

**WYROK**

**z dnia 17 sierpnia 2011 r.**

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

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 sierpnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2011 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „PRESS” Spółka Akcyjna, 16-400 Suwałki, ul. Piaskowa 7 (pełnomocnik wykonawców) oraz Janusz Piotrowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego Janusz Piotrowski, 16-400 Suwałki, ul. Noniewicza 85c/18**

od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Stare Juchy, 15-530 Stare Juchy, ul. Plac 500-lecia 4**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PRZEM-GRI” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 10-410 Olsztyn, ul. Przemysłowa 3 – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego „PRESS” Spółki Akcyjnej z siedzibą w Suwałkach oraz Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego Janusz Piotrowski z Suwałk, a także powtórzenie czynności badania i oceny tej oferty.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Stare Juchy i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „PRESS” Spółkę Akcyjną z siedzibą w Suwałkach oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego Janusz Piotrowski w Suwałkach – tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Gminy Stare Juchy na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego „PRESS” Spółki Akcyjnej z siedzibą w Suwałkach oraz Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego Janusz Piotrowski w Suwałkach kwotę 13600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.**

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

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Stare Juchy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Rozbudowa i modernizacja infrastruktury wodno-ściekowej w Regionie Wielkich Jezior Mazurskich – MASTERPLAN dla Wielkich Jezior Mazurskich – Gmina Stare Juchy wraz z wyposażeniem, zakresie: ETAP I – Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Starych Juchach; ETAP II – Modernizacja stacji uzdatniania wody w miejscowości Stare Juchy; ETAP III – Budowa kanalizacji sanitarnej i wodociągu dla miejscowości Jeziorowskie (oznaczenie sprawy BUD.271.01.2011).*

29 lipca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu Odwołującemu – konsorcjum wykonawców z Suwałk: Przedsiębiorstwu Inżynieryjnemu „PRESS” S.A. oraz Przedsiębiorstwu Budownictwa Inżynieryjnego Janusz Piotrowski (dalej zwanego w skrócie od nazwy lidera „Konsorcjum PRESS”) – zawiadomienie o wyniku powtórnego rozstrzygnięcia postępowania, informując o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PRZEM-GRI” spółkę z o.o. z siedzibą w Olszynie, oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W odniesieniu do tej ostatniej czynności zawiadomienie brzmiało następująco:

*Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp (...) Zamawiający odrzucił ofertę oznaczoną Nr 3 złożoną przez: Konsorcjum Firm: Lider: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „PRESS” S.A., ul. Piaskowa 7, 16-400 Suwałki, Partner: Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego Janusz Piotrowski, ul. Noniewicza 85c/18, 16-400 Suwałki*

*Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający po otrzymaniu informacji od Wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PRZEM-GRI” Sp. z o.o. (...) Olsztyn (...) o podjętej niezgodnie z przepisami Ustawy czynności w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz informacji Firmy BIO-TECH Sp. z o.o. Nieporęt o naruszeniu Patentu i czynu nieuczciwej konkurencji, wystąpił do Lidera Konsorcjum Przedsiębiorstwo Inżynieryjne PRESS S.A. (...) Suwałki o złożenie wyjaśnienia, iż zaproponowane rozwiązania w ofercie są równoważne i przedstawiają przedmiot zamówienia o właściwościach takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w opisie przedmiotu zamówienia i oznaczone są stosownym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem, i że Firma nie dopuściła się do naruszenia Patentu.*

*Na podstawie otrzymanego wyjaśnienia Lidera Konsorcjum (...) – pismo z dnia 27.07.2011 r., Komisja Przetargowa dokonała ponownej analizy i oceny złożonych ofert i stwierdziła, że przedstawione w ofercie rozwiązania Konsorcjum nie potwierdzają zastosowania równoważnych rozwiązań.*

*W związku z powyższym Komisja Przetargowa uznała, że oferta Nr 3 (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 podlega odrzuceniu jako, że treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

*Uzasadnienie prawne: Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych.*

3 sierpnia 2011 r. (pismem z 2 sierpnia 2011 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia swojej oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Art. 89 ust. 1 punkt 2, poprzez podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo niezastnienia przesłanek określonych tym przepisem.
2. Art. 7 ust. 1, poprzez dokonanie powtórnej czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty bez zachowania zasady uczciwej konkurencji.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Unieważnienia czynności uznania za najkorzystniejszą oferty Przedsiębiorstwa Inżynieryjno–Budowlanego „PRZEM-GRI” sp. z o. o. z siedzibą w Olszynie.
3. Unieważnienia czynności unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 12 lipca 2011 r. lub nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i uznanie tej oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zamawiający w ogóle nie podał i nie uzasadnił, w jakim zakresie treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”), gdyż w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zawarł jedynie lakoniczne sformułowanie: *przedstawione w ofercie rozwiązania nie potwierdzają zastosowania równoważnych rozwiązań*. Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu braku równoważności zaproponowanych rozwiązań, zobowiązany był wykazać, które z zaproponowanych przez

Odwołującego rozwiązań, podanych w wyjaśnieniu z dnia 27 lipca 2011 r., nie są równoważne do postanowień s.i.w.z. określających konkretne wymagania i parametry. Tylko takie uzasadnienie odrzucenia oferty dałoby Odwołującemu możliwość ustosunkowania się do tego odrzucenia i ewentualnie wykazania, że stanowisko Zamawiającego jest błędne i niezgodne ze stanem faktycznym. Brak takiego uzasadnienia nie daje Odwołującemu jakiegokolwiek możliwości ustosunkowania się stawianego zarzutu braku równoważności, tym bardziej, że Zamawiający opisując w s.i.w.z. (rozdział IV – *Przedmiot zamówienia, wspólny słownik zamówień*, punkt 3 – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) możliwość ujęcia w ofercie a następnie zastosowania innych równoważnych materiałów lub urządzeń, nie określił jakie parametry uzna za równoważne, a jakich nie, i podał jedynie ogólne sformułowanie, że wykonawca powinien złożyć stosowne dokumenty uwiarygodniające te materiały lub urządzenia, oraz że parametry materiałów lub urządzeń mają być nie gorsze od tych, które zastępują.

