

WYROK

z dnia 3 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 20 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 59-916 Bogatynia, ul. Młodych Energetyków 3 (pełnomocnik wykonawców), Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” Spółka Akcyjna, 50-053 Wrocław, ul. Szewska 3 – sygn. akt KIO 120/12**
- B. w dniu 23 stycznia 2012 r. przez wykonawcę: CTE CARBOTECH ENGINEERING Spółka Akcyjna, 70-477 Szczecin, al. Wojska Polskiego 62 – sygn. akt KIO 143/12**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Wodociągowo-Kanalizacyjne „Płonia” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 74-320 Barlinek, ul. Fabryczna 5**

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

- A. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Dorbud Spółka Akcyjna, 25-563 Kielce, ul. Zagnańska 153 (pełnomocnik wykonawców), Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „INFRA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 66-400 Gorzów Wielkopolski – w sprawach o sygn. akt: KIO 120/12 i KIO 143/12**
- B. CTE CARBOTECH ENGINEERING Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie – w sprawie o sygn. akt KIO 120/12**

orzeka:

- 1. Uwzględni obydwa odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności poprawienia**

mocy znamionowej silnika Dmuchawy Aerzen Typ GM25S-G5 w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dorbud Spółki Akcyjnej z siedzibą w Kielcach i Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego „INFRA” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Wodociągowo-Kanalizacyjne „Płonia”** spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Barlinku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD”** spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bogatyni, **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS”** Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu i przez **CTE CARBOTECH ENGINEERING** Spółkę Akcyjną z siedzibą w Szczecinie – tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od **Przedsiębiorstwa Wodociągowo-Kanalizacyjnego „Płonia”** spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Barlinku na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD”** spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bogatyni, **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS”** Spółki Akcyjnej z siedzibą we Wrocławiu kwotę **24029 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące dwadzieścia dziewięć złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty noclegu w związku z wyznaczonym posiedzeniem Izby.

2.3 zasądza od **Przedsiębiorstwa Wodociągowo-Kanalizacyjnego „Płonia”** spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Barlinku na rzecz **CTE CARBOTECH ENGINEERING** Spółki Akcyjnej z siedzibą w Szczecinie kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

**Sygn. akt: KIO 120/12
KIO 143/12**

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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągowo-Kanalizacyjne „Płonia” spółka z o.o. z siedzibą w Barlinku – 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; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Barlinek, gmina Barlinek. Kontrakt 1: Przebudowa oczyszczalni ścieków w Barlinku* (oznaczenie sprawy: PWK/JRP/ZP/06/2010).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 25 sierpnia 2011 r. pod nr 2011/S_162-267446, z tym, że 19 sierpnia 2011 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.bip.pwkplonia.pl), na której zamieścił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 48.531.102,27 zł, co stanowi równowartość 12.641.599,97 euro, z tym że jest to zamówienie udzielane w częściach, a wartość udzielanego zamówienia została ustalona na kwotę 29.390.158,98 zł, co stanowi równowartość 7.655.680,90 euro.

W postępowaniu zostały złożone oferty czterech wykonawców, a podczas otwarcia ofert odczytano następujące informacje w zakresie ceny oferty i *procentu mocy pozornej urządzeń stanowiących dostawę wykonawcy dla wykonania przedmiotu zamówienia obliczonej w stosunku do mocy pozornej urządzeń zaprojektowanych przez Zamawiającego* [w nawiasie dane po dokonanych przez Zamawiającego poprawach ofert na podstawie art. 87 ust. 2 pzp]:

- 1) Cadagua S.A. z siedzibą w Bilbao, 33.813.962,07 zł i 7,24% [33.798.510,88 zł]
- 2) Konsorcjum: Dorbud S.A., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane „INFRA” sp. z o.o., 22.878.418,43 zł i 5,64% [22.878.419,87 zł i 7,65%]
- 3) Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD sp. z o.o., Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „WROBIS” S.A., 23.239.218,13 zł i 5,75% [23.238.677,32 zł i 6,70%]
- 4) CTE CARBOTECH ENGINEERING sp. z o.o., 23.622.847,96 zł i 16,25% [23.637.495,06 zł i 8,71%]

12 stycznia 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu przekazał wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu informację o jego rozstrzygnięciu, w szczególności o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dorbud S.A. z siedzibą w Kielcach (pełnomocnik wykonawców) i Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „INFRA” spółka z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim (zwanymi dalej od firmy lidera „Konsorcjum Dorbud”), a także o sklasyfikowaniu w rankingu ofert nieodrzuconych podlegających ocenie według przyjętych kryteriów oceny ofert, na drugim miejscu – oferty złożonej przez CTE CARBOTECH ENGINEERING spółki z o.o. z siedzibą w Szczecinie (aktualnie CTE CARBOTECH ENGINEERING S.A., zwanej dalej w skrócie „CARBOTECH”), na trzecim miejscu – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” spółki z o.o. z siedzibą w Bogatyni i Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. z siedzibą we Wrocławiu (zwanymi dalej od firmy lidera „Konsorcjum EGBUD”)

20 stycznia 2012 r. Konsorcjum EGBUD wniosło za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej decyzji Zamawiającego, któremu zarzuciło naruszenie przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 – poprzez nieodrzuconie oferty Konsorcjum Dorbud, podczas gdy oferta ta pozostawała niezgodna z treścią s.i.w.z. i zawierała błędy w obliczeniu ceny.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 – poprzez nieodrzuconie oferty Konsorcjum Dorbud, podczas gdy oferta ta pozostawała niezgodna z treścią s.i.w.z., z uwagi na to, iż zaoferowane urządzenia stanowiące dostawę Wykonawcy nie spełniają minimalnych wymagań Zamawiającego
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 – poprzez nieodrzuconie oferty CARBOTECH, podczas gdy przedmiotowa oferta pozostawała niezgodna z treścią s.i.w.z., z uwagi na to, iż zaoferowane urządzenia stanowiące dostawę Wykonawcy nie spełniają minimalnych wymagań Zamawiającego.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 – poprzez nieodrzuconie oferty Konsorcjum Dorbud, podczas gdy przedmiotowa oferta została zmieniona w toku postępowania w sposób niedopuszczalny przepisami ustawy pzp.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 – poprzez nieodrzuconie oferty CARBOTECH, podczas gdy przedmiotowa oferta została zmieniona w toku postępowania, w sposób niedopuszczalny przepisami ustawy pzp.

6. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 – poprzez nierówne traktowanie wykonawców, który złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.
7. Art. 92 ust. 1 pkt 1 – poprzez brak należytego uzasadnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutami Odwołujący Konsorcjum EGBUD wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia decyzji z 12 stycznia 2012 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Dorbud.
2. Odrzucenia oferty Konsorcjum Dorbud.
3. Odrzucenia oferty CARBOTECH.
4. Dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem skutków czynności wnioskowanych w pkt 2 i 3 powyżej.
5. Uznania przy ponownej ocenie ofert za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Konsorcjum EGBUD.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

[Ad. 1] Zamawiający bezpodstawnie nie dokonał odrzucenia oferty Konsorcjum Dorbud, mimo zaistnienia błędu w obliczeniu ceny ofertowej. W treści *Przedmiaru robót* Zamawiający oznaczył następujące pozycje (dotyczące kosztów transportu), których wyceny należało dokonać przy uwzględnieniu odległości równej 5 km („krotność=5”): [1] *Obiekt 38, 43,47,48 poz. 6 Nakłady uzupełniające do tablic za każdy dalszy rozpoczęty 1 km odl. transportu ponad 1 km samochodami samowładowczymi przy przewozie po drogach o nawierzchni utwardzonej, kat. gruntu I-IV (RMS=5)*; [2] *Obiekt 39 poz. 1.4 Nakłady uzupełniające do tablic za każdy dalszy rozpoczęty 1 km odl. transportu ponad 1 km samochodami samowładowczymi przy przewozie po drogach o nawierzchni utwardzonej, kat. gruntu I-IV (RMS=5)*; [3] *Obiekt 23 poz. 14 Wywiezienie ziemi i gruzu samochodami samowładowczymi rozbieranych konstrukcji na każdy 1 km bez względu na rodzaj konstrukcji (R=5;M=5;S=5)*; [4] *Obiekt 19 poz. 4, 33 i 35 Wywiezienie ziemi i gruzu samochodami samowładowczymi rozbieranych konstrukcji na każdy 1 km bez względu na rodzaj konstrukcji (R=5;M=5;S=5)*. Jak wynika z treści oferty Konsorcjum Dorbud – w kosztorysie robót budowlanych sporządzonym na podstawie przedmiaru robót Wykonawca wskazał cenę obliczoną dla każdego 1 km kosztów transportu, podczas gdy wymaganiem Zamawiającego pozostawało wskazanie ceny za 5 km transportu. Zgodnie z zapisami pkt. 24 ppkt 3 IDW, *ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty, przeniesiona z wycenionego Przedmiaru Robót*. Obliczona na podstawie nieprawidłowo sporządzonego kosztorysu ofertowego (jako suma pozycji kosztorysowych) cena oferty Konsorcjum Dorbud

pozostaje błędna – zaniżona w stosunku do rzeczywistego zakresu prac objętych przedmiarem robót. Cena ta nie stanowi wobec powyższego przeniesienia i wycenienia pozycji z przedmiaru robót – zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W tym zakresie oferta nr 2 nie odpowiada w swej treści zapisom s.i.w.z.

[Ad. 2 i 3] Przyjmuje się w orzecznictwie, iż wykonawca zobowiązany jest zaoferować przedmiot zgodny z wymaganiami zamawiającego, który uprawniony jest do dokonania weryfikacji oświadczeń wykonawcy składanych w tym zakresie. Zamawiający na każdym etapie procedury udzielania zamówienia publicznego może weryfikować złożone oferty pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też zgodności treści oferty z s.i.w.z. Żaden z przepisów ustawy pzp nie reguluje powyższej kwestii w sposób, który uniemożliwiłaby ocenę oferty w procesie badania i oceny ofert, aż do jego finału – wyboru oferty najkorzystniejszej bądź też unieważnienia postępowania. Zamawiający nie dokonał prawidłowej weryfikacji ofert złożonych przez Konsorcjum Dorbud i CARBOTECH pod względem ich zgodności z treścią s.i.w.z. Ugruntowane stanowisko orzecznictwa stanowi, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy/usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia. Sprzeczność treści oferty ze specyfikacją musi mieć charakter materialny a nie formalny, co przejawia się tym, iż oferta nie spełnia oczekiwań zamawiającego, tj. nie zawiera wszystkich elementów koniecznych do wykonania zamówienia. Zarówno oferta Konsorcjum Dorbud, jak i oferta CARBOTECH nie zawierają wszystkich elementów (wymaganych urządzeń), niezbędnych do wykonania zamówienia – w ich treści zaoferowane zostały urządzenia niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Podczas badania ofert Zamawiający musi brać pod uwagę nie tylko informacje zawarte w ofercie, ale także musi mieć na względzie całość informacji pochodzących ze wszystkich innych źródeł. Obowiązkiem Zamawiającego pozostawało dokonanie odpowiedniej analizy i weryfikacji ofert, w tym w szczególności pod względem zgodności z podstawowymi parametrami technicznymi, jakich Zamawiający wymagał. Odwołujący wskazał, iż z ostrożności proceduralnej wnosi o przeprowadzenie dowodu w opinii biegłego z zakresu technologii i elektryki, na okoliczność ustalenia zgodności zaoferowanych parametrów urządzeń z wymaganiami Zamawiającego, zawartymi w treści s.i.w.z.

Jak wynika z zapisów IDW (punkt 25 podpunkt 3), oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria i ich znaczenie: cena (C) – waga 90% oraz *moc pozorna urządzeń stanowiących dostawę Wykonawcy (M) – waga 10%*. Zamawiający wskazał, iż *będzie punktował zmniejszenie mocy pozornej urządzeń stanowiących dostawę Wykonawcy, na podstawie wypełnionego przez Wykonawcę załącznika nr 7 do IDW, przy czym punktowane będzie zmniejszenie mocy pozornej urządzeń stanowiących dostawę*

Wykonawcy – max do 10% mocy pozornej urządzeń zaprojektowanych przez Zamawiającego podanej w Załączniku nr 7 do niniejszego IDW. Obowiązkiem każdego z oferentów pozostawało w tym zakresie załączenie do oferty wypełnionego załącznika nr 7 do IDW oraz podanie w formularzu ofertowym wyrażonego w procentach (%) zmniejszenia mocy pozornej urządzeń stanowiących dostawę Wykonawcy dla wykonania przedmiotu zamówienia, w stosunku do mocy pozornej urządzeń zaprojektowanych przez Zamawiającego. Jedynie w opisanym wyżej przypadku Zamawiający dopuścił modyfikację parametrów technicznych urządzeń wskazanych w treści s.i.w.z., pozostałe parametry urządzeń, wskazane wprost w treści Załącznika nr 7 do IDW (opis urządzenia zawierający parametry techniczne, moc znamionowa silnika urządzenia, współczynnik mocy $\cos \emptyset$ odpowiadający mocy znamionowej urządzenia, iloraz mocy znamionowej silnika mocy/ $\cos \emptyset$), stanowiły minimalne wymagania Zamawiającego, niepodlegające zmianie w treści ofert. Istotne znaczenie w tym zakresie miały opisy urządzeń, zawarte w treści rubryki nr 2 Załącznika nr 7 do IDW – każdorazowo bowiem Zamawiający określił rodzaj wymaganego urządzenia, poprzez zawarcie w opisie podstawowych wymagań technicznych, jakie spełniać ma dane urządzenie (np. „Q” 38 l/s, „H” - tj. 18 m, „N” 11 kW). Dokonywanie przez oferentów zmian w tym zakresie nie było, zgodnie z zapisami s.i.w.z., dopuszczalne.

