na str. 55 oferty) zaoferowane zostały mieszadła o parametrach:

- średnica śmigła 280 mm, moc nominalna silnika 2,5 kW.

Wykonawca „POL-AQUA” S.A. w wyjaśnieniach z dnia 11 maja 2011 r. (pismo PA/3475/PP/11) dotyczących zbiornika retencyjnego stwierdził, że „zapropozowano mieszadła o mniejszej mocy przy takiej samej sprawności, co jest rozwiązaniem bardziej ekonomicznym pod względem energochłonności dla zamawiającego.”

W piśmie z dnia 12 maja 2011 r. „POL-AQUA” S.A. przedstawił nowe oświadczenie wg zał. nr 7 do SIWZ zmieniające oferowane mieszadła na inne - o innych parametrach technicznych niż te przedstawione w ofercie t.j. wirnik śmigłowy, trzyłopatkowy, D=368 mm

ze stali A4, prędkość obrotowa 1404 obr/min, klasa izolacji F, wykonanie przeciwwybuchowe Ex, moc silnika 4,5 kW.

W dniu 10 maja 2011 pismem znak: 1122/KT/II zamawiający zwrócił się do „POL-AQUA” S.A. o wyjaśnienie wyposażenia budynku krat stwierdzając, iż „w prasopłuczce uwzględniono wyłącznie moc napędu ślimaka tj 4,0 kW, pominięto moc wirnika 3,5 kW - w PFU przewidziano 7,5 kW.”

W wyjaśnieniach z dnia 12 maja 2011 r. (pismo PA/3475/PP/11) wykonawca „POL-AQUA” S.A. zmienił napęd prasopłuczki z 4 kW na 3,5 kW. Na stronie 22 przesłanego w dniu 12 maja 2011 nowego załącznika nr 7, w wykazie odbiorników energii elektrycznej wykonawca „POL-AQUA” S.A. zmienił opis i moc urządzenia na następujące.

- prasopłuczka z transporterem ślimakowym wydajność 2 m³/h wraz z czujnikiem poziomu szt. 1 Moc E 11,55 kW . Tymczasem zamawiający w PFU wskazał wymaganą moc prasopłuczki z transporterem ślimakowym 7,5 kW.

W piśmie z dnia 10 maja 2011 znak: 1122/KT/II zamawiający podał - „zaproponowano kratę o prześwicie 3,0 mm - w skorygowanym PFU - 6 mm.”

Wykonawca „POL-AQUA” S.A. w wyjaśnieniach z dnia 11 maja 2011 r. (pismo PA/3475/PP/11) dotyczących budynku krat stwierdził, że „zaproponowano kratę gęstsza niż 6 mm, czyli korzystniejsze rozwiązanie dla zamawiającego, jednocześnie spełniające wymagania PFU, jednakże chcąc zaspokoić w pełni wymagania zamawiającego uwzględniono kratę o prześwicie 6 mm.”

Zamawiający w trybie art. 21 ust. 4 ustawy Pzp powołał biegłego dla oceny ofert w zakresie zgodności zaproponowanych przez wykonawców technologii z wymogami programu funkcjonalno-użytkowego oraz odpowiedziami zamawiającego na zapytania do treści PFU. W przedłożonej opinii, stanowiącej załącznik do protokołu komisji przetargowej z dnia 9 maja 2011 r. biegły dr inż. T. J stwierdził, że między innymi oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Piasecznie w znacznym stopniu nie spełnia wymagań zawartych w PFU. W związku z tym nie powinna być brana pod uwagę przy rozstrzygnięciu przetargu.

Zamawiający postanowił zwrócić się do wykonawców o wyjaśnienia złożonych opisów technologii (załącznika nr 7 do oferty) w trybie art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 28 marca 2011 r.