W ocenie Odwołującego tak sformułowane postanowienia s.i.w.z. w zakresie równoważności praktycznie pozbawiły Zamawiającego możliwości stawiania wykonawcy zarzutu o braku równoważności zaproponowanych materiałów lub rozwiązań, bez dokładnego i szczegółowego wskazania, które propozycje równoważne posiadają parametry gorsze niż wymagane. W sytuacji gdy Zamawiający nie określił w postanowieniach s.i.w.z. przynajmniej minimalnych parametrów równoważności, w oparciu o które dokona oceny czy treść oferty odpowiada treści s.i.w.z., nie może stawiać Odwołującemu zarzutu braku równoważności zaproponowanych rozwiązań, ograniczając się do ogólnego sformułowania, i podejmować na tej podstawie decyzję. Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, przy braku określenia minimalnych parametrów równoważności, w ocenie Odwołującego jest praktycznie niemożliwe, gdyż każda ocena i każde rozwiązanie w ocenie różnych osób i podmiotów, może być inna, oparta o różne przesłanki, tym bardziej, jeżeli sprawa dotyczy takiego obiektu jak oczyszczalnia ścieków. W ocenie Odwołującego odrzucenie oferty w oparciu o stwierdzenie, że treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z. powinno zawierać dokładne i precyzyjne wskazanie, które elementy treści oferty nie odpowiadają jakim elementom treści s.i.w.z.

Wadliwość decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego potwierdza także treść załącznika nr 8 do s.i.w.z – *Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót*. Na stronie 376 tegoż załącznika – punkt 1 Wymagania ogólne, ppkt 1.2, wypunktowanie drugie, Zamawiający ustalił, że *w zakres zamówienia w części obejmującej wyposażenie pompowni ścieków, obiektów oczyszczalni i urządzenia technologiczne wchodzi: (...) montaż urządzeń*

*i wyposażenia z ewentualnym dostosowaniem zaprojektowanych obiektów do montażu tych urządzeń o ile przyjęte urządzenie będzie się różniło od przyjętego w założeniach do projektowania. Na stronie 377 tegoż załącznika Zamawiający określił z kolei, że na etapie realizacji zamówienia będzie wymagane przez Zamawiającego uzgodnienie właściwości przyjętych przez Wykonawcę urządzeń i wyposażenia w zakresie szczegółowym w tym również jakościowym. Oznacza to, że Zamawiający dopuścił w niniejszym postępowaniu możliwość stosowania urządzeń i wyposażenia innego niż przyjęte w założeniach do projektowania również w czasie realizacji zamówienia. Skoro dopuszczona została możliwość stosowania rozwiązań równoważnych w czasie realizacji zamówienia bez konieczności ujmowania tych rozwiązań w składanej ofercie, gdyż STWiOR nie zawiera takiego zastrzeżenia, nie można postawić Odwołującemu zarzutu o tym, że treść jego oferty nie odpowiada treści s.i.w.z. w zakresie proponowania w ofercie rozwiązania, które w ocenie Zamawiającego nie jest równoważne. Zawsze istnieje bowiem możliwość zweryfikowania zawartych w ofercie rozwiązań w czasie realizacji zamówienia już na etapie wykonawstwa robót budowlanych, w taki sposób, aby w ocenie Zamawiającego spełniały wymóg równoważności.*

Naruszenie art. 7 ust. 1 pzp polega na tym, że Zamawiający 19 lipca 2011 r. zaprosił Odwołującego do podpisania umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego i termin podpisania umowy wyznaczył na dzień 27 lipca 2011 r. W dniu wysłania zaproszenia do podpisania umowy Zamawiający był już w posiadaniu pisma z 15 lipca 2011 r. – informacji od wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno- Budowlane PRZEM-GRI sp. z o. o. z siedzibą w Olsztynie o zarzucanym Zamawiającemu naruszeniu przepisów przy dokonywaniu oceny ofert. Pomimo posiadania tej informacji Zamawiający nie dopatrył się podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. 26 lipca 2011 r. z nieznanymi przyczynami Zamawiający dopatrył się obligatoryjnej konieczności potwierdzenia przez Odwołującego, że zaproponowane w ofercie rozwiązanie – osadnik wtórny pionowy – jest równoważne i przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w opisie przedmiotu zamówienia i wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Dodatkowo w tym samym dniu Zamawiający kolejnym pismem wyznaczył termin złożenia wyjaśnień do dnia następnego tj. 27 lipca 2011 r. do godz. 11.00. Obydwa pisma nie określały skutku niezłożenia wyjaśnienia w wyznaczonym terminie. Wysyłając obydwie pisma, Zamawiający był już w posiadaniu wezwania skierowanego przez firmę BIO-TECH sp. z o. o. z Nieporętu do Odwołującego o zaprzestaniu naruszania patentu i zdawał sobie sprawę, że określając termin złożenia wyjaśnienia na niecałe 24 godziny, uniemożliwia

Odwołującemu skuteczne przeprowadzenie negocjacji i zmusza Odwołującego do jednostronnego przyjęcia warunków posiadacza patentu. Odwołujący nie mógł sobie pozwolić na takie rozwiązanie, gdyż w kosztach złożonej oferty nie uwzględnił konieczności ponoszenia kosztów patentu. W ocenie Odwołującego Zamawiający ustalając termin podpisania umowy, jak również wyznaczając tylko 24 godzinny czas na złożenie wyjaśnień, nie stosował zasady uczciwej konkurencji a raczej kierował się interesem innego wykonawcy oraz interesem właściciela patentu.