[Ad. 2] Oferta Konsorcjum Dorbud podlegać winna odrzuceniu, z uwagi na jej niezgodność z treścią s.i.w.z. w zakresie wymaganych minimalnych parametrów urządzeń opisanych w Załączniku nr 7 do IDW. Przedmiotowy zarzut dotyczy następujących urządzeń:

- [1] Obiekt nr 7 i 8 – pompa zatapialna XFP 100GCB1.5 PE110/4-G wg karty producenta ma Q=37 l/s, H=17 m – wymagania Zamawiającego: pompa zatapialna Q=38 l/s, H=18m;
- [2] Obiekt nr 15 i 16 – pompa recyrkulacji XFP 150E-CB1.2 PE90, wg karty producenta ma Q=61,2 l/s, H=8,84 m – wymagania Zamawiającego: pompa recyrkulacji Q=62 l/s, H=6-8 m;
- [3] Obiekt nr 37 – pompa zatapialna XFP150E-CB1.1 PE90 wg karty producenta ma Q=70 l/s, H=8,78m – wymagania Zamawiającego: pompa zatapiana Q=71 l/s, H=9 m;
- [4] Obiekt nr 38 – pompa zatapialna XFP 150E-CB1.1 PE90 wg karty producenta ma Q=79 l/s, H=7,33 m – wymagania Zamawiającego: pompa zatapiana Q=80 l/s, H=7,5 m;
- [5] Obiekt nr 39 pompa zatapialna XFP 200G-CB1.3 PE 1600/4 wg karty producenta ma Q=93,4 l/s, H=12,6 m – wymagania Zamawiającego: pompa zatapialna Q=95 l/s, H=13 m.

Analiza wartości parametrów wynikających z treści oferty Konsorcjum Dorbud, w zestawieniu z wymaganymi przez Zamawiającego parametrami urządzeń, prowadzi do wniosku o braku zgodności z s.i.w.z. zaoferowanych urządzeń, których dane techniczne wynikają z kart producentów załączonych do oferty. Wobec braku takiej zgodności (wynikającej z treści karty producenta), oferta Konsorcjum Dorbud podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Nadto, suma mocy pozornych oferowanych urządzeń nie

spełnia warunków s.i.w.z. i zastosowanie przez Zamawiającego dodatkowych punktów za zmniejszenie przedmiotowych mocy pozostaje nieuzasadnione.

[Ad. 3] Oferta CARBOTECH również winna ulec odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z treścią s.i.w.z. Analogicznie, również treść tej oferty, w zakresie wymaganych minimalnych parametrów urządzeń, pozostaje niezgodna z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w treści Załącznika nr 7 do IDW. Przedmiotowy zarzut dotyczy następujących urządzeń:

[1] Obiekt nr 7 i 8 – pompa zatapialna XFP 100GCB1.5 PE110/4-G wg karty producenta ma $Q=37$ l/s, $H=17$ m – wymagania Zamawiającego: pompa zatapialna $Q=38$ l/s, $H=18$ m;

[2] Obiekt nr 11 i 12 – pompa opróżniania komór AMAREX NF 80-220/044ULG-195 wg karty producenta ma $Q=23,967$ l/s, $H=7,98$ m – wymagania Zamawiającego: pompa opróżnienia komór $Q=24$ l/s, $H=8$ m;

[3] Obiekt nr 15 i 16 – pompa recyrkulacji KRTE 150-315/96UG-S wg karty producenta ma $Q=61,327$ l/s, $H=7,83$ – wymagania Zamawiającego: pompa recyrkulacji $Q=62$ l/s, $H=6-8$ m;

[4] Obiekt nr 37 pompa zatapialna KRTE 150-315/96UG-S wg karty producenta ma $Q=61,327$ l/s, $H=7,83$ m – wymagania Zamawiającego: pompa zatapiana $Q=71$ l/s, $H=9$ m;

[5] Obiekt nr 38 pompa zatapialna KRTE 150-315/96UG-S wg karty producenta ma $Q=61,327$ l/s, $H=7,83$ m – wymagania Zamawiającego: pompa zatapiana $Q=80$ l/s, $H=7,5$ m;

[6] Obiekt nr 39 pompa zatapialna AMA-DRAINER A 415SE/10 wg karty producenta ma $Q=4,986$ l/s, $H=9,94$ m – wymagania Zamawiającego: pompa zatapialna $Q=5$ l/s, $H=10$ m.

Analogicznie, jak w przypadku opisanej powyżej niezgodności treści Konsorcjum Dorbud z treścią s.i.w.z., suma mocy pozornych oferowanych urządzeń (Dmuchaw) w Ofercie CARBOTECH (według kart katalogowych producenta) jest inna, niż wykazane w dokumentacji przetargowej i wymagane przez Zamawiającego. Zastosowanie dodatkowych punktów za zmniejszenie mocy pozornych pozostaje wobec tego nieuzasadnione. Przedmiotowa oferta, jako niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, również winna zostać odrzucona.

[Ad. 4 i 5] Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1 a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zarówno Konsorcjum Dorbud, jak i CARBOTECH dokonali zmian treści złożonych ofert na etapie udzielania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp, w niedopuszczalny sposób. Oferty te winny podlegać odrzuceniu z uwagi na zmianę ich treści dokonaną w sposób niezgodny z przepisami prawa.

[Ad. 4] Zamawiający pismem z 29 grudnia 2011 r. wezwał do złożenia wyjaśnień

treści oferty Konsorcjum Dorbud, które odpowiedziało pismem z 3 stycznia 2012 r. W treści punktu „Ad. 1q” Wykonawca potwierdził, że urządzenie opisane w poz. IX.1 (obiekt nr 40) załącznika nr 7 będzie posiadać deklarowany w kol. 10 $\cos \phi$ równy 0,88. Jednocześnie oferent poinformował, że omyłkowo w załączniku nr 7 dla powyższego urządzenia wpisano moc 37 kW, a winno być 30kW. W załączeniu do wyjaśnień oferent przedłożył kartę katalogową z pismem producenta. W ten sposób w treści wyjaśnień oferty w zakresie pozycji IX.1 Wykonawca dokonał niedopuszczalnej zmiany pierwotnie zaoferowanego urządzenia (zmniejszona moc silnika z 37 kW na 30 kW). Do pierwotnej treści oferty załączono kompletną kartę katalogową zaoferowanego urządzenia (podana wartość mocy $P=37$ kW). Natomiast do wyjaśnień załączono nową kartę katalogową urządzenia (wskazano *de facto* nowe urządzenie z inną mocą wynoszącą 30 kW). Powyższe okoliczności stanowią zmianę oferty w zakresie dostarczanego urządzenia, która pozostaje niedopuszczalna na etapie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

Dodatkowo, obniżenie wartości mocy pozostaje decydujące dla rozstrzygnięcia postępowania, ponieważ wskazana moc stanowi, zgodnie z treścią s.i.w.z., jedną ze składowych ceny ofertowej.

[Ad. 5] Zamawiający pismem z 29 grudnia 2011 r. wezwał do złożenia wyjaśnień treści oferty CARBOTECH, które odpowiedziało pismem z 4 stycznia 2012 r. Wykonawca wyjaśnił, iż *urządzenie wskazane w pozycji IX.1 (obiekt 40) w załączniku nr 7 do IDW na etapie realizacji będzie posiadać deklarowany w kol. 10 załącznika nr 7 do IDW $\cos \phi$. Na potwierdzenie powyższego załączamy kartę doboru pompy z uzupełnionym $\cos \phi$. Do wyjaśnień załączono poprawiony Załącznik nr 7 do IDW. Istotne znaczenie ma, iż w pierwotnej treści oferty CARBOTECH zaoferował w zakresie pozycji IX.1 dla Obiektu nr 40 dmuchawę ROBOX EVOLUTION ES 66/3P, o następujących parametrach: $P=30$ kW i $\cos \phi =0,86$ (przy czym, według załączonej karty katalogowej, urządzenie to posiada $P= 55$ kW, tj. pozostaje niezgodne z wymaganiami s.i.w.z.). W treści wyjaśnień (zmodyfikowany Załącznik nr 7) Wykonawca zmienił urządzenie na ROBOX EVOLUTION ES 46/2P. Załączona do wyjaśnień nowa karta katalogowa dotyczy urządzenia 46/2P, a nie urządzenia zaoferowanego w pierwotnej treści Załącznika nr 7 do IDW (wówczas 66/3P). W pierwotnej treści oferty CARBOTECH zaproponował urządzenie, które nie spełnia podstawowych wymogów technicznych Zamawiającego, wobec powyższego dokonał zmiany, jednakże niedopuszczalnej już po złożeniu oferty. W takim przypadku oferta CARBOTECH winna ulegać odrzuceniu.*

[Ad. 6] Jak wynika z podniesionych powyżej zarzutów i przytoczonej argumentacji, Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, której treści pozostawała niezgodna z s.i.w.z. i winna zostać odrzucona. Nadto, Zamawiający bezpodstawnie nie odrzucił oferty,

która zawierała błędne obliczenie ceny, a także ofert które, w sposób niezgodny z przepisami prawa, zmienione zostały na etapie postępowania (udzielania wyjaśnień). Zaistniała wobec powyższego sytuacja faktycznego wyboru oferty, która nie pozostaje najkorzystniejsza w rozumieniu ustawy pzp. Zamawiający uznał wyjaśnienia oferentów za wystarczające i prawidłowe, nie dokonując szczegółowej weryfikacji parametrów technicznych wskazanych w wyjaśnieniu, w stosunku do treści pierwotnej ofert. Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień wskazanych oferentów, bez dokonania dogłębnej analizy wyjaśnień o charakterze technicznym, pozostaje niedopuszczalne. Zamawiający niezasadnie przyznał dodatkowe punkty oferentom w zakresie obniżenia mocy pozornej urządzeń, pomimo faktu, iż wskazane urządzenia nie spełniają podstawowych wymogów Zamawiającego w zakresie parametrów technicznych (wskazanych w opisie). Takie działania Zamawiającego stanowią naruszenie przepisów ustawy pzp, w tym podstawowej zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp.