Oferty złożyło 7 wykonawców. Zamawiający wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., która otrzymała punktację 100, natomiast oferta odwołującego była drugą w kolejności i otrzymała punktację 98,10 w jedynym ustanowionym kryterium ceny.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania, skoro jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Zatem był uprawniony aby skarżyć, jak dowodził - niezgodne z ustawą Pzp, czynności i zaniechania zamawiającego wobec wybranej oferty konkurenta, które godzą w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Zgodnie z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 118 ze zm.), zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Bliżej zadania programu funkcjonalno - użytkowego precyzuje rozporządzenie 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 ze zm.), które w § 15 podaje, iż program funkcjonalno - użytkowy służy do ustalania planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty, szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

Skoro przedmiotem niniejszego zamówienia jest zarówno zaprojektowanie jak i wykonanie robót budowlanych, zdaniem Izby, szczegółowe rozwiązania materiałowo sprzętowe winny znaleźć się w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w projekcie budowlanym, stosownie do zakresu wymienionych opracowań, jakie wyznaczają im przepisy przywoływanego wyżej rozporządzenia. Program funkcjonalno – użytkowy z definicji ustawy, zawiera więc ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu, jakich osiągnięcie zamawiający zamierza. Szczegółowe rozwiązania techniczno-materiałowe, w zgodności z odrębnymi przepisami i normami, przy tej formie zamówienia – „zaprojektuj i zbuduj,” co do zasady powinny pozostawać w gestii wykonawcy.

Z drugiej natomiast strony należało zważyć, że przepis § 18 ust. 1 powołanego wyżej rozporządzenia przewiduje, iż część opisowa PFU obejmuje opis wymagań zamawiającego

w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustęp 2 § 18 mówi zaś, iż należy je określić, podając odpowiednio w zależności od specyfiki obiektu budowlanego, wymagania dotyczące między innymi; architektury, konstrukcji, instalacji, wykończenia, zagospodarowania terenu. Cytowane wyżej przepisy dają więc zamawiającemu prawo uszczegółowienia jego wymagań. W niniejszym postępowaniu, zamawiający z tego prawa skorzystał i wyznaczył w PFU skonkretyzowane warunki odnośnie treści ofert, których spełnienie uznał za wiążące i podniósł do rangi istotnych postanowień SIWZ.

Należało również zauważyć, że zamawiający nie obrał trybu postępowania, stwarzającego możliwość negocjacji z wykonawcami w odniesieniu do zastosowania rozwiązań techniczno - materiałowych, takiego jak: negocjacje z ogłoszeniem, czy dialog konkurencyjny. Tryb przetargu nieograniczonego zakłada z mocy ustawy złożenie oferty o treści zgodnej z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bez możliwości uzupełnień i zmian po wyznaczonym terminie składania ofert. Wyklucza więc prowadzenie jakichkolwiek negocjacji z wykonawcami. Dopuszczalne jest jedynie składanie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, które nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, jak również do uzupełniania oferty o postanowienia, czy dokumenty przedmiotowo istotne, których w pierwotnej wersji oferta nie zawierała. Ponadto ustawodawca w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp dopuścił jedynie prostowanie omyłek: pisarskich, rachunkowych i innych nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Uzupełnianie zaś dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, może odnosić się do takich, które jedynie potwierdzają pierwotną treść oferty. Można przykładowo wymienić: opisy producenta, karty katalogowe wyrobu, opisy własne wykonawcy, fotografie itp., których zamawiający w tym postępowaniu nie wymagał.

Z natury przetargu nieograniczonego wynika, że wszystkie wymagania, które ma spełniać oferta, zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty, ustalone w SIWZ przez siebie warunki, egzekwuje dokładnie w sposób, w jaki zostały przewidziane. Weryfikacji ofert, może jedynie dokonywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążących również dla samego zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać, czy interpretować w sposób dowolny. Zatem dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, w tym przypadku formularza oferty i załączników stanowiących jego integralną część, które łącznie określają treść zaoferowanego świadczenia i nie mogą ulegać zmianie i uzupełnieniom, poza dopuszczalnymi przypadkami prostowania omyłek i składania wyjaśnień. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert, odstępować od jakichkolwiek ustalonych w SIWZ wymagań.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia stanowiska zamawiającego, że