Zamawiający w ogóle nie podał czy brak równoważności wynika z któregośkolwiek z elementów wyjaśnień Odwołującego z 27 lipca 2011r.:

1. Zastosowania materiałów, niespełniających parametrów określonych w s.i.w.z. i dokumentacji technicznej.
2. Zastosowania rozwiązań niezapewniających strefy przepływu laminarnego.
3. Niewłaściwej konstrukcji lub budowy urządzenia polegających na zbudowaniu rury zbiorczej z czterech równomiernie ułożonych punktów czerpalnych ścieki spod lustra wody z głębokości określonej w projekcie.
4. Niewłaściwej konstrukcji lub budowy koryta odprowadzającego zanieczyszczenia pływające z powierzchni urządzenia.\
5. Niewłaściwej regulacji zanurzenia elementów oraz poziomu ścieków w komorach w oparciu o śruby rzymskie mocowane do pomostu roboczego.
6. Niestosowania zasuw, zastawek itp.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego 4 sierpnia 2011 r. (wraz z przekazaniem kopii odwołania), 8 sierpnia 2011 r. (poniedziałek) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PRZEM-GRI” spółka z o.o. z siedzibą w Olsztynie zgłosiło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

W zgłoszeniu przystąpienia Przystępujący podał następujące okoliczności przemawiające jego zdaniem za oddaleniem odwołania. Działanie Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego zostało dokonane z zachowaniem przepisów art.

89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. W przedmiotowym postępowaniu w ofercie Konsorcjum zostało zaproponowane urządzenie równoważne poz. 6 – osadnik wtórny pionowy, w skład którego wchodzi zatopione koryto zbiorcze DN 100 oraz łapacz piany (rys. 1 i 2 w ofercie). Przedstawione przez Konsorcjum rozwiązania odpływu ścieków oczyszczonych jako równoważne, naruszają prawo własności przemysłowej opatentowane przez firmę BIO-TECH sp. z o.o. z Nieporętu. W ocenie Przystępującego Odwołujący dołączając do oferty rozwiązanie równoważne, naruszył ustawę Prawo własności przemysłowej i ochronę patentu. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień w zakresie równoważności nie dopuścił do naruszenia ww. ustawy i dokonał wyboru oferty Przystępującego, z jednoczesnym odrzuceniem oferty Odwołującego, gdyż jej treść nie była zgodna z treścią s.i.w.z.

Zamawiający swoim działaniem nie doprowadził do naruszenia art. 7 pzp, zasadę uczciwej konkurencji naruszył Odwołujący. Zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy* (art. 3.1). *Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: ... wprowadzające w błąd oznaczenia towarów..., naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa..., naśladownictwo produktów,...* (art. 3.2). Przedstawiony przez Odwołującego w ofercie produkt równoważny (naśladownictwo produktu, który jest chroniony patentem) nie może wynikać z niewiedzy, jest czynem celowym, zamierzonym w jakimś interesie wprowadzeniem w błąd Zamawiającego, wyrządzającym tym samym szkodę inwestorowi.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, Zamawiający wniósł o jego oddalenie, co poparł Przystępujący.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 maja 2011 r. pod nr 110994-2011, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej ([www.stare-juchy.pl](http://www.stare-juchy.pl)), na



której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 8.189.551,47 zł, co stanowi równowartość 2.133.251,23 euro.

Zmawiający zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia między innymi przytoczone poniżej lub omówione postanowienia.

W części A *Instrukcja dla wykonawców*:

W rozdziale IV *Przedmiot zamówienia, Wspólny Słownik Zamówień (CPV)*:

*Przedmiotem zamówienia są roboty budowlano-montażowe zadania pn. „Rozbudowa i modernizacja infrastruktury wodno-ściekowej w Regionie Wielkich Jezior Mazurskich MASTERPLAN dla Wielkich Jezior Mazurskich – Gmina Stare Juchy wraz z wyposażeniem, zakresie:*

- *ETAP I – Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Starych Juchach*
  - *ETAP II – Modernizacja stacji uzdatniania wody w miejscowości Stare Juchy*
  - *ETAP III – Budowa kanalizacji sanitarnej i wodociągu dla miejscowości Jeziorowskie*
- Inwestycja realizowana będzie na podstawie dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, przedmiarów robót (stanowiące część pomocniczą i informacyjną), ustaleń SIWZ, zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami i sztuką budowlaną. [pkt 1]*

*Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty:*

- *w dokumentacji projektowej – (Załącznik Nr 7 do SIWZ),*
- *w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót – (Załącznik Nr 8 do SIWZ),*
- *przedmiarach robót (stanowiące część pomocniczą i informacyjną) (Załącznik Nr 9 do SIWZ)*