23 stycznia 2011 r. (pismem z tej daty) Wykonawca CARBOTECH wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Dorbud, której treść została bezpodstawnie poprawiona, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

W związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutem Odwołujący CARBOTECH wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert bez uwzględnienia poprawienia poprawek dokonanych w ofercie Konsorcjum Dorbud.
3. Wyboru oferty CARBOTECH jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Konsorcjum Dorbud przyznając jej 100,00 pkt., natomiast oferta złożona przez Odwołującego, która od momentu otwarcia ofert była ofertą najkorzystniejszą, otrzymała 97,110 pkt i znalazła się na drugim miejscu w rankingu ofert. Decyzja Zamawiającego jest wadliwa, gdyż oferta Konsorcjum Dorbud została w sposób nieuprawniony poprawiona, w związku z czym otrzymała więcej punktów zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert. Konsorcjum Dorbud, już po terminie składania ofert (18 listopada 2011 r.), w piśmie z 23 grudnia 2011 r. poinformowało Zamawiającego, iż w treści jego oferty znajduje się omyłka, którą należy poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pzp. W Załączniku nr 7 *Tabela do wypełnienia przez Wykonawcę w celu spełnienia kryterium nr 2 oceny ofert Wykonawcy*, w pozycji IX tabeli, odnoszącej się do Obiektu nr 40, w wierszu

nr 1 Konsorcjum Dorbud wpisało urządzenie *Dmuchawa Aerzen Typ GM25 S-G5, Q-1000 m³/h, p=700 mbar, N=37 kW do falownika. Ośłona na zewnątrz. Stopy antywibracyjne. W opisie tym moc znamionową silnika określono na poziomie 37 kW. Konsorcjum Dorbud wskazało, iż wartość tego parametru została podana omyłkowo, gdyż powinna wynosić 30 kW. Jako przyczynę powstania tej pomyłki podało pomyłkę producenta dmuchawy. Dla uwiarygodnienia popełnienia błędu Konsorcjum Dorbud wskazało na załączone do swojej oferty ogólne tabele charakterystyk dla dmuchaw Delta Blower Generation 5, które to tabele dla urządzeń o wysokości wydajności na ssaniu mieszczącej się w przedziale od 15,7 do 17,7 m³/min, przewidują moc silnika na poziomie 30 kW. Konsorcjum Dorbud dołączyło także oświadczenie producenta o popełnieniu opisanej powyżej pomyłki, datowane na 28 listopada 2011 r. oraz nową kartę katalogową z 28 listopada 2011 r. dla zaoferowanego urządzenia Aerzen GM25 S, w której moc silnika określono na poziomie 30 kW, nie zaś jak poprzednio 37 kW.*

Zmiana przedmiotowego parametru spowodowała zmniejszenie sumy mocy pozornych oferowanych przez Konsorcjum Dorbud urządzeń, która to suma była podstawą obliczenia procentu (%) zmniejszenia mocy pozornych zaoferowanych urządzeń w stosunku do mocy pozornych urządzeń zaprojektowanych przez Zamawiającego i stanowiła kryterium oceny ofert „M”. Dla wpisanej pierwotnie w ofertę Konsorcjum Dorbud mocy silnika 37 kW, procent ten wynosił 5,64% i zgodnie z określonymi zasadami przyznawania punktów w kryterium oceny ofert „M” – powodował przyznanie ofercie 7pkt. Zmiana mocy silnika na 30 kW, spowodowała zwiększenie procentu zmniejszenia mocy pozornych wszystkich zaoferowanych urządzeń, a tym samym przyznanie 10 pkt. w kryterium „M”. Zamawiający przyjął przywołane wyjaśnienia Konsorcjum Dorbud, co zyskało odzwierciedlenie w ocenie punktowej oferty Konsorcjum. Pismem z 10 stycznia 2012 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp dokonał poprawienia: po pierwsze – mocy pozornej silnika z 37 kW na 30 kW, ilorazu mocy znamionowej silnika $mocy/\cos \varnothing$ z 42,04 na 34,09, sumy mocy pozornych dla poz. IX.1 z 84,08 na 68,18 (Załącznik nr 7), po drugie – sumy mocy pozornych oferowanych urządzeń z 521,48 na 508,77 (Załącznik nr 7), po trzecie – procentu (%) zmniejszenia mocy pozornych urządzeń zaoferowanych przez Wykonawcę w stosunku do mocy pozornej urządzeń zaprojektowanych przez Zamawiającego z 5,64% na 7,65% (w *Formularzu oferty dla przetargu nieograniczonego*). Dzięki przedmiotowej zmianie treści oferty Konsorcjum Dorbud uzyskało najwyższą liczbę punktów i jego oferta została wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza.

Odwołujący uważa, że przyjęcie wyjaśnień i dokonanie poprawienia treści oferty Konsorcjum Dorbud odbyło się z rażącym naruszeniem przepisów ustawy pzp. Zamawiający przedstawił w s.i.w.z. parametry jakie zawiera zaprojektowane przez niego rozwiązanie i

oczekiwał zaproponowania przez wykonawców rozwiązania z zastosowaniem urządzeń o mniejszej mocy pozornej. Tak więc zaoferowane przez wykonawców wielkości mocy pozornej silnika, jako parametru ocenianego w kryterium oceny ofert, należało traktować szczególnie ostrożnie, jeśli chodzi o ich wyjaśnianie, a tym bardziej poprawianie Konsorcjum Dorbud potrzebę poprawienia przedmiotowego parametru wywiodło z danych zawartych w ogólnych tabelach charakterystyk dla dmuchaw rotacyjnych Aerzen (Delta Blower Generation 5) – zawartych na stronie 430 oferty. Tym samym przedmiotowe poprawienie mogło się jawić Zamawiającemu jako konieczne i racjonalne usunięcie niekonsekwencji w treści samej oferty. Nie należy jednak zapominać, iż do oferty została załączona także specjalna, dedykowana konkretnie do prowadzonego postępowania specyfikacja techniczna przedmiotowej dmuchawy, sporządzona przez producenta urządzenia (karta katalogowa). Stworzenie takiej specyfikacji technicznej należy traktować jako zaoferowanie indywidualnego rozwiązania, dedykowanego specjalnie na potrzeby konkretnego zamówienia (na co wskazuje nagłówek powołanej karty katalogowej: *Barlinek ob. 40*, strona 445 oferty). Taka specyfikacja nie musi być tożsama z ogólnymi tabelami charakterystyk dla urządzeń produkowanych przez tego producenta seryjnie. W świetle przedstawionych faktów nie sposób dowodzić, że urządzenie o mocy silnika 37 kW i wydajności na ssaniu 16,7 m³/min nie istnieje i nie może istnieć, gdyż takiego zestawienia parametrów nie przewidują ogólne charakterystyki urządzeń tego typu. Takie urządzenie może istnieć, gdyż zostało indywidualnie dla konkretnego postępowania skonfigurowane przez producenta i nie ma technicznych przeciwwskazań, aby dmuchawę o takiej mocy silnika (37kW) wyprodukować. Wobec powyższego zmiana przedmiotowego parametru w ofercie Konsorcjum, jak i zmiana dołączonej do oferty karty katalogowej producenta (28 listopada 2011 r.), już po terminie składania ofert (18 listopada 2011r.) – stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp, niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 ustawy pzp.

Zmiany nie można było dokonać na podstawie wskazanej przez Zamawiającego, tj. art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym w ogóle nie można mówić o niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., w sytuacji, w której Zamawiający oczekiwał zmniejszenia mocy pozornej zaoferowanych urządzeń, a Konsorcjum Dorbud takie zmniejszenie zaoferowało. W omawianej poz. IX.1 (obiekt 40) Załącznika nr 7 projektowana przez Zamawiającego moc pozorna wynosiła 45 kW, Konsorcjum Dorbud w swojej ofercie zaoferowało zaś jej zmniejszenie do 37 kW. Tylko takiego porównania przedmiotowego parametru do treści s.i.w.z. można dokonać. Parametr ten był istotą indywidualnej oferty każdego z wykonawców, nie zaś odwzorowaniem parametru wymaganego bezwzględnie w s.i.w.z. Zestawienie treści oferty Konsorcjum z treścią s.i.w.z. nie rodzi żadnych podejrzeń co

do pomyłki, zamykając możliwość do poprawienia przedmiotowej wielkości w ofercie. Dla potwierdzenia poprawności rozumowania można przytoczyć chociażby wydane niedawno przez Sąd Najwyższy uchwały dotyczące stawki VAT w ofertach (uchwały z 20 października 2011 r sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11). Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do pierwszej z nich stwierdził, iż dokonanie zmiany stawki podatku VAT w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp jest możliwe tylko w przypadku, gdy stawka została określona w s.i.w.z. W przeciwnym razie nie zachodzi przesłanka niezgodności oferty z s.i.w.z.

Abstrahując od wyżej poczynionego ustalenia, zwrócić należy uwagę na także na fakt, iż dokonana zmiana treści ofert jest istotna. W jej wyniku niemal podwojone zostało pierwotne zmniejszenie mocy pozornej urządzenia zaprojektowanego przez Zamawiającego dla obiektu 40. Zamawiający przewidział moc silnika na poziomie 45kW, Konsorcjum zaoferowało jej zmniejszenie do 37 kW, w wyniku poprawienia omyłki moc ta została zmniejszona do 30 kW. Co więcej, taka znacząca zmiana nie ograniczyła się tylko do przywołanych wielkości parametrów. Zmiana ta przełożyła się także na zwiększenie punktów otrzymanych przez ofertę Konsorcjum (100 pkt zamiast 97pkt), a w konsekwencji także na zmianę rankingu ofert (1 miejsce zamiast 2 miejsce).

Także art. 87 ust. 2 pkt 1 pzp nie mógł stanowić podstawy do poprawienia oferty Konsorcjum Dorbud we wskazany sposób. W zapisach oferty nie istniała bowiem żadna oczywista niespójność, którą należałoby usunąć. Treść Załącznika nr 7 odpowiadała specyfikacji technicznej przygotowanej przez producenta dla potrzeb przedmiotowego postępowania. Taka specyfikacja nie musi zaś być zgodna z ogólnymi katalogami czy kartami charakterystyk produktów. Zamawiający nie miał więc żadnych podstaw do ingerowania w treść oferty Konsorcjum Dorbud (dot. pozycji IX tabeli, pkt 1, Obiekt 40), a do oceny powinien przyjąć jej pierwotną treść.

Działanie Konsorcjum Drobud miało na celu spowodowanie już po terminie składania ofert takiej zmiany w swojej ofercie, która pozwoliłaby mu na uzyskanie zamówienia. Natomiast uwzględnienie wyjaśnień i postulatów Konsorcjum Dorbud przez Zamawiającego stanowiło jaskrawe naruszenie przepisów ustawy pzp w tym także zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego 23 i 24 stycznia 2012 r. (z przekazaniem kopii odwołań wniesionych przez Konsorcjum EGBUD i CARBOTECH) pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili:

– Konsorcjum Dorbud – 23 stycznia 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 120/12, a 26 stycznia

w sprawie o sygn. akt KIO 143/12;

– CARBOTECH – 23 stycznia w sprawie o sygn. akt KIO 120/12.

Izba na podstawie przepisu art. 185 ust. 4 pzp oddaliła opozycję przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego CARBOTECH, gdyż Odwołujący Konsorcjum EGBUD zgłaszając opozycję nie uprawdopodobnił, że Wykonawca ten nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego zgłosił przystąpienie. Izba uznała także, iż CARBOTECH przez wskazanie w tytule pisma, iż jest to przystąpienie po stronie zamawiającego, w sposób wystarczający wyraził wolę przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba zważyła, iż interes jakim ma się legitymować zgłaszający przystąpienie (art. 185 ust. 2) jest odrębną kategorią prawną od interesu w uzyskaniu zamówienia, którym musi się legitymować wnoszący odwołanie lub skargę (art. 179 ust. 1 pzp). Nie ma w szczególności podstaw do ustalania istnienia tego interesu ściśle przez pryzmat samej możliwości uzyskania zamówienia wynikającej ze zgłoszonego przystąpienia, skoro z przepisu wynika, iż może to być jakakolwiek korzyść przystępującego z rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego. Przepisy pzp nie przewidują możliwości przystąpienia w części po stronie zamawiającego, a w części po stronie odwołującego, zatem to zgłaszający przystąpienie każdorazowo decyduje, w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść której strony ma „większy” interes. CARBOTECH uznał, iż przede wszystkim istotna dla niego jest obrona przed wyeliminowaniem z postępowania o udzielenie zamówienia wobec zarzutów i żądań odwołania zmierzających do odrzucenia jego oferty. Oczywistym jest natomiast, iż nie ma on interesu w odpieraniu zarzutów odwołania dotyczących oferty Konsorcjum Dorbud. Wyłącznie w tym kontekście należy rozumieć zawarte w zgłoszeniu przystąpienia sformułowanie, iż CARBOTECH przystępuje do postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów podniesionych względem niego. Na marginesie należy zauważyć, iż właśnie przez takie swoiste zachowanie neutralności w zakresie zarzutów nie dotyczących jego oferty, wbrew twierdzeniom Odwołującego, CARBOTECH przez przystąpienie mógłby potencjalnie osiągnąć sukces w postaci uzyskania zamówienia. Tym bardziej jest tak w sytuacji jednoczesnego wniesienia własnego odwołania skierowanego przeciwko ofercie Konsorcjum Dorbud, którego uwzględnienie spowodowałoby bezpośrednio otwarcie się możliwości uzyskania przez CARBOTECH zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe oraz fakt zgłoszenia wszystkich przystąpień do postępowania odwoławczego w danej sprawie w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia powyżej wskazanych Wykonawców do udziału w

postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestników tego postępowania (Przystępujących), w sprawach, w których zgłosili swoje przystąpienia.

W piśmie z 30 stycznia 2012 r. (przesłanym faksem w tym dniu do Izby) Konsorcjum Dorbud podtrzymało wniosek o oddalenie obydwu odwołań, wskazując następującą argumentację merytoryczną.

Odwołujący Konsorcjum EGBUD upatruje naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 pzp w tym, że Konsorcjum Dorbud w pozycjach przedmiaru robót (Obiekt 38, 43, 47, 48, poz. 6, Obiekt 39 poz. 1.4, Obiekt 23 poz. 14, Obiekt 19 poz. 4, 33 i 35) nie zawarło w opisie pozycji przedmiarowej treści: „RMS =5” wskazującej na „krotność”, przyjmując tym samym błędnie, że brak takiegoż opisu w treści przedmiaru robót sugeruje, że Przystępujący nie uwzględnił przy wycenie oczekiwanej przez Zamawiającego „krotności”. Konsorcjum Dorbud uwzględniło w przyjętej przez siebie wycenie wartość nakładów z założeniem wymaganej krotności, co znajduje odzwierciedlenie w treści złożonej oferty, a jedynie nie zawarł w przedmiarze części opisu pozycji określonej przez Zamawiającego dla zakwestionowanych pozycji przedmiarowych. Analogiczne nieścisłości znajdowały się także w ofercie Odwołującego Konsorcjum EGBUD i zostały poprawione przez Zamawiającego w tenże sposób, że opis pozycji został uzupełniony o brakujący opis odnoszący się do krotności, wartości nie zostały zwielokrotnione przez Zamawiającego na etapie poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp, a mimo to Odwołujący wyraził zgodę na poprawienie tychże omyłek w treści jego oferty w ten sposób.