wymagane parametry stanowiły jedynie sugestie co do rozwiązań, które może przyjąć wykonawca. Postawione wymagania nie mogą być interpretowane jako minimalne, maksymalne bądź pożądane. Przyjmując takie założenie - winno ono zostać wprost wyartykułowane w SIWZ. Literalna wykładnia oczekiwań zamawiającego zawartych w SIWZ prowadzi do wniosków przeciwnych, gdyż skonkretyzowanie oznaczonych wymagań technicznych wskazuje na to, iż elementy te były dla zamawiającego istotne i powinny wprost znaleźć odzwierciedlenie w ofertach. W kwestii brakujących rysunków, w opinii Izby, stanowiły one element będący treścią oferty, gdyż równie istotna była część opisowa i techniczna (plany, rysunki, schematy), które są integralną całością i wzajemnie się dopełniają i wyjaśniają. SIWZ nie zawierała rozróżnień, w zależności od rodzaju dokumentu określonego w załączniku nr 7. Gdyby uwzględnić stanowisko zamawiającego, należałoby racjonalnie rzecz ujmując, założyć iż nie było żadnych podstaw, aby wzywać przystępującego „POL-AQUA” S.A. do poprawnego oznaczenia parametrów maszyn i urządzeń w ofercie, które zamawiający wprost uznał za nieprawidłowe, ani żądać uzupełniania dokumentów, gdyż te które zawarł wykonawca „POL-AQUA” S.A. w swojej ofercie były właściwe.

Cytowany powyżej materiał dowodowy sprawy: postanowienia SIWZ, wyjaśnienia, konkretne podanie parametrów technicznych maszyn i urządzeń wyposażenia oczyszczalni w programie funkcjonalno-użytkowym świadczy, iż zamawiający nie poprzestał na wykazie gwarancji wykonawcy „oświadczeniu o uzyskaniu przez zmodernizowaną oczyszczalnię ścieków w Nowym Tomyszu efektu technologicznego w postaci jakości ścieków oczyszczonych sporządzanego na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, który to efekt prac projektowych oraz realizacyjnych miał zagwarantować zamawiającemu w trakcie eksploatacji oczyszczalni osiągnięcie podanych w tabeli 1 i 2 załącznika nr 7 parametrów wskaźników oczyszczenia ścieków oraz parametrów obciążenia hydraulicznego (przepustowości) jak również gwarancji maksymalnego rocznego zużycia energii w trakcie eksploatacji ścieżki ściekowej.

Zamawiający w sposób jednoznaczny, ścisły (bez tolerancji, w granicach od - do) wyznaczył parametry urządzeń, które winien przedstawić wykonawca w ofercie - w zestawieniu opisu maszyn i urządzeń.

Propozycja wykonawcy, jak wskazał zamawiający, powinna zawierać co najmniej:

1. Założenia programowo - funkcjonalne, w skład których wchodzić będą między innymi: opis technologii (wraz z opisem maszyn i urządzeń) zawierający: - podstawowe wymiary obiektów technologicznych, ich parametry technologiczne (czas zatrzymania, obciążenie hydrauliczne, wiek osadu itp.), parametry technologiczne wszystkich zastosowanych maszyn i urządzeń. Zostało to szczególnie podkreślone, iż wymagania zamawiającego w PFU muszą być ściśle

przestrzegane. Okolicznością bezsporną pozostawało, że przygotowana oferta, w tym dokumenty, które wymienia załącznik nr 7 musiały zostać sporządzone z uwzględnieniem wszystkich wymagań zamawiającego podanych w PFU. Formularz ofertowy wraz z kompletem przewidzianych załączników określał sposób w jaki wykonawca zamierzał spełnić wymagania SIWZ - PTU.