*W przypadku, gdy w dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz w przedmiarach robót (stanowiące część pomocniczą i informacyjną), opisano materiały lub urządzenia za pomocą podania nazwy ich producenta, patentów lub pochodzenia, to w odniesieniu do tych materiałów lub urządzeń Zamawiający dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie, innych równoważnych materiałów lub urządzeń pod warunkiem posiadania przez nie parametrów nie gorszych niż materiały lub urządzenia, które one zastępują. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów, uwiarygodniających te materiały lub urządzenia. (...) [pkt 3]*

W części B *Załączniki do specyfikacji*:

Załącznik nr 7 – *Dokumentacja projektowa, Projekt budowlany – technologia oczyszczalni ścieków*, opracowany przez Prywatne Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDEX” z Braniewa, w pkt. 5.6.4. *Urządzenie do separacji osadu od ścieków – Osadnik wtórny.*

*W celu separacji osadu czynnego od ścieków oczyszczonych, mieszanina osadu czynnego i ścieków powinna dopływać do urządzenia separacji osadu od ścieków – „pionowego osadnika wtórnego”, usytuowanego w centralnej części reaktora, co częściowo eliminuje ewentualne hydrauliczne przeciążenie osadnika. Urządzenie powinno być wyposażony w „strefę przepływu laminarnego”, co powoduje odgazowanie i flokulację osadu czynnego poddanego sedymentacji. Istotą wymagań jest urządzenie, które powinno składać się z następujących podzespołów:*

- 1. Zatopione koryto odprowadzające ścieki oczyszczone*
- 2. Koryta odprowadzające zanieczyszczenia pływające z powierzchni urządzenia.*
- 3. Komory regulacji poziomu ścieków w urządzeniu*

*Zatopione koryto odprowadzające ścieki oczyszczone w planie powinno mieć kształt symetryczny z charakterystycznymi otworami technologicznymi, usytuowane powinno być centralnie w osadniku wtórnym, pod powierzchnią ścieków. Zatopione koryto odprowadzające ścieki oczyszczone wykonane powinno być z prostych odcinków rury cylindrycznej połączonych w jeden pierścień. Na zewnętrznym i wewnętrznym boku każdego z odcinków prostych rury cylindrycznej powinny być wycięte otwory, najlepiej okrągłe, odprowadzające ścieki oczyszczone. Wymagane jest, aby urządzenie do odprowadzania ścieków oczyszczonych z komory osadu czynnego odprowadzało ścieki nie przelewem pionowym bezpośrednio z powierzchni osadnika, ale z pod jego powierzchni najlepiej od 10 do 20 cm pod powierzchnią. Wymagane jest również, aby ścieki odprowadzane były w sposób równomierny. (...)*

Załącznik nr 8 *Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, Projekt budowlany – specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót*, opracowany przez Prywatne Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDEX” z Braniewa – zawiera między innymi przytoczone powyżej za odwołaniem postanowienia.

Załącznik nr 9 – *Przedmiary robót stanowiące część pomocniczą i informacyjną, Przedmiar/obmiar robót w pkt. 9 Element: Reaktor Biologiczny – komora denitryfikacji/nitryfikacji, poz. 9.4: Normatyw: Analiza własna; Opis: Dostawa: (...) 6. „Osadnik wtórny pionowy OW-01, D=5,8 m, A=26 m<sup>2</sup>, V=45m<sup>3</sup>, wyposażony w system BT-flow1 lub równoważny w skład którego wchodzi:*

*- Zatopione koryto zbiorcze DN100, Q=30 m<sup>3</sup>/h*

## Sygn. akt KIO 1653/11

- Komora zbiorcza regulacji poziomu,  $Q=30 \text{ m}^3/\text{h}$ ,  $H=10 \text{ cm}$

- Układ odprowadzania części pływających DN100,  $Q=0-30 \text{ m}^3/\text{h}$  1 kpl. np. typ BT-KBAL-1000 prod. BIO-TECH lub inny równoważny

Odwołujący załączył do oferty przygotowany we własnym zakresie dokument pn. *Charakterystyka zastosowanego wyposażenia technologicznego oczyszczalni ścieków*, zawierający informacje w tabeli w układzie kolumn nazwanych odpowiednio: *Lp., Charakterystyka techniczna, Ilość, Typ urządzenia lub równoważny*.

W pkt. 9 *Reaktor biologiczny – k.Den./Nitr.*, w ppkt. 6 wpisano: w kolumnie *Charakterystyka techniczna – Osadnik wtórny pionowy OW-01,  $D=5,8 \text{ m}$ ,  $A=26 \text{ m}^2$ ,  $V=45 \text{ m}^3$ , wyposażony w system BT-flow1 lub równoważny w skład którego wchodzi: - Zatopione koryto zbiorcze DN100,  $Q=30 \text{ m}^3/\text{h}$  - Komora zbiorcza regulacji poziomu,  $Q=30 \text{ m}^3/\text{h}$ ,  $H=10 \text{ cm}$  - Układ odprowadzania części pływających DN100,  $Q=0-30 \text{ m}^3/\text{h}$ ; natomiast w kolumnie *Typ urządzenia lub równoważny – np. równoważny, dostawa TRAIUDENIS-POL sp. z o.o. ul. Gołdapska 31 19-400 Olecko / P.I. PRESS S.A. 16-400 Suwałki, ul. Piaskowa 7.**

Zamawiający pismem z 1 lipca 2011 r. *Wezwanie/Wyjaśnienie do uzupełnienia dokumentów*, działając zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia załączonych do oferty dokumentów potwierdzających spełnienie warunków w w/w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, j/n: (...)