Odwołujący opiera zarzut niezgodności zaoferowanych przez Przystępującego urządzeń z wymaganiami Zamawiającego określonymi w s.i.w.z. na tym, że z kart katalogowych załączonych do oferty Konsorcjum Dorbud, zdaniem Odwołującego, wynikają inne wartości Q i H niż wymagane przez Zamawiającego. Odwołujący formułując zarzut nie wziął pod uwagę wyjaśnień Przystępującego udzielonych 3 stycznia 2012 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 29 grudnia 2012 roku, które to wyjaśnienia odnosiły się do zakwestionowanych przez Odwołującego się parametrów urządzeń. I tak odpowiednio w pkt. ad. 1c, ad. 1g, ad. 1k, ad. 1l oraz ad.1o – Przystępujący potwierdził, że zaoferowane przez niego urządzenia posiadają wymagane przez Zamawiającego parametry Q i H:

Ad.1c

Potwierdzamy, iż urządzenie opisane w poz. 1.3 (obiekt nr 7 i 8) załącznika nr 7 do IDW posiada wysokość podnoszenia $H=18m$ przy wydajności $Q=38l/s$. Do oferty załączono ogólną kartę katalogową urządzenia bez oznaczenia punktu pracy. W załączeniu przesyłamy kartę katalogową urządzenia z naniesionym punktem pracy dla parametrów wymaganych

przez Zamawiającego (Załącznik nr 1 do niniejszych wyjaśnień).

Ad.1g

Potwierdzamy, iż urządzenie opisane w poz. III.1 (obiekt nr 15 i 16) załącznika nr 7 posiada wysokość podnoszenia $H=6-8m$ przy wydajności $Q=62$ l/s. Do oferty załączono ogólną kartę katalogową urządzenia bez oznaczenia punktów pracy. W załączeniu przesyłamy kartę katalogową urządzenia z naniesionymi na wykresie punktami pracy dla parametrów wymaganych przez Zamawiającego oraz zawierającą poprawioną przez producenta omyłkę opisaną powyżej (Załącznik nr 3 - do niniejszych wyjaśnień).

Ad.1k

Potwierdzamy, iż urządzenie opisane w poz. V.2 (obiekt nr 37) załącznika nr 7 posiada wysokość podnoszenia $H=9m$ przy wydajności $Q=71$ l/s. Do oferty załączono ogólną kartę katalogową urządzenia bez oznaczenia punktu pracy. W załączeniu przesyłamy kartę katalogową urządzenia z naniesionym na wykresie punktem pracy dla parametrów wymaganych przez Zamawiającego (Załącznik nr 6 do niniejszych wyjaśnień).

Ad.1l

Potwierdzamy iż urządzenie opisane w poz. VI.1 (obiekt nr 38) załącznika nr 7 posiada wysokość podnoszenia $H=7,5$ m przy wydajności $Q=80$ l/s. Do oferty załączono ogólną kartę katalogową urządzenia bez oznaczenia punktów pracy. W załączeniu przesyłamy kartę katalogową urządzenia z naniesionymi na wykresie punktami pracy dla parametrów wymaganych przez Zamawiającego (Załącznik nr 7 do niniejszych wyjaśnień).

Ad.1o

Potwierdzamy, iż urządzenie opisane w poz. VIII.1 (obiekt nr 39) załącznika nr 7 posiada wysokość podnoszenia $H=13m$ przy wydajności $Q=95$ l/s. Do oferty załączono ogólną kartę katalogową urządzenia bez oznaczenia punktu pracy. W załączeniu przesyłamy kartę katalogową urządzenia z naniesionym na wykresie punktem pracy dla parametrów wymaganych przez Zamawiającego (Załącznik nr 9 do niniejszych wyjaśnień).

Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 pzp zostały uznane za wystarczające przez Zamawiającego i uwzględnione podczas oceny ofert. Przystępujący w sposób nie budzący wątpliwości wykazał w drodze wyjaśnień złożonych do treści oferty, że urządzenia zaoferowane w ofercie spełniały parametry wymagane przez Zamawiającego nie później niż na dzień składania ofert, przyznając jednocześnie, że parametry te nie wynikały wprost z załączonych do oferty ogólnych kart katalogowych, stąd jedynie dla potwierdzenia złożonych wyjaśnień załączono szczegółowe karty, które w sposób jednoznaczny wykazywały, że zaoferowane w ofercie przez Przystępującego urządzenia posiadały wymagane parametry Q i H. Dodatkowo, z daleko pojętej ostrożności procesowej, Przystępujący pozyskał od dostawcy urządzeń (Cardo Flow Solution Poland sp. z o.o), w

oparciu o ofertę którego skonstruowana została oferta, potwierdzenie, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenie posiadały na dzień składania ofert i posiadają nadal parametry wymagane przez Zamawiającego.

Zarówno zarzut Odwołującego Konsorcjum EGBUD niedopuszczalnej zmiany treści oferty, jak i zarzut Odwołującego CARBOTECH nieuprawnionego dokonania poprawienia innej omyłki dotyczą urządzenia wskazanego w załączniku nr 7 do oferty Przystępującego dla obiektu nr 40 (poz. IX.1 załącznika nr 7). W wyniku udzielonych przez Konsorcjum Dorbud wyjaśnień nie doszło do nieuprawnionej zmiany oferty poprzez zmianę/zastąpienie zaoferowanego w ofercie urządzenia na inne urządzenie, co znajduje potwierdzenie choćby w zachowaniu ciągłości w symbolice urządzenia (symbol urządzenia wskazany w ofercie jest identyczny z symbolem wskazanym w późniejszych wyjaśnieniach Przystępującego), jak również niezmiennie w całym procesie wyjaśnień pozostają parametry zaoferowanego urządzenia, w tym przede wszystkim parametr Q i H. Przystępujący zamierzał oraz zaoferował w ofercie urządzenie o symbolice oraz parametrach wynikających z tabeli charakterystyk załączonej do oferty (strona 430 oferty). Jedynie omyłkowo Przystępujący załączył do oferty szczegółową kartę katalogową dla zaoferowanego urządzenia, która to karta, jak się okazało po terminie składania ofert, zawierała omyłkę polegającą na błędnym wskazaniu przez dostawcę w karcie katalogowej parametrów silnika. Karta zawierała dane na temat silnika niespójne z informacjami wskazanym w tabeli charakterystyk, załączonym do oferty, która to tabela stanowiła wyraz woli Przystępującego co do rodzaju i parametrów zaoferowanego urządzenia. Mając na względzie zaistniałą omyłkę wynikającą z działań dostawcy, jak również z uwagi na okoliczność, że załączona do oferty szczegółowa karta katalogowa w zderzeniu z załączoną do oferty tabelą charakterystyk musiała wpływać na ocenę przez Zamawiającego oferty Przystępującego. Przed formalnym skorzystaniem z uprawnień przysługujących Zamawiającemu z art. 87 ust. 1 pzp, Przystępujący skierował pisemne wyjaśnienia co do treści złożonej oferty, potwierdzając treść oświadczenia woli złożonego w ofercie w zakresie zaoferowanego urządzenia, wskazując jednocześnie Zamawiającemu na zaistniałą omyłkę i konieczność jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pzp.

Należy powtórzyć w tym miejscu za orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej, że *„instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 p.z.p. sioży udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z siwz. Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty –*

nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty (wyrok z 2 września 2011 r., sygn. akt KIO 1818/11).

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dostrzegłby opisane wyżej rozbieżności w treści oferty w zakresie zaoferowanego urządzenia, bowiem powyższe niezgodności wynikały wprost z wewnętrznej sprzeczności załączonych do oferty dokumentów i bezwzględnie wymagały wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp. Czynność Przystępującego polegająca na uprzedzeniu wezwania w trybie art. 87 ust. 1 pzp i wykazania inicjatywy w wyjaśnieniu przez Przystępującego rozbieżności w treści jego oferty przyspieszyła jedynie cały proces weryfikacji oferty Przystępującego i poprawienie przez Zamawiającego omyłki w trybie art. 87 ust. 1 pkt. 3 pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Konsorcjum EGBUD w trakcie wyjaśnień nie doszło do negocjacji oferty złożonej przez Przystępującego, nie doszło do zmiany pierwotnie zaoferowanego urządzenia na inne urządzenie. Przystępujący zaoferował bowiem urządzenie o mocy silnika 30 kW, taka była jego wola wyrażona w ofercie, której odbiór mógł zostać zakłócony w wyniku omyłki popełnionej przez dostawcę. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego miały na celu tylko i wyłącznie wyjaśnienie omyłki oraz potwierdzenie woli Przystępującego co do treści złożonej oferty w zakresie zaoferowanego urządzenia.

Odnosząc się szczegółowo od zarzutu skierowanego przez Odwołującego CARBOTECH, Przystępujący stoi na stanowisku, że zaistniała w ofercie omyłka prawidłowo została zakwalifikowana przez Zamawiającego do innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. Za taki stanowiskiem przemawiają następujące okoliczności: po pierwsze – *przedmiotowa omyłka nie kwalifikowała się do innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp – zakres i stopień omyłki nie kwalifikował ją zarówno do oczywistej omyłki pisarskiej, jak również do omyłki rachunkowej*; po drugie – nie ulega wątpliwości, że Zamawiający mógł dostrzec wewnętrzną niespójność oferty, która wymagała wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp, a Przystępujący jedynie wyprzedził w tym zakresie Zamawiającego i przed formalnym wezwaniem złożył wyjaśnienia w tym zakresie Zamawiającemu; po trzecie – stopień i zakres omyłki pozwalał Zamawiającemu dojść do przekonania, że poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, choć *de facto* pociągać będzie za sobą istotne skutki w postaci zmiany pozycji Przystępującego w rankingu (osiągnięcie takiego skutku nie jest jednak przesłanką negatywną do poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp); po czwarte – zaistniała omyłka polegała, wbrew twierdzeniom Odwołującego CARBOTECH,

na niezgodności oferty z s.i.w.z., w tenże sposób, że posiłkując się tabelą charakterystyk, załączoną do oferty dla urządzenia, urządzenie wyposażone w silnik o mocy 37 kW posiadałoby parametry Q i p odmienne od tych, które były określone jako wymagane przez Zamawiającego w s.i.w.z.

W zgłoszeniu przystąpienia do sprawy KIO 120/12 Przystępujący CARBOTECH wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty, podnosząc następującą argumentację.

Wymienione w odwołaniu Konsorcjum EGBUD elementy oferty Przystępującego rzekomo nieodpowiadające treści s.i.w.z. były w toku postępowania wyjaśniane przez Zamawiającego. Przystępujący udzielił wyjaśnień w piśmie z 4 stycznia 2012 r. odnosząc się w pkt. c), e), g), j), k) i m) do kwestionowanych przez Odwołującego zapisów. Przystępujący podtrzymuje udzielone wyjaśnienia, które dowodzą, iż treść jego oferty jest zgodna z treścią s.i.w.z. Różnice podniesione przez Odwołującego dotyczą naturalnych różnic w zakresie tego typu parametrów, które wynikają z dokładności podania parametru (do innej ilości miejsc po przecinku), a także i przede wszystkim ze współczynników tolerancji wynikających z norm ISO mających zastosowanie przy produkcji tego typu urządzeń (+/-9%, +/-7%). Podniesienie tego typu argumentów przez Odwołującego jest tym bardziej niezrozumiałe, że analogiczne wyjaśnienia dotyczyły także jego oferty i tak samo wyjaśniał podobne różnice powołując się na *tolerancję pomiarową pomp wykonywanych seryjnie: Q = +/-9%, H= +/-7%*. Potwierdza to np. pytanie 5a w piśmie Zamawiającego z 29 grudnia 2011 r. i odpowiedź Odwołującego ad. 5a w piśmie z 3 stycznia 2012 r. – analogiczne do pytania Zamawiającego względem Przystępującego w pkt. 1 lit. e w piśmie z 29 grudnia 2011 r. i odpowiedzi Przystępującego w pkt e pisma z 4 stycznia 2012 r.