Izba zważyła również, iż dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w programie funkcjonalno – użytkowym i wymaganie jego ścisłego respektowania nie był przedmiotem odwołań ze strony wykonawców.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe potwierdziło, że w pierwotnej wersji oferta wybranego wykonawcy „POL-AQUA” S.A. nie zawierała wszystkich wymaganych elementów załącznika nr 7, obejmującego propozycje wykonawcy – założenia programowo – funkcjonalne, takie jak:

- a) Plan zagospodarowania jako rysunek nr 1 – obiekty kubaturowe, technologiczne i główne sieci,
- b) Schemat technologii oraz profil hydrauliczny przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni – rysunek nr 2 i nr 3,
- c) Opis technologii (wraz z opisem maszyn i urządzeń) zawierający:- podstawowe wymiary obiektów technologicznych, ich parametry technologiczne (czas zatrzymania, obciążenie hydrauliczne, wiek osadu itp.), parametry technologiczne wszystkich zastosowanych maszyn i urządzeń,
- d) Rysunek przedstawiający rzut reaktora biologicznego z proponowanym przez wykonawcę rozmieszczeniem urządzeń technologicznych.

W części opisowej wykonawca wybrany „POL-AQUA” S.A. zawarł tabele z zestawieniami urządzeń dla oczyszczalni. Ponadto oferta zawierała tzw. wykaz gwarancji wykonawcy.

Niekwestionowaną okoliczność stanowiło, że na wezwanie zamawiającego dokumenty oferty wykonawcy „POL-AQUA” S.A. podlegały kilkakrotnemu uzupełnianiu. W tym w zakresie:

- 1) rysunku przedstawiającego rzut reaktora biologicznego z proponowanym przez wykonawcę rozmieszczeniem urządzeń technologicznych,
- 2) planu zagospodarowania terenu,
- 3) schematu technologii oraz profilu hydraulicznego przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni.

Izba nie podzieliła również stanowiska zamawiającego oraz wykonawcy „POL-AQUA” S.A., że wymóg podania typów i producentów urządzeń zamieszczonych w wykazie miał

jedynie walor informacyjny. Twierdzeniom takim przeczą wyjaśnienia zamawiającego do SIWZ, gdzie podał on: „należy podać parametry technologiczne wraz z wskazaniem typu urządzeń, co ułatwi analizę rozwiązań.” Na pytanie: „czy zamawiający wymaga, żeby wraz z podaniem parametrów technicznych i technologicznych wszystkich zastosowań maszyn i urządzeń, propozycja wykonawcy zawierała również określenie typów i producentów proponowanych urządzeń? Padła odpowiedź – „mają zawierać też określenie typów i producentów urządzeń.” Wyjaśnienia zamawiającego stały się integralną częścią IV-ą SIWZ, wiążącą wykonawców. Bezsprene zamawiający nie ma prawa narzucać wykonawcom podania w ofercie określonego typu maszyny czy urządzenia oraz producenta, i takiego wymagania naruszającego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający nie przedstawił, ale może żądać zamieszczenia tych danych w ofercie wykonawcy. Jest to praktyka stosowana i umożliwia wykonawcy podanie dowolnej maszyny, urządzenia i producenta, zgodnej jednak z wymaganiami SIWZ.

Za okoliczność dowiedzioną Izba uznała, że oferta „POL-AQUA” S.A. w zakresie w jakim zamawiający wzywał wymienionego wykonawcę do złożenia wyjaśnień i uzupełnień, nie podawała parametrów maszyn i urządzeń, które wykonawca zamierzał zastosować - zgodnych w pełni z postawionymi warunkami PFU. Potwierdza to jednoznacznie cytowana wyżej treść wezwań zamawiającego oraz udzielonych odpowiedzi wykonawcy „POL-AQUA” S.A.