Zgodnie z rozdz. 4 pkt 3 SIWZ (...) Zamawiający dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych równoważnych materiałów lub urządzeń pod warunkiem posiadania przez nie parametrów nie gorszych niż materiały lub urządzenia, które one zastępują. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów, uwiarygodniających te materiały lub urządzenia (...), tj. posiadają parametry nie gorsze niż wymienione w przedmiocie zamówienia. Przedstawiona w ofercie „Charakterystyka zastosowanego wyposażenia technologicznego oczyszczalni ścieków” (str.97-102 oferty), zawiera zastosowanie równoważnych materiałów i urządzeń w stosunku do dokumentacji projektowej – brak jest złożenia stosownych dokumentów przedstawiających, iż zastosowane materiały i urządzenia posiadają parametry nie gorsze od tych które je zastępują. [pkt 2]

Odwołujący 6 lipca 2011 r. w określonym przez Zamawiającego terminie złożył pismo z 5 lipca 2011 r., wskazując w jego pkt. 4, iż składa „Charakterystykę zastosowanego wyposażenia technologicznego oczyszczalni ścieków” – na 259 stronach – odrębny

segregator. Załączony dokument zawiera w stosunku do wersji załączonej do oferty dodatkową kolumnę pn. *Uwagi*, gdzie zamieszczono takie uwagi wraz z odesłaniem do załączników – po raz pierwszy złożonych.

W pkt. 9 *Reaktor biologiczny – k.Den./Nitr.*, w ppkt. 6, w kolumnie *Uwaga* wpisano: *Osadnik zgodnie z projektem pionowy kołowy w planie osadnik wtórny wykonany z tworzywa sztucznego (żywica poliestrowa wzmocniona włóknem szklanym). Rura centralna osadnika podwieszona jest do szyn biegnących w poprzek zbiornika. Schemat i rysunek osadnika wraz z łapaczem piany i korytem zbiorczym ścieków oczyszczonych przedstawia zał nr 11. Wymiary mogą być ustalone w czasie realizacji. Urządzenia spełniają wymogi projektu tj. Osadnik wtórny pionowy OW-01, D=5,8 m, A=26 m<sup>2</sup>, V=45m<sup>3</sup>, wyposażony w system BT-flow1 lub równoważny w skład którego wchodzi: - Zatopione koryto zbiorcze DN100, Q=30 m<sup>3</sup>/h - Komora zbiorcza regulacji poziomu, Q=30 m<sup>3</sup>/h, H=10 cm -Układ odprowadzania części pływających DN100, Q=0-30 m<sup>3</sup>/h.*

12 lipca 2011 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

15 lipca 2011 r. Przystępujący, działając na podstawie art. 181 ust. 1 pzp, zawiadomił Zamawiającego, iż przez dokonanie wyboru oferty Odwołującego dokonał czynności niezgodnej z następującymi przepisami ustawy pzp:

- 1) Art. 7 – przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
- 2) Art. 87 ust. 1 – przez żądanie złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez Odwołującego oferty, w wyniku których doszło do zmiany jej treści.
- 3) Art. 89 ust. 1 pkt 8 – przez nieodrzućenie oferty Odwołującego jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, tj. ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117, z późn. zm.).

Przystępujący wniósł w tym piśmie o:

- 1) Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.
- 2) Dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wybranie jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.
- 3) W przypadku braku możliwości prawnych co do rozstrzygnięcia postępowania – unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.

W uzasadnieniu wskazał między innymi: *W przedmiotowym postępowaniu w ofercie*

*Konsorcjum zostało zaproponowane urządzenie równoważne poz. 6 – osadnik wtórny pionowy, w skład którego wchodzi zatopione koryto zbiorcze DN 100 oraz łapacz piany (rys. 1 i 2). Przedstawione przez Konsorcjum rozwiązania odpływu ścieków oczyszczonych jako równoważne, naruszają prawo własności przemysłowej opatentowane przez firmę BIO-TECH Sp. z o.o. z Nieporęt. W załączeniu kserokopia decyzji o ochronie Patentu wraz z opisem urządzeń do odprowadzania ścieków oczyszczonych z oczyszczalni ścieków. (...) Zamawiający wzywając do wyjaśnień w zakresie równoważności tym samym dopuszcza do naruszenia ww. ustawy i dokonuje wyboru oferty wykonawcy (Konsorcjum), które zgodnie z ustawą – Prawo zamówień publicznych winno być odrzucone (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8), jako treść niezgodna z treścią SIWZ i nieważna na podstawie odrębnych przepisów.*

25 lipca 2011 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo z 22 lipca 2011 r. od BIO-TECH sp. z o.o. z siedzibą w Nieporęcie, reprezentowanej przez rzecznika patentowego, informujące, że 22 lipca 2011 r. do Odwołującego zostało skierowane wezwanie do zaniechania naruszenia patentu (patent zarejestrowany pod nr 209322) oraz czynu nieuczciwej konkurencji, którego dopuścił się składając ofertę. Rzecznik patentowy wskazał, iż w przypadku braku polubownego załatwienia sporu jego mocodawca rozpocznie procedurę sądową w trybie postępowania gospodarczego przeciwko spółkom konsorcjum.