Niesłusznie Odwołujący Konsorcjum EGBUD twierdzi, iż treść oferty Przystępującego w zakresie pozycji IX pkt 1 dla Obiektu nr 40 została zmieniona. Przystępujący zaoferował urządzenie, które posiada $P=30\text{kW}$, $\cos \phi = 0,86$, iloraz mocy znamionowej silnika mocy $\cos \phi = 34,88$ i te parametry po poprawieniu omyłki się nie zmieniły. Zmieniony został jedynie opis w Załączniku nr 7 typu urządzenia. W tym miejscu Przystępujący popełnił bowiem omyłkę przy wpisywaniu danych (wpisał *66/3P* zamiast *46/2P*), na co jednoznacznie wskazało porównanie danych w Załączniku nr 7 z danymi zawartymi w załączonej karcie katalogowej. Zamawiający porównując zaoferowane na stronie 34 oferty parametry (30kW) do zestawienia parametrów różnych typów urządzenia ROBOX EVOLUTION w załączonej na stronie 36 oferty karcie katalogowej – sam stwierdził zaistniałą pomyłkę w podaniu nazwy. ROBOX EVOLUTION typ ES 66 posiada bowiem moc silnika 55 kW a nie zaoferowane 30 kW. Słusznie Zamawiający poprawił omyłkowo podany typ urządzenia pozostawiając

niezmiennymi zaferowane parametry, a nie odwrotnie, jak to w odwołaniu sugeruje Odwołujący. Parametr mocy silnika należało pozostawić niezmiennym, jako że zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert, podlegał ocenie. Spójność danych w ofercie należało osiągnąć właśnie przez poprawienie oczywistej omyłki w przytoczeniu typu urządzenia. Taka pomyłka, jako że: jest wyraźnie pomyłką w uzupełnianiu nazwy i typu urządzenia, poza tym jest oczywista dla Zamawiającego po przeanalizowaniu oferty Odwołującego, bez konieczności wyjaśniania treści oferty w tym zakresie – mogła zostać poprawiona jako oczywista omyłka pisarska na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 pzp. Przytoczenie innej podstawy prawnej (art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp) nie zmienia istoty merytorycznej pomyłki i faktu, że w świetle przepisów ustawy powinna ona zostać poprawiona, nie mogła zaś stać się podstawą do odrzucenia oferty Przystępującego.

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem posiedzenia wniósł do Izby w każdej ze spraw oświadczenie, iż uwzględni zarzuty odwołania na zasadzie art. 186 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu zarówno Przystępujący Konsorcjum Dorbud, jak i Przystępujący CARBOTECH wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, co uniemożliwiło umorzenie postępowania odwoławczego w którejkolwiek ze spraw.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych i wpisy zostały uiszczone przez każdego z Odwołujących – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec sprawdzenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i uznaniu wniosku Zamawiającego i Przystępującego Konsorcjum Dorbud o odrzucenie obydwu odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 pzp (opartego na analogicznej argumentacji, jak rozpatrzona poniżej przy rozważaniu legitymacji do wniesienia odwołania), za oczywiście bezzasadny (Izba nie uznała, że Odwołujący utracili status wykonawców) – Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której obydwaj Odwołujący poparli wniesione odwołania, a Przystępujący w danej sprawie wnieśli o oddalenia. Natomiast Zamawiający, pomimo złożonych przed otwarciem posiedzenia oświadczeń o uznaniu w całości zarzutów obydwu odwołań, na rozprawie zajął następujące stanowisko merytoryczne.

Zamawiający wskazał w pierwszej kolejności, iż uwzględnił obydwa odwołania wobec braku możliwości uwzględnienia ich w części, co stanowi jego zdaniem lukę w obowiązujących przepisach pzp. Zdaniem Zamawiającego odwołanie Konsorcjum EGBUD oparte jest na błędnym założeniu, iż treść oferty wyrażona jest w kartach katalogowych, które stanowią ogólnodostępne informacje producentów, a nie oświadczenie woli na potrzeby konkretnego postępowania. Z tego względu może się zdarzyć, iż treść oferty wyrażona w załączniku nr 7 różni się od informacji wskazanych w załączonych kartach katalogowych.

Zamawiający w toku badania ofert, po zapoznaniu się z całością dokumentów złożonych ofert, między innymi w odniesieniu do pomp zakwestionowanych w odwołaniu – zwrócił się do Konsorcjum Dorbud i CARBOTECH w trybie art. 87 ust. 1 pzp o wyjaśnienie, czy podtrzymują zaoferowane w załączniku nr 7 parametry urządzeń. Takie wezwanie zostało też skierowane do Odwołującego Konsorcjum EGBUD. Wszyscy wykonawcy, do których skierował wezwanie Zamawiający, potwierdzili wolę podtrzymania parametrów wskazanych w załączniku nr 7. Zdaniem Zamawiającego, wobec wskazania konkretnych parametrów w załączniku nr 7, nie można dopatrywać się niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. na podstawie informacji zawartych w kartach katalogowych. Na potwierdzenie zgodności urządzeń zakwestionowanych w odwołaniach z ich opisem w załączniku nr 7 do IDW – Zamawiający przedstawił zestawienie, podpisane przez biuro projektowe odpowiedzialne za dokumentację projektową, w którym podmiot ten oświadczył, iż w każdym przypadku po udzielonych wyjaśnieniach urządzenie *spełnia wymagania dokumentacji projektowej*. W przypadku oferty CARBOTECH w zakresie wypełnienia poz. IX.1 załącznika nr 7 do IDW zaistniała, zdaniem Zamawiającego, omyłka pisarska w oznaczeniu typu urządzenia, gdyż dla parametrów wskazanych przez Przystępującego, uwzględniając załączoną przez niego do oferty zbiorczą kartę katalogową, wynikało, iż właściwe oznaczenie to typ 46/2P, a nie typ 66/3P. Tym niemniej dokonał poprawienia tej omyłki w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 pzp dla zachowania zasady równego traktowania wszystkich wykonawców. W zakresie pompy wskazanej w poz. IX.1 przez Konsorcjum Dorbud uwzględniono złożone przez niego z własnej inicjatywy wyjaśnienia, gdyż nie zmieniały one treści oferty, a Zamawiający z karty katalogowej, tj. zbiorczej charakterystyki na str. 431 odczytał właściwe oznaczenie dmuchawy dla parametrów wskazanych w załączniku nr 7 do IDW. W ocenie Zamawiającego to nie karta katalogowa opisuje zakres zobowiązania wykonawcy lecz jego oświadczenie zawarte w formularzu załącznika nr 7. Karta katalogowa dla pompy Aerzen załączona do oferty na str. 445 dotyczy innego urządzenia niż zaoferowane przez wykonawcę. Zamawiający na podstawie karty charakterystyki był w stanie zidentyfikować urządzenie, które oferuje wykonawca. Kierując się parametrami, które były wymagane w s.i.w.z., na podstawie tych informacji Zamawiający był w stanie dokonać wykładni oświadczenia Konsorcjum Dorbud zgodnie z regułami wykładni wynikającymi z art. 65 kc. W przypadku dmuchawy z pozycji IX.1 Zamawiający przyjął ze zbiorczej charakterystyki za właściwe parametry z kolumny dla 700 mbar i wydajności 17,7 m³/s, w której wskazano inną moc silnika, niż w załączniku nr 7. Na tej podstawie Zamawiający uznał, iż z treści oferty wynika zaoferowanie urządzenia o mocy silnika 30 kW. W odniesieniu do zarzutu błędów w kosztorysie Konsorcjum Dorbud, zdaniem Zamawiającego, brak jest podstaw do twierdzenia, że niewpisanie w opisie wskaźnika krotności wskazuje na zaoferowanie świadczenia

niezgodnego z treścią s.i.w.z, gdyż to nie przedmiar stanowi opis przedmiotu zamówienia lecz dokumentacja projektowa, a ze złożonej oferty nie wynika, iż nie obejmuje ona wykonania całości przedmiotu zamówienia. Ewentualnie nieprawidłowości swojego postępowania Zamawiający upatrywał w zaniechaniu poprawienia kosztorysu Konsorcjum Dorbud w taki sposób, jak uczynił to w przypadku Odwołującego Konsorcjum EGBUD, jednak nie miało to żadnego wpływu na wynik postępowania. Zamawiający podkreślił, iż w każdym przypadku weryfikował treść oferty na podstawie załączonych do oferty kart katalogowych, a także złożonych wyjaśnień wykonawcy. Zamawiający oświadczył także, iż w przypadku drugiego odwołania uwzględnienie częściowe odwołania przejawia się w woli pozostawienia do uznania Izby oceny prawidłowości weryfikacji przez zamawiającego spełnienia wymagań specyfikacji przez złożoną ofertę.

Izba zważyła, iż takie stanowisko zajęte na rozprawie prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż Zamawiający, rzekomo chcąc naświetlić jak przebiegało badanie i ocena ofert, w istocie kwestionuje zasadność wszystkich zarzutów podniesionych w obydwu odwołaniach. W tych okolicznościach Izba uznała, iż Zamawiający, pomimo formalnie złożonych uprzednio oświadczeń o uznaniu w całości zarzutów odwołań, w toku rozprawy merytorycznie wdał się w spór z Odwołującymi, dążąc do uzyskania orzeczenia oddalającego w całości obydwa odwołania.

Zdaniem Izby nie do pogodzenia z kontrydiktoryjną istotą postępowania odwoławczego jest występowanie przez tego samego uczestnika tego postępowania po obydwu stronach sporu jednocześnie. Uwzględnienie w całości zarzutów odwołania jest wyrazem uznania przez zamawiającego ich merytorycznej zasadności, przyznaniem, iż przez podjęte działania lub ich zaniechanie naruszył przepisy ustawy pzp. Nawet jeżeli zamawiającym kierują inne względy niż merytoryczne uznanie zasadności zarzutów, to w razie braku przystępujących po jego stronie lub niewyrażenia przez nich sprzeciwu, Izba nie ma możliwości weryfikacji zasadności złożonego formalnie oświadczenia i jest obowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego, bez rozpoznania odwołania. Dopiero w razie nieuczynienia przez zamawiającego zadość żądaniom odwołania dochodzi do wyrażenia przez niego stanowiska, iż merytorycznie nie podziela zarzutów odwołania, które formalnie uznał. Natomiast w razie złożenia sprzeciwu, od razu dochodzi do merytorycznego rozpatrzenia odwołania w postępowaniu odwoławczym, w którym przystępujący wstępują w miejsce zamawiającego w rolę strony przeciwnej do strony wnoszącej odwołanie. Natomiast zamawiający staje się uczestnikiem postępowania występującym po stronie odwołującego, zatem popierając, choćby milcząco, zasadność zarzutów odwołania – nie może jednocześnie zajmować stanowiska merytorycznie sprzecznego ze swoim oświadczeniem o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania. W razie odmiennego postępowania na rozprawie Izba jako

organ uprawniony do rozpoznania odwołania uprawniona jest i zobowiązana do ustalenia po której stronie sporu wywołanego jego wniesieniem ostatecznie znalazł się zamawiający. Ma to znaczenie nie tylko dla merytorycznego rozpoznania o zarzutach odwołania, lecz także dla rozstrzygnięcia o kosztach postępowania. Uznanie zarzutów odwołania a następnie merytoryczne odpieranie ich zasadności należy uznać bowiem za działanie zmierzające do obejścia przepisu art. 192 ust. 10 *in principio* konstytuującego zasadę, iż strony postępowania odwoławczego ponoszą jego koszty stosownie do jego wyniku.

Z tych względów Izba uznała, iż przez swoje zachowanie na rozprawie wyraził wolę występowania przeciwko zarzutom odwołania, a zatem unicestwił w ten sposób ostatni skutek uznania w całości zarzutów odwołań (wniesienie sprzeciwów unicestwiło podstawowy skutek w postaci możliwości umorzenia postępowania na posiedzeniu) w postaci możliwości nieponoszenia kosztów postępowania odwoławczego w razie uwzględnienia odwołań.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestników zawarte w odwołaniach, zgłoszeniach przystąpień, późniejszych pismach, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i 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 obydwaj Odwołujący mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż każdy z nich złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie podjęte przez Zamawiającego lub zaniechane czynności objęte zarzutami poszczególnych odwołań, narażają każdego z Odwołujących na szkodę z powodu utraty możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mogliby w przeciwnym razie liczyć.