Także dokonane uzupełnienia oferty w zakresie:

- 1) podania typu, producenta urządzenia,
- 2) założeń programowo – funkcjonalnych w skład których wchodziły:
 - a) plan zagospodarowania terenu oczyszczalni ścieków,
 - b) schemat technologii oraz profil hydrauliczny przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni,
 - c) rysunek przedstawiający rzut reaktora biologicznego z proponowanym przez wykonawcę rozmieszczeniem urządzeń technologicznych,
- 3) poprawionych parametrów urządzeń uznanych przez zamawiającego za niezgodne z PFU - świadczą, iż wymagania zamawiającego podane w SIWZ co do treści składanej oferty, nie zostały przez wykonawcę „POL-AQUA” S.A. spełnione.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że dokumenty, do których uzupełnienia wzywał zamawiający wykonawcę „POL-AQUA” S.A. będące załącznikami do zał. nr 7 do oferty, miały charakter oświadczenia woli wykonawcy. Dokumentów tych nie można kwalifikować jako składanych wyłącznie na potwierdzenie, iż oferowane przez wykonawcę świadczenia odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Stanowiły one konstytutywny

element oferty, były konkretnymi propozycjami podanymi przez wykonawcę, co potwierdza nazwa wymienionego zał. nr 7 tzn. propozycje wykonawcy i wykaz gwarancji wykonawcy. Zgodnie z cywilistyczną definicją - oferta jest oświadczeniem woli zawierającym istotne elementy przyszłej umowy. Wszystkie te elementy stanowiły załączniki do przyszłej umowy, która miała być zawarta z wybranym wykonawcą. Zgodnie z warunkami ustanowionymi przez zamawiającego w tym postępowaniu, wykonawca miał przedstawić rozwiązania własne przebudowy oczyszczalni, uszczegółowione z zachowaniem wymagań i parametrów określonych w PFU. Stąd Izba za trafne przyjęła stanowisko odwołującego, że oświadczenia zawarte w zał. nr 7 stanowią element oferty i jako takie nie podlegały uzupełnieniu w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba przyznała rację odwołującemu, że wymagania zamawiającego przedstawione w PFU odnosiły się do przedmiotowo istotnych postanowień oferty, a zatem także do postanowień przyszłej umowy o charakterze *essentialia negotii*, przez inkorporację złożonej oferty, gdyż jak stanowi art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Z tych względów uzupełnianie oferty po wyznaczonym terminie jej złożenia, w trybie art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie było dopuszczalne.

Postanowienia art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowią, iż w postępowaniu zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Między innymi także oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego wskazanych w SIWZ.

Dalszą konkretyzację zawiera rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), które to dokumenty, w odróżnieniu od oświadczeń własnych wykonawcy - tworzących treść oferty mogą być uzupełniane. W § 5 ust. 1 powołane rozporządzenie wymienia jakie rodzaje dokumentów mogą być przez zamawiającego wymagane dla potwierdzenia, że oferowane - czyli jednoznacznie oznaczone w ofercie przez oświadczenie wykonawcy: usługi, dostawy i roboty, odpowiadają wymaganiom zamawiającego. W pierwszej więc kolejności musi zostać zaoferowane samo świadczenie – takie jakiego oczekiwał zamawiający, a następnie mogą być składane dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Oferta jako oświadczenie woli wykonawcy nie podlega uzupełnieniu. Natomiast inne dokumenty, mające poświadczać treść oferty – realność złożonych oświadczeń, ich

rzetelność, kompletność – nadają się do uzupełnienia. Przy czym o ile w przepisach powołanego rozporządzenia mowa jest o opisie urządzeń technicznych – odnosi się on np. do kart katalogowych, fragmentów dokumentacji - wydawanych przez producenta, czy opisów samego wykonawcy, mogących potwierdzać wiarygodność oświadczeń wykonawcy zawartych w treści oferty.