26 lipca 2011 r. Zamawiający skierował do Odwołującego pismo o następującej treści:  
*W związku z wpływieniem sprzeciwu do wyboru oferty najkorzystniejszej oferty na w/w zadaniu inwestycyjnym oraz wezwania do zaniechania naruszenia patentu Firmy BIO-TECH sp. z o.o. 05-126 Nieporęt, prosimy o przedstawienie stosownego wyjaśnienia, iż zaproponowane rozwiązania w ofercie są równoważne i przedstawiają przedmiot zamówienia o właściwościach takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w opisie przedmiotu zamówienia i oznaczone są stosownym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem i że Państwa Firma nie dopuściła się naruszenia patentu w/w Firmy. Do czasu wyjaśnienia powyższego sprzeciwu, odwołujemy ustalony na 27.07.2011 r. termin podpisania umowy. W załączeniu przesyłamy kserokopię pisma z dnia 22.07.2011 r. Firmy BIO-TECH sp. z o.o.*

Tego samego dnia Zamawiający odrębnym pismem zawiadomił Odwołującego, iż wyjaśnienia należy dostarczyć do 27 lipca 2011 r. do godz. 11:00.

27 lipca 2011 r. Odwołujący złożył pisemnie wyjaśnienia o następującej treści: ...

*informujemy, że wezwanie do zaniechania naruszenia patentu i zaprzestania niedozwolonych działań z dnia 22 lipca 2011 r. skierowane przez firmę „BIO-TECH” Sp. z o.o. z Nieporętu do Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego „PRESS” S.A. w Suwałkach nie wywiera żadnych skutków prawnych dla prowadzonego przez Gminę Stare Juchy postępowania w sprawie zamówienia publicznego.*

*Jeżeli nie dojdziemy do porozumienia z firmą „BIO-TECH” Sp. z o.o. zastosujemy w oczyszczalni inne rozwiązanie równoważne do określonego w naszej ofercie. Zgodnie bowiem z pkt. IV ppkt. 3 SIWZ stosowanie rozwiązań równoważnych jest dopuszczone pod warunkiem spełniania parametrów określonych dokumentacją techniczną. Gdybyśmy nie uzgodnili z firmą „BIO-TECH” Sp. z o.o. warunków współpracy zastosujemy niżej podane rozwiązanie równoważne służące do dekantacji ścieków oczyszczonych z osadnika wtórnego oraz układu części pływających z lustra osadnika.*

*Urządzenie zaproponowane (...) będzie wykonane z materiałów zgodnych z projektem tj. stal KO, PE, żywice poliestrowe.*

- 1. Zostanie zapewniona strefa przepływu laminarnego. Wymagania szczególne zostaną zachowane. Urządzenie zbudowane będzie z rury zbiorczej i czterech równomiernie ułożonych punktów czerpalnych ścieki spod lustra wody z głębokości określonej w projekcie.*
- 2. Koryta odprowadzającego zanieczyszczenia pływające z powierzchni urządzenia. Koryto zostanie wykonane ze stali kwasoodpornej w postaci dwóch koryt uchylnych, elementów równomiernie i symetrycznie rozłożonych na powierzchni osadnika. Odprowadzanie zanieczyszczeń następować będzie przez automatyczne uchylenie specjalnie ustawionych krawędzi, szczelin podłużnych koryt siłownikiem, każdy z nich będzie zasilany sprężonym powietrzem w celu odprowadzania zanieczyszczeń do komory nityfikacji. Układ zapewnia możliwość regulacji w zakresie 5m<sup>3</sup>/h ÷ 30 m<sup>3</sup>/h.*
- 3. Regulacja zanurzenia elementów oraz poziomu ścieków w komorach zostanie wykonana z wykorzystaniem śrub rzymskich mocowanych do pomostu roboczego. Śruby zostaną wyprowadzone powyżej pomostu i wyposażone w specjalny klucz do regulacji.*

*W układach nie stosuje się zasuw, zastawek itp.*

*Powyższe, a także pozostałe okoliczności faktyczne, Izba ustaliła na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, przekazanej również Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności:*

ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. z załącznikami, protokołu postępowania, oferty Odwołującego i przywołanych powyżej pism.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, a także wyrażone w ustnie i odnotowane w protokole rozprawy.

Skład orzekający odnotował, iż w toku postępowania odwoławczego zostały złożone nadto następujące dowody:

- 1) *Decyzja* z 28 marca 2011 r. (znak DP/P.375518/7/ejak) Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej udzielająca na rzecz BIO-TECH spółki z o.o. z siedzibą w Nieporęcie patentu na wynalazek pt.: *Urządzenie do odprowadzania ścieków oczyszczonych z oczyszczalni ścieków* (na 2 stronach), wraz z dokumentami pn.: *Urządzenie do odprowadzania ścieków oczyszczonych z oczyszczalni ścieków* (na 6 stronach), *Zastrzeżenie patentowe* (na 2 stronach), *Skrót opisu* (2 strony), oraz 4 rysunkami Fig. 1-4 (na 4 stronach).
- 2) Pismo z 8 lipca 2011 r. od Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowo-Produkcyjnego „PALWOD” EXPORT – IMPORT Ryszard Pawlukanis z Gołdapi do BIO-TECH spółki z o.o. z siedzibą w Nieporęcie, podpisane przez Ryszarda Pwlukanisa i Grzegorza Kukiana (na 1 stronie).
- 3) Pismo z 5 lipca 2011 r. od Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego PRESS S.A. z siedzibą w Suwałkach do do BIO-TECH spółki z o.o. z Nieporęcie (na 1 stronie).  
– Załączonych do zgłoszenia przystąpienia (pkt 1) lub złożone na rozprawie (pkt 2 i 3) przez Przystępującego jako dowody na potwierdzenie, iż Odwołujący składając ofertę naruszył patent BIO-TECH spółki z o.o. z siedzibą w Nieporęcie.
- 4) *Opinia* z 16 sierpnia 2011 r. podpisana przez prof. dr hab. inż. Lecha Dzieńisa (na 1 stronie).
- 5) *Opinia* z 16 sierpnia 2011 r. podpisana przez dr inż. Dariusza Wawrentowicza (na 1 stronie).
- 6) Niezatytułowany i niepodpisany opis rozpoczynający się od zdania *PI PRESS SA w Suwałkach proponuje zastosowanie równoważnego rozwiązania do dekantacji ścieków oczyszczonych z osadnika wtórnego oraz układu do usuwania części pływających z lustra osadnika* (na 1 stronie) wraz z 4 rysunkami pn.: *Odptyw ścieków oczyszczonych (wykonanie z PE lub stal kwasoodporna) propozycja oferenta PI PRESS, Łapacz piany (wykonanie stal nierdzewna) propozycja oferenta PI PRESS, Schemat podłączenia technologii do selektorów i piaskownika propozycja równoważna oferenta PI PRESS,*