Zamawiający i Przystępujący Konsorcjum Dorbud zgodnie podnieśli, iż Odwołujący nie mogą już uzyskać zamówienia z powodu nieprzedłużenia terminu związania ofertą, to jest ponieważ 16 stycznia 2012 r. upłynął termin związania ofertą, tj. 60 dni liczone od 18 listopada 2011 r. (termin składania ofert), a Odwołujący złożyli oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą dopiero 17 stycznia 2012 r. a zatem ich oferty „wygasty”. Niesporne były następujące okoliczności w tym zakresie. Oświadczenie CARBOTECH, datowane na 16 stycznia 2012 r., wpłynęło do Zamawiającego w formie pisemnej 17 stycznia 2012 r. Oświadczenie Konsorcjum EGBUD, datowane na 17 stycznia 2012 r., wpłynęło drogą

faksową do Zamawiającego w tym dniu, natomiast w formie pisemnej 20 stycznia 2012 r. Natomiast Zamawiający twierdził, iż nie otrzymał uprzednio 16 stycznia 2012 r. ze strony CARBOTECH tego oświadczenia faksem. Wobec okazania kopii przesłanego faksu wraz z raportem potwierdzającym udaną transmisję w tym dniu na numer faksu Zamawiającego, który nie wykazał, iż dotyczy to przesłania jakiegoś innego dokumentu, Izba uznała przekazanie przez CARBOTECH oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą za wystarczająco uprawdopodobnione. Izba ustaliła także następujące istotne okoliczności. W skierowanym 13 stycznia 2012 r. wezwaniu do przedłużenia terminu związania ofertą Zamawiający co prawda wskazał, iż powinno ono wpłynąć przed upływem terminu związania ofertą, jednak wskazał, iż uzna za wystarczające przekazanie w tym terminie faksu, pod warunkiem niezwłocznego przesłania oświadczenia również w formie pisemnej. Wreszcie oferty obydwu Odwołujących były zabezpieczone gwarancjami, które obowiązywały łącznie do 17 stycznia 2012 r., a do oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą załączone były stosowne aneksy wydłużające odpowiednio ważność tych gwarancji. Zatem w ocenie Izby ciągłość zabezpieczenia wadialnego została zachowana w przypadku ofert obydwu Odwołujących. Następnie Izba zważyła, że przekazane dokumenty, wobec niezwłocznego ich przekazania pisemnie, należy uznać za złożone w terminie przesłania ich faksem. W tych okolicznościach Izba uznała, że w stosunku do żadnego z Odwołujących nie zachodzi sytuacja braku związania ofertą. Natomiast w przypadku Konsorcjum EGBUD oświadczenie z 17 stycznia 2012 r. usunęło jakąkolwiek wątpliwość, iż Odwołujący jest nadal zainteresowany uzyskaniem zamówienia i podtrzymuje złożoną ofertę. Izba wzięła pod uwagę także, że Zamawiający nie podjął żadnych czynności związanych z rzekomym wygaśnięciem złożonych przez Odwołujących ofert, a bezpośrednio przed otwarciem posiedzenia nawet złożył oświadczenie o uznaniu w całości zarzutów obydwu odwołań, a zatem w chwili składania tych oświadczeń uznawał wnoszących odwołania za ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. wraz z ze zmianami i udzielonymi wyjaśnieniami, ofert złożonych przez Konsorcjum Dorbud, CARBOTECH i Konsorcjum EGBUD, pism Zamawiającego kierowanych do tych Wykonawców i pism przesłanych przez nich w odpowiedzi, a także innych pism i dokumentów, które zostały wspomniane w treści niniejszego uzasadnienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę

stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępujących złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie i odnotowane w protokole rozprawy.

Izba wzięła również pod uwagę pisma i dokumenty złożone w toku rozprawy, które zostały omówione poniżej, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań

Natomiast Izba na podstawie art. 190 ust. 6 pzp nie uwzględniła wniosku dowodowego Odwołującego Konsorcjum EGBUD o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu technologii i elektryki, na okoliczność ustalenia zgodności zaoferowanych parametrów urządzeń (pomp) z wymaganiami Zamawiającego, zawartymi w treści s.i.w.z.– uznając, iż fakty te zostały stwierdzone innymi dowodami, a dowód został przywołany dla zwłoki postępowania.

Opinia biegłego obejmuje rozstrzygnięcie istotnych dla postępowania kwestii merytorycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jeżeli jego ocena wymaga wiadomości specjalnych, tj. wymaga zasięgnięcia opinii osoby posiadającej wiedzę umożliwiającą wyprowadzenie właściwych wniosków z już posiadanych dowodów. Dowód ten nie służy natomiast zastąpieniu stron i uczestników postępowania odwoławczego w obowiązku pozyskiwania i gromadzenia dostępnych informacji na poparcie swoich twierdzeń.

W niniejszej sprawie został zgromadzony wystarczający materiał dowodowy dotyczący urządzeń oferowanych przez Przystępujących, zaś do jego oceny, zdaniem Izby, nie jest wymagane posiadanie wiedzy specjalistycznej. Izba stwierdziła również, iż sformułowanie tezy dowodowej wykracza poza zarzuty podniesione w odwołaniu. Z treści odwołania wynika zakwestionowanie zgodności niektórych z oferowanych przez Przystępujących pomp wyłącznie w zakresie oferowanych parametrów „H” i „Q” w stosunku do tych parametrów określonych w załączniku nr 7 do IDW. Odwołujący nie może zatem wnosić o powołanie dowodu dla stwierdzenia okoliczności braku zgodności tych pomp z całością wymagań s.i.w.z., gdyż wykraczałoby to poza zarzuty wskazane w odwołaniu.

Tym samym Izba uznała, iż wniosek o powołanie dowodu z opinii biegłego winien zostać oddalony ze względu na fakt, iż dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności załącznik nr 7 do IDW, oferty złożone przez Przystępujących, składane przez nich wyjaśnienia i załączone do nich dokumenty w pełni umożliwiają rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania. Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mieli możliwość odniesienia się do powyższych dowodów, czego dowodzi treść środków ochrony prawnej, a także oświadczenia złożone w toku rozprawy do protokołu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach i podlegających rozpatrzeniu,

Izba stwierdziła, iż obydwa odwołania podlegają uwzględnieniu.

I. Zarzuty odwołania Konsorcjum EGBUD i odwołania CARBOTECH dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp przez dopuszczenie do zmiany treści oferty Przystępującego Konsorcjum DORBUD przez nieuprawnione poprawienie tej oferty w zakresie mocy znamionowej silnika Dmuchawy Aerzen Typ GM25S-G5 – uznano za zasadne.

Izba ustaliła, iż przytoczone powyżej za odwołaniami okoliczności faktyczne dotyczące zarzutów zasadniczo odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, choć wymagają następującego uzupełnienia i podsumowania. W poz. IX pkt 1 Załącznika nr 7 do IDW w kolumnach opisu wypełnionego przez Zamawiającego zamieszczono następujące informacje: {Opis urządzenia} Dmuchawa $Q=1000\text{ m}^3/\text{h}$ $p=700\text{mbar}$ z silnikiem $N=45\text{kW}$ ze stopami antywibracyjnymi i obudową dźwiękochłonną odporną na czynniki atmosferyczne z silnikiem pod falownik {Moc znamionowa silnika urządzenia [kW]} 45 {Współczynnik mocy $\cos \varnothing$ odpowiadający mocy znamionowej urządzenia} 0,89 {Iloraz mocy znamionowej silnika mocy/ $\cos \varnothing$ } 50,56 {Ilość urządzeń [szt.] lub kpl] wg SIWZ} 2 kpl {Suma mocy pozornych} 101,12. Konsorcjum Dorbud wypełniło wiersz poz. IX pkt 1 w kolumnach przeznaczonych do wypełnienia przez wykonawcę składającego ofertę w następujący sposób: {Opis urządzenia z podaniem typu na podstawie dołączonej karty katalogowej} Dmuchawa Aerzen Typ GM25S-G5 $Q=1000\text{ m}^3/\text{h}$ $p=700\text{mbar}$ $N=37\text{kW}$ Do falownika. Osłona na zewnątrz. Stopy antywibracyjne {Moc znamionowa silnika urządzenia [kW]} 37 {Współczynnik mocy $\cos \varnothing$ odpowiadający mocy znamionowej urządzenia} 0,88 {Iloraz mocy znamionowej silnika mocy/ $\cos \varnothing$ } 42,04 {Ilość urządzeń [szt.] lub kpl] wg SIWZ} 2 kpl {Suma mocy pozornych} 84,08. W złożonej ofercie znalazł się także następujące dokumenty. Po pierwsze, na stronach 420-436 dokumentów oferty, folder producenta Aerzner Maschinenfabrik GmbH: Dmuchawy Rotacyjne Aerzen. Nowe dmuchawy z tłokami wirującymi Aerzen Delta Blower Generation 5 Wydajność na ssaniu od $30\text{ m}^3/\text{h}$ – $5.400\text{ m}^3/\text{h}$, zawierający między innymi na stronie 434 Tabelę charakterystyk dla powietrza (...) nadciśnienie, której prawa kolumna dotyczy GM 25 S / DN 125, zawierającą między innymi dla 700 mbarów zestawienie kluczowych parametrów, w tym: liczby obrotów dmuchawy, liczby obrotów silnika, moc napędu pasowego, mocy znamionowej silnika oraz określenie typu silnika – uszeregowanych w 9 kolumnach wyznaczonych przez parametr wydajności ssania $[V_1]$ wyrażony w m^3/min . W kolumnach dla $V_1=15,4$ i $V_1=17,7$ wskazano moc znamionową silnika 30 kW, przy odpowiednio 2945 obrotach silnika na minutę oraz odpowiednio 3310 i 3690 obrotach dmuchawy. W kolumnie dla $V_1=20,1$ wskazano moc znamionową silnika 37 kW, przy 2950 obrotach silnika na minutę oraz 4100 obrotach dmuchawy na minutę. We wszystkich trzech

kolumnach typ silnika określono jako 200L. Po drugie, na stronach 445-447 dokumentów oferty, dokument zatytułowany na pierwszej stronie *Projekt Barlinek ob. 40 2011-10-07* opisujący parametry dmuchawy rotacyjnej Aerzen GM 25 S, wśród których wskazano między innymi: *Wydajność na ssaniu 16,7 m³/min 1000,1 m³/h; Różnica ciśnień 700 mbar; Obroty wirnika dmuchawy 3490 1/min; Obroty wału silnika 2965 1/min.; Moc na wale 25,1 kW; Moc silnika 37,0 kW.* Jako zakres dostawy wskazano między innymi: *Silnik napędowy wg IEC, Budowa IM B3, IP55 37,0 kW, 2965 1/min, 50 Hz, 400 V, Wielkość: 200 LX Waga: 253 kg.* Druga i trzecia strona są w języku niemieckim i zawierają wykresy lub rysunki techniczne, z tym że na drugiej stronie w prawym dolnym rogu znajduje się między innymi oznaczenie GM 25 S oraz G2-412-03-XL.

Pismem z 22 grudnia 2011 r. Zamawiający zawiadomił Konsorcjum Dorbud o dokonaniu w jego ofercie poprawienia oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, a także innych omyłek polegających na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W reakcji na przekazane faksem pismo 23 grudnia 2011 r. Konsorcjum Dorbud wyraziło zgodę na poprawienie wszystkich tych omyłek, jednocześnie stwierdzając, że: *w treści jego oferty dostrzegł omyłki kwalifikujące się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2, o poprawieniu których Zamawiający nie powiadomił Wykonawcę pismem z dnia 22.12.2011 r. (...) Wykonawca załączył dla urządzenia wskazanego w pozycji IX.1 tabeli kartę katalogową producenta tegoż urządzenia, w którym omyłkowo producent wskazał, że moc silnika dla zaoferowanego urządzenia wynosi 37 kW (strona 445 oferty), gdy w rzeczywistości moc silnika wynosi 30 kW. Powyższe znajduje potwierdzenie w treści oświadczenia z dnia 28 listopada 2011 roku przekazanego Wykonawcy przez producenta (w załączeniu). Fakt omyłkowego wskazania przez producenta urządzenia w specyfikacji technicznej urządzenia błędnej mocy silnika dla zaoferowanego przez Konsorcjum Wykonawców urządzenia potwierdza tabela charakterystyk – Delta Blower Generation (strona 430 oferty). Z tabeli tej wynika jednoznacznie, że dla urządzenia o parametrach opisanych przez Wykonawcę w załączniku nr 7 (IX.1), których wydajność na ssaniu mieści się w przedziale: 15,7 do 17,7 m³/h, moc silnika wynosi 30 kW. (...) Mając na względzie dokonaną przez producenta zaoferowanego urządzenia omyłkę w treści specyfikacji technicznej, która to specyfikacja techniczna posłużyła Wykonawcy do sporządzenia załącznika nr 7 do oferty, Wykonawca omyłkowo wskazał w poz. IX. 1 tabeli moc znamionową silnika urządzenia: 37 kW, gdy w rzeczywistości moc znamionowa dla urządzenia o parametrach zaoferowanych przez Wykonawcę wynosi 30 kW, co znajduje potwierdzenie w oświadczeniu stanowiącym załącznik do niniejszego pisma jak również wynika z tabeli załączonej do oferty. Z uwagi na przytoczone przez Wykonawcę okoliczności opisana wyżej omyłka winna zostać w opinii Wykonawcy zakwalifikowana przez*