Wymieniony komplet opracowań, opisany w załączniku nr 7 stanowił zestaw dokumentów niezbędny do przeprowadzenia postępowania, jednocześnie jako oświadczenie własne wykonawcy tworzył treść oferty również w odniesieniu do zaoferowania oznaczonego z nazwy typu/modelu urządzenia ze wskazaniem producenta oraz zaoferowania urządzeń o oznaczonych parametrach. Zamawiający nie wymagał natomiast żadnych dokumentów potwierdzających treść złożonych przez wykonawcę oświadczeń w załączniku nr 7. Zamawiający nie zawarł również żadnego warunku, ażeby określone maszyny i urządzenia pochodziły od oznaczonych producentów, dla wypełnienia którego żądałby wskazania skonkretyzowanych produktów, producentów materiałów, np. ze względu na kompatybilność wymienianych elementów z dotychczas istniejącymi w przebudowywanej oczyszczalni ścieków. Parametry techniczne maszyn i urządzeń przeznaczonych do zabudowy i zastosowania w obiektach oczyszczalni zostały z góry ustalone i podane w sposób ścisły w PFU. Wykonawca miał swobodę doboru maszyn i urządzeń (producenta) przeznaczonych (oferowanych) do wykonania zadania inwestycyjnego, byleby one spełniały wszystkie wymagania, parametry techniczne wyznaczone przez opis zawarty w dokumentacji PTU.

W oparciu o informacje zamieszczone w treści załącznika nr 7 - podanego typu urządzenia konkretnego producenta, zamawiający dokonywał identyfikacji tych urządzeń, oceny zgodności cech technicznych, porównując zaoferowane przez wykonawcę urządzenia z zapisami programu funkcjonalno - użytkowego.

Zdaniem Izby, wymagane podanie: typu maszyn i urządzeń, nazw producenta, czy oznaczenia tożsamy oferowanych parametrów technicznych urządzeń, z punktu widzenia przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pozwalających na odrzucenie oferty w przypadku gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowi w tym znaczeniu treść oferty. Za istotne warunki zamówienia w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, należy przyjmować postanowienia umowy odnoszące się do określenia jej *essentialia negotii*, jak: przedmiot umowy, sposób wykonania zamówienia, wynagrodzenie, warunki jakościowe. Wymaganie podania typu maszyn i urządzeń, bądź oznaczonych ich parametrów wpisuje się więc w określenie oferowanego przez wykonawcę świadczenia, jego istotnych cech technicznych i właściwości opisanych w PTU, którym sam zamawiający w ramach dopuszczalnej swobody kontraktowej nadał taką rangę. Dane te tworzyły treść oferty, a zarazem pozwalały

zamawiającemu na identyfikację oferowanych maszyn i urządzeń oraz poddanie ich porównaniu z opisem zawartym w PTU. Z tych względów miały jednocześnie charakter potwierdzający spełnienie istotnych warunków zamówienia, gdyż warunki do spełnienia, w tym zakresie zostały określone w SIWZ.

Wykonawca wybrany „POL-AQUA” S.A. przyznał ponadto w treści uzasadnienia pisma o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, że zmienił parametry niektórych oferowanych urządzeń oczyszczalni ścieków, ale powoływał się na okoliczność, że zaoferowane są lepsze z punktu widzenia potrzeb zamawiającego i funkcjonowania oczyszczalni. Podanie nie takich parametrów urządzeń w ofercie jakich oczekiwał zamawiający - nie wynikało zatem z błędnego odczytania dyspozycji zamawiającego. W wyjaśnieniach wykonawca „POL- AQUA” S.A. w większości zaoferował parametry zgodne z PTU. Brak było więc jakichkolwiek przesłanek dla stosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i potraktowania stwierdzonych niezgodności jako oczywistych omyłek nie powodujących zmian w treści oferty.

Ponadto jako ważny argument, Izba miała na względzie, iż biegły ustanowiony w tym postępowaniu przez zamawiającego, ocenił odstępstwa w ofercie wykonawcy „POL-AQUA” S.A. jako istotne i wyraźnie podał, że oferta ta nie powinna zostać uwzględniona.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż w przypadku gdy wykonawca stwierdzi nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia może jedynie zwracać się o modyfikację SIWZ lub skorzystać ze środków ochrony prawnej. Samodzielne poprawianie „wymagań zamawiającego” nie jest dopuszczalne, prowadzi do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu i odrzucenia oferty niezgodnej z wyraźnie wyartykułowanymi wymaganiami SIWZ. Izba władna jest rozpatrywać odwołanie w granicach stawianych zarzutów i nie ma jakichkolwiek podstaw ani możliwości dokonywania oceny zaoferowanych rozwiązań przez wykonawcę jako bardziej korzystnych - przez co odpowiednich do wymagań SIWZ. Nie zostało dopuszczone przedstawienie oferty wariantowej. Tak samo Izba nie mogła oceniać, iż odwołujący również uzupełniał załącznik nr 7 do swojej oferty, przedstawiając szczegółowe wyliczenie gwarantowanych wartości zużycia energii wraz z uzupełnionym załącznikiem nr 7. Zarzut w tym zakresie nie był stawiany przystępującemu „POL-AQUA” S.A. w odwołaniu.