*Schemat podłączenia technologii do selektorów i piaskownika (tak jest w projekcie wg oferenta).*

– Złożone na rozprawie przez Odwołującego jako dowody na potwierdzenie, iż oferuje rozwiązanie równoważne odpowiadające wymaganiom s.i.w.z.

Skład orzekający Izby ustalił znaczenie tych dowodów dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy z uwzględnieniem granic rozpoznania wynikających z zarzutów zawartych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia oraz wyrażone ustnie na rozprawie i odzwierciedlone w protokole, Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę uznaną pierwotnie przez Zamawiającego za najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko odrzuceniu jego oferty przez Zamawiającego, która to czynność naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógł liczyć.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 pzp Izba nie orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie zarzuty odwołania podlegające rozpoznaniu dotyczyły wyłącznie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp, czyli braku zgodności treści złożonej oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z. Ponieważ odwołanie dotyczyło odrzucenia



oferty Odwołującego przez Zamawiającego, oczywistym jest, iż w takim przypadku zarzuty odwołania obiektywnie nie mogły wykroczyć poza czynność Zamawiającego w takim kształcie, w jakimi została przez niego dokonana, wyznaczonym przez podaną dla niej podstawę prawną oraz uzasadnienie prawne i faktyczne. Z tego względu w ogóle poza granicami sporu podlegającego kognicji Izby w niniejszej sprawie znajduje się kwestia ewentualnego podlegania przez ofertę Odwołującego odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp, z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podstawa ta została podniesiona dopiero w zgłoszeniu przystąpienia przez Przystępującego, który w końcowej części zgłoszenia wskazał na przepisy art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nadto zarówno w piśmie tym, jak i na rozprawie Przystępujący usiłował przedstawić kwestię ewentualnego dopuszczenia się przez Odwołującego naruszenia patentu przysługującego BIO-TECH sp. z o.o. z Nieporętu, jako mieszczącą się dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, co jest stanowiskiem błędnym. Należy przy tym zauważyć, iż zgłaszając w trybie art. 181 ust. 1 pzp Zamawiającemu naruszenie przepisów, Przystępujący wskazywał wówczas na przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. Prawem własności przemysłowej (bez wskazania konkretnego przepisu) jako właściwą podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na wspomniane naruszenie patentu. Przede wszystkim istotne jest to, iż ze sposobu powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania oferty Odwołującego w żaden sposób nie wynika, iż podzielił on stanowisko Przystępującego i dopatrył się innej, niż wynikająca z wyłącznie wskazanego przez niego trzykrotnie w zawiadomieniu z 29 lipca 2011 r. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, podstawy odrzucenia tej oferty. Również w uzasadnieniu faktycznym poruszona została wyłącznie kwestia zaistnienia okoliczności niezgodności oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z. Zamawiający na wstępie tego uzasadnienia jedynie zasygnalizował, że odrzucenie oferty w wyniku powtórzonych czynności ma swoją genezę w informacji o naruszeniu przepisów przedstawionej przez Przystępującego. Ponadto Zamawiający przytoczył treść swojego wezwania do wyjaśnień z 26 lipca 2011 r., w którym w jednym zdaniu wezwał jednocześnie Odwołującego do wyjaśnień dotyczących równoważności oferowanych rozwiązań oraz do złożenia zapewnienia, iż *oznaczone są stosownym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem, i że (...) nie dopuścił się do naruszenia Patentu*. W treści uzasadnienia faktycznego brak jednak jakichkolwiek informacji pozwalających stwierdzić, czy i wynikającego z jakiego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynu, Zamawiający dopatrył się w złożeniu przez Odwołującego oferty. Nie znajduje zatem

żadnego oparcia w rzeczywistym stanie rzeczy twierdzenie Zamawiającego pod koniec rozprawy, iż wskazał również jako podstawę dokonanego odrzucenia okoliczność naruszenia patentu i przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. Jest to również sprzeczne z jego wcześniejszym stanowiskiem, w którym podnosił, iż nie czuł się przygotowany i uprawniony do zajmowania stanowiska co do naruszenia patentu jako materii skomplikowanej i należącej do kognicji sądów powszechnych. Z uwagi na to wszelkie przedkładane przez Strony dowody dotyczące okoliczności naruszenia przez Odwołującego patentów spółki BIO-TECH zostały przez skład orzekający Izby pominięte jako bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu, którego nieprzekraczalne granice wyznaczyły zarzuty zawarte w odwołaniu.