Zamawiającego do kategorii innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnej zmiany treści oferty. Załączono specyfikację techniczną pn. *Projekt Barlinek ob. 40* z daty 2011-11-28, w której w stosunku do dokumentu załączonego do oferty zmieniono następujące parametry: moc silnika na 30,0 kW, wielkość silnika na 200 L, a jego wagę na 239 kg. W załączonym również piśmie z 28 listopada 2011 r. Oddział Wrocław Aerzen Polska sp. z o.o. stwierdza: *W nawiązaniu do złożonej oferty cenowo technicznej z dnia 07.10.2011r. na dostawę dmuchaw dla zadania „Przebudowa oczyszczalni ścieków w Barlinku” informuję i koryguję co następuje: W przedstawionej karcie dla dmuchawy AERZEN GM 25S dla ob. Nr 40 pozycja w zestawieniu IX pkt. 1 o projektowanych parametrach $Q=1000\text{ m}^3/\text{h}$ i $p=700\text{ mbar}$ omyłkowo wprowadzono moc silnika $N=37\text{ kW}$. Prawidłowa moc dla powyższych parametrów powinna wynosić $N=30\text{ kW}$ co wynika jednoznacznie z tabeli charakterystyki doboru gdzie dla $p=700\text{ mbar}$ projektowane $Q=1000\text{ m}^3/\text{h}$ czyli $16,66\text{ m}^3/\text{min}$ zawarte jest w przedziale pomiędzy $15,7\text{--}17,7\text{ m}^3/\text{min}$ gdzie określona jest moc silnika $N=30\text{ kW}$, dla którego $\cos\phi = 0,88$. Jednocześnie oświadczam, że zaoferowane urządzenie posiadało określone parametry i spełniało tym samym warunki opisane przez Zamawiającego na dzień składania ofert. W załączeniu przesyłamy poprawną kartę doboru urządzenia.*

Izba zważyła, iż w tak ustalonych okolicznościach faktycznych podjęta przez Zamawiającego decyzja o poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp mocy znamionowej w wpisanej w poz. IX.1 załącznika nr 7 przez Konsorcjum Dorbud jako 37 kW na 30 kW oraz w konsekwencji innych danych w tym wierszu oraz całym formularzu – nie może być uznana za prawidłową, a zatem stanowi niedopuszczalną na mocy art. 87 ust. 1 pzp zmianę treści tej oferty.

Przede wszystkim Zamawiający nie miał żadnych podstaw by stwierdzić zaistnienie stanu niezgodności treści oferty Konsorcjum Dorbud oferującego dmuchawę Aerzen Typ GM 25S-G5 o mocy znamionowej silnika 37 kW jako niespełniającej jego wymagań. Porównanie przytoczonych powyżej parametrów wpisanych przez Zamawiającego i zaoferowanych przez Konsorcjum Dorbud nie wskazuje na jakąkolwiek sprzeczność. Konsorcjum zadeklarowało osiągnięcie wymaganego dla nadciśnienia $p=700\text{ mbar}$ przepływu powietrza na poziomie $Q=1000\text{ m}^3$ przez oferowane urządzenie o mocy znamionowej silnika niższej niż założone przez Zamawiającego $N=45\text{ kW}$. Ponadto zgodnie z wymaganiem Zamawiającego opis dmuchawy Aerzen Typ GM 25S-G5 w tym zakresie znalazł odzwierciedlenie w załączonej do oferty karcie katalogowej z 7 października 2011 r. zatytułowanej *Projekt Barlinek ob. 40*, w której wskazano wydajność na ssaniu $1000,1\text{ m}^3/\text{h}$ przy różnicy ciśnień 700 mbar, a w szczególności dwukrotnie podano na poziomie 37 kW moc silnika, wskazując jego wielkość jako 200 LX. Analogiczne karty katalogowe z tej samej daty, zawierające w tytule odwołanie

do przetargu organizowanego przez Zamawiającego (zawsze nazwa *Barlinek* oraz wskazanie nr obiektu, do którego urządzenie jest przeznaczone) Konsorcjum Dorbud załączyło dla pozostałych typów oferowanych dmuchaw marki Aerzen w innych pozycjach załącznika nr 7: GM30L-G5 w poz. I.1 (obiekt nr 7 i 8) i GM35S-G5 w poz. IX.2 (obiekt nr 40). Nie sposób zatem uznać, iż dokumenty zatytułowane w ten sposób nie stanowią kart katalogowych załączonych na potwierdzenie spełniania przez oferowane urządzenia wymagań określonych przez Zamawiającego, z uwagi na ich zażądanie przez Zamawiającego na zasadzie przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp.

Izba zważyła, iż wszelkie wątpliwości co do charakteru prawnego wymagania złożenia w ofercie kart katalogowych usuwają wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego 14 października 2011 r. (pismo L.dz. 859/JRP/TB/2011) na zadane w następujący sposób pytanie 1: *W związku z tym, że dokumentacja przetargowa nie obejmuje podania typu urządzeń oraz przykładowego producenta urządzenia, Wykonawca wnosi o to, aby w przypadku spełniania parametrów technicznych dokumentujących i ich równoważności z wymaganiami w SIWZ podać kilku producentów jednocześnie. Ponadto prosimy o zaniechanie wymogu dołączenia do ww. załącznika kart katalogowych, które i tak w sposób jednoznaczny nie opisują spełniania wszystkich parametrów określonych w dokumentacji przetargowej.* Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *W przypadku oferowania przez Wykonawcę urządzeń równoważnych opisywanym w dokumentacji technicznej, to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania równoważności parametrów takich urządzeń z tymi, opisanymi w SIWZ. Oferta wykonawcy musi być jednoznaczna co do oferowanych urządzeń. W związku z zapytaniem o wymóg załączania kart katalogowych Zamawiający zwraca uwagę, iż zgodnie z pkt. 25 części I SIWZ – IDW jednym z kryteriów oceny ofert jest „Moc pozorna urządzeń stanowiących dostawę Wykonawcy dla wykonania przedmiotu zamówienia (M)” i na etapie składania ofert parametry urządzeń do których są wymagane karty katalogowe podlegają badaniu, tym samym żądanie kart katalogowych jest uzasadnione. Powyższy wymóg nie stoi w sprzeczności z Rozporządzeniem 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. z dnia 31 grudnia 2009 r.). Zgodnie bowiem z § 5.1 rozporządzenia w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający może żądać w szczególności : 1) próbek, opisów lub fotografii, oraz 2) opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, w celu zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia.*

W ocenie Izby z powyższego wynika, iż karty katalogowe spełniają w postępowaniu

prowadzonym przez Zamawiającego dwie funkcje: po pierwsze – potwierdzają zgodność zaoferowanych w załączniku nr 7 urządzeń z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego („Q” i „p” w przypadku dmuchaw, „Q” i „H” w przypadku pomp), po drugie – potwierdzają zaoferowaną przez wykonawcę w tym załączniku dla danego urządzenia moc znamionową silnika urządzenia i współczynnik mocy $\cos \varnothing$ dla tej mocy, gdyż w tym zakresie Zamawiający dopuszczał zmiany prowadzące w rezultacie do obniżenia mocy pozornej oferowanych urządzeń w stosunku do wynikającej z założeń projektowych. Z uwagi na oczywisty interes wykonawców w osiągnięciu łącznie zmniejszenia mocy pozornej zaoferowanych urządzeń mieszczące się w najwyższym punktowym przedziale w ramach kryterium oceny ofert, Zamawiający dążył do zapewnienia sobie możliwości zweryfikowania na podstawie kart katalogowych zmniejszenia mocy znamionowej silnika i współczynnika mocy $\cos \varnothing$ zadeklarowanych przez wykonawców przy wypełnieniu załącznika nr 7 do IDW. Potwierdza to wprost udzielona w ramach wyjaśnień z 28 października 2011 r. (pismo L.dz. 815/JRP/TB/2011) następująca odpowiedź nr 3: *Zamawiający informuje, że nie odstąpi od wymogu załączenia do ofert kart katalogowych dostawców urządzeń. Wedle informacji uzyskanych od projektantów wszystkie urządzenia co do których istnieje wymóg załączenia do ofert kart katalogowych dostawców urządzeń (wymienione w załączniku nr 7 do części I SIWZ – IDW) są urządzeniami ogólnodostępnymi. Ponadto Zamawiający informuje, że wymóg załączenia do ofert kart katalogowych dostawców urządzeń jest podyktowany kryterium oceny ofert nr 2 tj. „Moc pozorna urządzeń stanowiących dostawę Wykonawcy dla wykonania przedmiotu zamówienia”, gdzie samo oświadczenie Wykonawcy jest niewystarczające do oceny tego kryterium. Pomimo udzielonej przez Zamawiającego pierwszej części odpowiedzi, de facto wskazującej, że to urządzenia przyjęte przez projektantów mają charakter standardowych rozwiązań, w ocenie Izby istotna jest również treść zadanego pytania: *Prosimy o odstąpienie od wymogu załączenia do oferty kart katalogowych dostawców urządzeń. Bardzo wiele urządzeń będących przedmiotem zamówienia nie jest urządzeniami katalogowymi, dla których producenci posiadają karty katalogowe. Są to rozwiązania indywidualne, dla których producenci posiadają tylko ogólnikowe informacje, gdy jeszcze urządzenie nie zostało wyprodukowane. Dopiero po wyprodukowaniu można uzyskać DTR i inne materiały, które dotyczą dokładnie urządzenia, które Zamawiający sobie zażyczył.* Wobec stanowiska Zamawiającego, które nie zostało podważone w drodze wniesienia środków ochrony prawnej, wykonawcy mieli obowiązek w każdym przypadku, w szczególności dla urządzeń o parametrach odbiegających na korzyść w dopuszczonym przez Zamawiającego zakresie, załączenia kart katalogowych – właśnie w celu potwierdzenia możliwości uzyskania wyższej punktacji za poprawienie parametrów standardowo założonych.*

Konsorcjum Dorbud załączyło w komplecie karty katalogowe dla trzech dmuchaw Aerzen oferowanych specjalnie na potrzeby zamówienia udzielanego przez Zamawiającego, w tym spornej dmuchawy typu GM 35 S, która była jedyną spośród nich oferującą osiągnięcie wymaganych parametrów „Q” i „p” przy mniejszej od założonej przez Zamawiającego mocy znamionowej silnika. Zaoferowane zmniejszenie mocy znamionowej silnika z 45 na 37 kW dmuchawy w poz. IX.1 znalazło potwierdzenie w załączonej karcie katalogowej *Projekt Barlinek ob. 40* z 28 listopada 2011 r. Oprócz tych kart katalogowych Konsorcjum Dorbud załączyło (strony 420-436 dokumentów oferty) również ogólny folder z października 2009 r. (data wskazana na pierwszej stronie w prawym dolnym rogu) dotyczący różnych typów dmuchaw produkcji Aerzen Maschinenfabrik GmbH generacji Delta Blower Generation, oferujących wydajność od 30 m³ do 5.400 m³ na godzinę. Wskazano w nim między innymi, iż: *Elastyczna budowa modułowa umożliwia zamontowanie w ramach pewnego zakresu średnic nominalnych, agregatu z wszystkich dmuchaw i wielkości silników z danego zakresu z napędem pasowym. Dzięki temu możliwe jest optymalne dopasowanie do aktualnego zapotrzebowania na moc oraz ewentualnej konieczności zmian w przyszłości. Nowa seria Generation 5 jest dostępna jest w 12 wielkościach dla wydajności na ssaniu od ok. 30 do 5.400 m³/h, nadciśnieniu do 1000 mbar. Cała seria Delta Blower obejmuje 16 wielkości o wydajności na ssaniu do 15.000 m³/h. W folderze zamieszczono również tabele charakterystyk, w tym dla typu GM 25 S/ DN 125, wskazującą na możliwe konfiguracje dla zakresu nadciśnienia od 300 do 1000 mbar. Rzeczywiście z wiersza tabeli dla nadciśnienia 700 mbar wynika, iż osiągnięcie wydajności na poziomie 17,7 m³/min, to jest 1062 m³/h, a więc powyżej wymaganego Q=1000 m³/h jest możliwe przy zastosowaniu silnika o mocy znamionowej 30 kW, przy 2945 obrotach wału silnika na minutę i 3680 obrotach dmuchawy na minutę. W tabeli nie wskazano charakterystyki odpowiadającej wprost Q=1000 m³/h, dla bezpośrednio niższej wydajności ssania na poziomie 15,7 m³/min, to jest 942 m³/h, wskazano odpowiednio również moc silnika 30 kW i 2945 obroty jego wału na minutę, przy niższych obrotach dmuchawy na minutę wynoszących 3310. Natomiast dla o stopień wyższej wydajności ssania na poziomie 20,1 m³/min, to jest 1206 m³/h, przypisano silnik o mocy 37 kW i 2950 obrotach wału na minutę oraz 4100 obrotach dmuchawy na minutę. We wszystkich trzech opisanych zakresów wskazano 200 L jako typ silnika. Porównując te dane do wskazanych w karcie katalogowej dmuchawy GM 25 S z 28 listopada 2011 r. dla obiektu nr 40 w Barlinku od razu można zauważyć, iż wskazano w niej zaoferowanie innego silnika typu 200 LX o mocy 37 kW, pozwalającego na osiągnięcie Q=1000 m³/h przy obrotach wału silnika na poziomie 2965 na minutę, a więc wyższych niż wskazanych w ogólnej tabeli charakterystyk dla wszystkich trzech przytoczonych przypadków, jednak za to przy 3490 obrotach wirnika dmuchawy na minutę, czyli nieco wyższych niż wskazane dla ssania 15,7*

m³/min, ale jednocześnie znacząco niższych niż wskazane dla ssania 20,1 m³/min w zbiorczej tabeli charakterystyki. Różnice te wskazują, iż Konsorcjum Dorbud zaofერowało dmuchawę typu GM 25 S nieodpowiadającą żadnemu z tych standardowych rozwiązań, lecz w konfiguracji specjalnie przygotowanej na potrzeby przetargu prowadzonego przez Zamawiającego.