Z omówionych względów zarzuty odwołującego, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przez zwracanie się do wybranego wykonawcy z żądaniem uzupełnienia zestawienia maszyn i urządzeń oczyszczalni ścieków w ramach wyjaśnień do oferty, należało uznać za zasadne. Na wezwanie doszło również do uzupełnienia planu zagospodarowania terenu oczyszczalni ścieków, schematu technologii oraz profilu

hydraulicznego przepływu przez główną ścieżkę ściekową oczyszczalni, rysunku reaktora biologicznego, a więc do zmiany treści oferty, po upływie terminu na jej złożenie.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 10 maja 2011 r. powoływał się wprost na zauważone niezgodności wielkości oznaczonych parametrów technicznych w ofercie wykonawcy „POL-AQUA” S.A.

W wyniku powyższego wezwania wykonawca w sposób naruszający art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 26 ust. 3 tej ustawy dokonał zmiany istotnej treści swej oferty - oferowanych parametrów technicznych szeregu urządzeń:

1. mocy silnika napędowego w maceratorze osadu z wymaganiami PFU - w ofercie jest 4,0 kW, a winno być 3,0 kW.
2. oferowanych dmuchaw do napowietrzania piaskownika w odniesieniu do: wydajności, sprężu, mocy silnika,
3. oferowanych mieszadeł zatapialnych w odniesieniu do: średnicy śmigła, mocy nominalnej silnika,
4. oferowanej prasopłuczki skratek w odniesieniu do mocy napędu: ślimaka i wirnika,
5. oferowanych pomp do recyrkulacji osadu w odniesieniu do średnicy śmigła: 368 mm.
6. oferowanych krat gęstych w budynku krat - prześwitu oczka: 6 mm.

Procedura wyjaśnień określona w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie służy korygowaniu niezgodności w treści oferty. W ocenie Izby, odwołujący wykazał, iż wskutek podania nowych parametrów urządzeń w załączniku nr 7 wybranej oferty, w odniesieniu do kwestionowanych pozycji doszło do wytworzenia odmiennej treści oświadczeń, których oferta wykonawcy „POL-AQUA” S.A. pierwotnie nie zawierała.

Zamawiający jest związany na równi z wykonawcami warunkami uczestnictwa w przetargu, które ustanowił, nie może zatem na etapie oceny ofert od nich odstępować.

W konsekwencji, zdaniem Izby, zachodziły postawy, do odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robot Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z powołaniem się na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba ustaliła w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wyrażające się w zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. mimo, że treść oferty w/w wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, wyrażające się w dopuszczeniu przez

zamawiającego do dokonania zmiany, po upływie terminu składania ofert, treści oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A.,

3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyrażające się w umożliwieniu Przedsiębiorstwu Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. złożenia po terminie składania ofert oświadczeń i dokumentów stanowiących treść oferty,

- znalazły potwierdzenie.

Izba ustaliła również podstawy do przypisania zamawiającemu uchybienia zasadom równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem praw uczciwej konkurencji, określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wskutek dopuszczenia do uzupełnienia oferty wykonawcy „POL-AQUA” S.A. z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Natomiast nie nastąpiło zarzucane naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ procedury prostowania omyłek w ofercie wykonawcy „POL-AQUA” S.A. zamawiający nie stosował.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, skoro oferta Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., mimo że powinna zostać odrzucona, została wybrana jako najkorzystniejsza.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 i pkt 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