Potwierdził się natomiast zawarty w odwołaniu zarzut bezpodstawności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Skład orzekający zważył, iż wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp było ogólnikowe i niewystarczające dla wywiedzenia skutków prawnych z tego przepisu względem Odwołującego. Tymczasem to na Zamawiającym, jako dokonującym czynności przekreślającej możliwość dalszego ubiegania się Odwołującego o udzielenie zamówienia, ciążył wynikający z przepisu art. 6 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 pzp obowiązek udowodnienia zajścia okoliczności skutkujących zastosowaniem tej podstawy prawnej odrzucenia, oraz wynikający z przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp obowiązek podania adekwatnego uzasadnienia faktycznego i prawnego. Wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne *de facto* sprowadzało się do następującego sformułowania: *przedstawione w ofercie rozwiązania Konsorcjum nie potwierdzają zastosowania równoważnych rozwiązań*. W pełni zasadny jest zatem zarzut odwołania, iż Zamawiający nie sprecyzował żadnej konkretnej niezgodności treści oferty Odwołującego, którą stwierdził w stosunku do treści wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. Dopiero na rozprawie Zamawiający wyjaśnił w pierwszej kolejności, iż na skutek otrzymanych wyjaśnień z 27 lipca 2011 r. nie jest w stanie stwierdzić zgodności złożonej oferty w zakresie osadnika wtórnego pionowego (pkt. 9.6 charakterystyki oferowanego wyposażenia) z s.i.w.z., gdyż nie wie jakie rozwiązanie oferuje Odwołujący: przedstawione w ofercie i objęte patentem należącym do BIO-TECH, czy też inne, opisane w punktach w wyjaśnieniu jako alternatywa w razie braku zgodny na skorzystanie z tego patentu. W drugiej kolejności Zamawiający na rozprawie wskazał kilka dalszych niezgodności (pkt.: 1.8, 1.18, 13.3 i 13.5 charakterystyki oferowanego wyposażenia), opartych o niewystarczający jego zdaniem zakres informacji lub niezgodność tych informacji, wynikających z dokumentów załączonych do pisma z 5 lipca

2011 r., złożonego w odpowiedzi na wezwanie do ich uzupełnienia skierowane na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp. Z kolei takie postępowanie Zamawiającego, który zwleka ze sprecyzowaniem uzasadnienia faktycznego dokonanej czynności z 29 lipca 2011 r. aż do rozprawy 17 sierpnia 2011 r., w pełni potwierdza zasadność wyrażonego w odwołaniu zarzutu uniemożliwienia merytorycznego ustosunkowania się do zasadności decyzji Zamawiającego. Nawet pomijając, iż takie postępowanie jest w oczywisty sposób niezgodne z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp, to Zamawiający odstępując również od przygotowania odpowiedzi na odwołanie (co w samo w sobie jest dopuszczalne), *de facto* przekreślił możliwość rozważenia przez Odwołującego skorzystania z instytucji cofnięcia wniesionego odwołania.

Skład orzekający Izby podziela pogląd [wyrażony na tle art. 92 ust. 1 pkt 3 w wyroku w sprawie sygn. akt KIO 1658/11], iż obowiązek informacyjny określony w art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp, stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający przez lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej wobec Odwołującego czynności pozbawił go możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u jej podstaw, uchybiając tym samym fundamentalnym regułą rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę przywołane zasady za niedopuszczalne uznać należy wymuszanie przez Zamawiającego, aby Odwołujący kwestionując zasadność podjętych wobec niego czynności, samodzielnie musiał domniemywać przyczyn stwierdzonej niezgodności złożonej oferty z treścią s.i.w.z. W niniejszej sprawie poza kwestią osadnika wtórnego pionowego, która przewijała się w toku prowadzonego przez Zamawiającego postępowania w kontekście patentu dotyczącego elementu zatopionego koryta zbiorczego, Odwołujący mógł jedynie zgadywać, jakie niezgodności oferowanych przez niego rozwiązań stwierdził Zamawiający, który poprzednio zweryfikował pozytywnie oferowane rozwiązania. W tych okolicznościach dopiero na rozprawie zostały ujawnione motywy, którymi być może kierował się Zamawiający podejmując decyzję, gdyż równie dobrze mógł je przygotować dopiero po jej podjęciu. Zmusiło to Odwołującego *ad hoc* do odpierania na rozprawie argumentów wypracowanych przez Zamawiającego w zaciszu swojej siedziby. Taka sytuacja nie może być uznana za prawidłową, gdyż z normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż to zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanych czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji decyzji podejmowanych

przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Z tego względu argumentację i dowody na poparcie zarzutów nieuprawnionego uznania przez Zamawiającego oferowanego rozwiązania osadnika wtórnego za nierównoważne dla wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia (przedmiarze robót) konkretnego rozwiązania produkcji spółki BIO-TECH, skład orzekający Izby uznał za przedwczesne na tym etapie sporu. Zamawiający nie podniósł jeszcze skutecznie przeciwko Odwołującemu zarzutów niezgodności treści złożonej oferty, które wywiódł na rozprawie. Konieczność zawarcia w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wyczerpującego uzasadnienia faktycznego tej czynności wynika z konstrukcji środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom, których takie decyzje zamawiających dotyczą, w szczególności instytucji zawitego terminu na wniesienie odwołania. Należy przyjąć, iż bieg tego terminu może rozpocząć się dopiero z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o odrzuceniu oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy termin ten zacznie ewentualnie dopiero biec, gdy Zamawiający w wyniku powtórzenia badania i oceny oferty Odwołującego dojdzie do takich lub innych wniosków przemawiających za odrzuceniem jego oferty, i poinformuje go w sposób wymagany przepisem art. 92 ust. 1 pzp o podjętej przez siebie decyzji, rzutującej na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**