Izba zważyła nadto, iż Zamawiający dokonał poprawienia oferty w poz. IX.1 załącznika nr 7 nie z własnej inicjatywy, lecz na skutek dwukrotnych interwencji Konsorcjum Dorbud. Z powodu opisanej powyżej zgodności mocy silnika wskazanej w ofercie z opisaną w załączonym na potwierdzenie dokumencie (karcie katalogowej), Zamawiający nie mógł bez tego stwierdzić nie tylko sprzeczności treści tej oferty z treścią s.i.w.z., lecz w ogóle zaistnienia jakiegokolwiek omyłki leżącej po stronie składającego ofertę. Potwierdza to również okoliczność braku jej poprawienia w zawiadomieniu o poprawieniu szeregu omyłek pisarskich, rachunkowych i innych na mocy art. 87 ust. 1 pkt 1,2 i 3 pzp, które zostało skierowane do Konsorcjum Dorbud 22 grudnia 2011 r., a więc po upływie ponad miesiąca od terminu składania ofert. Tymczasem Konsorcjum, choć już od 28 listopada 2011 r. dysponowało informacjami od swojego dostawcy, dopiero 23 grudnia 2011 r. zdecydowało się na pierwszą próbę wpłynięcia na Zamawiającego, prezentując po raz pierwszy rozumowanie, podtrzymywane w zasadniczych zrębach w toku postępowania odwoławczego, oparte na powołaniu się na omyłkę popełnioną przez dostawcę urządzenia w przygotowanej na potrzeby przetargu karcie katalogowej (nazwanej nawet specyfikacją techniczną oferowanego urządzenia), której popełnienie miały uwiarygodnić dane zawarte tabeli charakterystyk dla dmuchaw serii Delta Blower Generation 5. O ile jednak Konsorcjum Dorbud nie omieszczało powołać się na fragment uzasadnienia wyroku Izby z 2 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1818/11) o tym, że celem instytucji z art. 87 ust.2 pzp jest eliminacja możliwości odrzucania ofert z powodów nieistotnych omyłek w nich popełnionych, o tyle nie wskazało okoliczności świadczących o tym, że sugerowana omyłka spowodowała złożenie oferty niezgodnej z treścią s.i.w.z. Również z załączonego pisma dostawcy, w którym Dyrektor Oddziału Wrocław Aerzen Polska sp. z o.o. oświadczył, iż w przygotowanej na potrzeby przetargu karcie katalogowej omyłkowo wprowadzono moc silnika N=37 kW, zamiast N=30 kW – nie wynika fakt wystąpienia takiej sprzeczności. Zamawiający dysponując już tymi samorzutnymi wyjaśnieniami i załączonymi do nich dokumentami (oprócz wspomnianego pisma także poprawioną kartą katalogową), po raz drugi 29 grudnia 2011 r. zawiadamiając o poprawieniu omyłek w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp, nie uznał ich za podstawę do poprawienia treści oferty, choć dokonał jej korekty w zakresie dwóch innych omyłek w zakresie opisu pozycji przedmiarowych, które również zostały zgłoszone w piśmie z 23 grudnia 2011 r. przez Konsorcjum Dorbud. Co więcej, Zamawiający nie dokonał również

tego w piśmie z 29 grudnia 2011 r., w którym w pkt. 1 lit. q wezwał wyłącznie do wyjaśnienia czy urządzenie w poz. IX.1 (obiekt nr 40) w załączniku nr 7 do IDW na etapie realizacji przedmiotu zamówienia będzie posiadać deklarowany w kol. 10 załącznika nr 7 do IDW $\cos \emptyset$, gdyż w karcie katalogowej urządzenia brak współczynnika mocy $\cos \emptyset$ wskazanego przez Wykonawcę. W odpowiedzi Konsorcjum Dorbud, poza udzieleniem odpowiedzi twierdzącej na zadane pytanie (z załączeniem odrębnego pisma z 3 stycznia 2012 r. Dyrektora Oddziału Wrocław Aerzen Polska sp. z o.o.), kolejny raz powołało się na popełnienie omyłki w zakresie wpisanej w tej pozycji załącznika nr 7 mocy silnika, ponownie załączając pismo dostawcy i nową kartę katalogową z 28 listopada 2011 r. Dopiero skutek tej interwencji Zamawiający 10 stycznia 2012 r. dokonał w treści załącznika nr 7 poprawienia mocy silnika zgodnie z życzeniem Konsorcjum Dorbud, przy czym była to jedyna poprawka dokonana na korzyść wykonawcy w zakresie tego typu parametru spośród ofert uczestników postępowania odwoławczego. Zamawiający w zawiadomieniu nie wskazał na czym miałyby polegać niezgodność treści oferty Konsorcjum Dorbud w zakresie wskazania mocy silnika na 37 kW z wymaganiami technicznymi dla pozycji IX.1 załącznika 7.

Luka argumentacji w zakresie braku możliwości skutecznego domagania się poprawienia nieoczywistej omyłki, która nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., została dostrzeżona przez Konsorcjum Dorbud dopiero na etapie postępowania odwoławczego, na skutek treści odwołania CARBOTECH. Stąd na rozprawie Przystępujący przedstawił nowe pismo z 26 stycznia 2012 r. Aerzen Polska sp. z o.o. Oddział Wrocław, w którym oprócz dotychczasowej treści znalazły się następujące stwierdzenia: *Mając na uwadze przekazaną do oferty tabelę charakterystyk doboru urządzenia (...) dla zachowania parametrów wymaganych przez zamawiającego (Q-1000 m³/h oraz p-700 mbar – których zachowanie było bezwzględnie wymagane przez Zamawiającego, o czym zostaliśmy poinformowani przez Państwa na etapie przygotowywania przez nas oferty) zaoferowane przez AERZEN POLSKA sp. z o.o. urządzenie winno być wyposażone w silnik o mocy 30 kW. To samo urządzenie (dmuchawa o symbolu GM 25S) wyposażone w silnik o mocy 37 kW posiadałoby parametry odmienne niż określone jako wymagane w Specyfikacji, zatem oferta byłaby niezgodna z oczekiwaniami Zamawiającego. W ocenie Izby dodana treść bazuje na niekoniecznie słusznym w przypadku dmuchaw założeniu (jak wynika z treści pisma zasugerowanym przez Przystępującego), że nieco większa wydajność ssania oznacza niezgodność oferowanego urządzenia. Po drugie, wyjaśnienia te nie są wiarygodne, gdyż powołują się na ogólną tabelę charakterystyk, tymczasem, jak to wykazano powyżej, Dmuchawa Aerzen GM 25S z karty katalogowej *Projekt berlinek ob. 40*, zarówno w wersji z 7 października 2011 r. (moc silnika 37 kW), jak i wersji z 18 listopada 2011 r. (moc silnika 30 kW), nie odpowiada w pełni żadnemu z profili tej tabeli zawartych w folderze producenta z*

października 2009 r. (na marginesie należy zauważyć, iż jest to folder, który jest udostępniony do pobrania na stronie internetowej www.aerzen.pl, a nie stworzona na potrzeby sporządzenia oferty karta charakterystyk). Nawet w oparciu o tabelę charakterystyki widać, iż im więcej obrotów na minutę wirnika dmuchawy, tym większa wydajność ssania, a zatem skoro dmuchawa GM 25 S wskazana w tabeli charakterystyk przy mocy silnika 37 kW osiąga wydajność 1206 m³/h przy 4100 obrotach na minutę dmuchawy, to brak dowodów, że przy obrotach dmuchawy obniżonych dla dmuchawy GM 25 S w karcie katalogowej, niezależnie od wersji, do 3490 – nie może ona cechować się wydajnością na poziomie zakładanych 1000 m³/h.

W ocenie Izby kolejne oświadczenia płynące z wrocławskiego oddziału Aerzen Polska stanowią *de facto* tłumaczenia się *post fatum* dostawcy urządzeń z zaoferowania Konsorcjum Dorbud mniej optymalnego rozwiązania z punktu widzenia kryteriów przetargu, niż potencjalnie możliwe, co nie może mieć wpływu na treść oferty złożonej uprzednio przez Konsorcjum Dorbud. Wbrew twierdzeniom Przystępującego na rozprawie, w zakresie wypełnienia pozycji IX.1 załącznika nr 7 treść oferty była w pełni zgodna z jego wolą w chwili jej sporządzania i składania. Z wyjaśnień z 23 grudnia 2011 r. wynika bowiem, iż treść złożonego oświadczenia woli oparł na otrzymanej na swoje zamówienie specyfikacji technicznej. Omyłka, jeżeli w ogóle wystąpiła, to wyłącznie po stronie wrocławskiego oddziału Aerzen Polska, a nie po stronie Konsorcjum Dorbud składającego ofertę.

Należy odrzucić sugerowaną przez Przystępującego możliwość poprawiania ofert wyłącznie w oparciu o „zamiar złożenia jak najkorzystniejszej oferty”. Nie ma powodu wątpić, że gdyby Przystępujący mógł, to by złożył korzystniejszą ofertę. Skoro nie było to obiektywnie możliwe, nawet z powodów niezależnych od niego, to nie może na podstawie tak generalnej i abstrakcyjnej kategorii domagać się poprawienia swojej oferty, nawet gdyby po jej złożeniu i otwarciu okazało się, że jego dostawca omyłkowo zaoferował mu mniej korzystne rozwiązanie. Przystępujący mógł to sam ustalić, skoro możliwość zaoferowania rozwiązania korzystniejszego wynika z powszechnie dostępnego folderu. W ocenie Izby przepis art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp nie umożliwia poprawiania swoistej kaskady omyłek, jaką zaprezentował w swoim pisemnym stanowisku i na rozprawie Przystępujący. Nie tylko sprzeczne z poprzednio składanymi wyjaśnieniami i niewiarygodne jest twierdzenie, iż *jedynie omyłkowo Przystępujący załączył do oferty szczegółową kartę katalogową dla zaoferowanego urządzenia*, natomiast to *tabela [charakterystyk] stanowiła wyraz woli Przystępującego co do rodzaju i parametrów zaoferowanego urządzenia*. Złożenie kart katalogowych potwierdzających skonkretyzowane w załączniku nr 7 parametry konkretnych oferowanych typów urządzeń było przecież od początku wymaganiem Zamawiającego potwierdzonym i uszczegółowionym w przytoczonych powyżej wyjaśnieniach treści s.i.w.z.

Natomiast twierdzenie, że treść oferty należy ustalać nie na podstawie pisemnej konkretyzacji oświadczenia woli w przeznaczonym do tego formularzu przygotowanym przez Zamawiającego w zakresie typu urządzenia i jego parametrów, potwierdzonych przygotowanym wyłącznie na potrzeby przetargu dokumentem, lecz na podstawie załączenia powszechnie dostępnego folderu dla całej rodziny urządzeń, zawierającego wiele wariantów typu urządzenia, bez jakiegokolwiek wskazania, który miałby być tym właściwym – należy uznać za nieporozumienie. Podobnie jak hipotezę, iż *Przystępujący zaoferował urządzenie o mocy silnika 30 kW, taka była jego wola wyrażona w ofercie, której odbiór mógł zostać zakłócony w wyniku omyłki popełnionej przez dostawcę*. Trudno stwierdzić zakłócenie odbioru po stronie Zamawiającego, gdyż do czasu bezpodstawnego poprawienia treści oferty był on w pełni zgodny z wyemitowanym przez Przystępującego oświadczeniem woli.

Izba zważyła także, iż na dokonane przez Zamawiającego poprawienie treści oferty Konsorcjum Dorbud w istocie składały się dwie operacje, po pierwsze, choć Zamawiający nie wystąpił o to w trybie art. 26 ust. 3 pzp – wprawdzie doszło do podmiany załączonej do oferty karty katalogowej, a więc dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp – na inną, po drugie – następnie Zamawiający ustalił treść oferty w oparciu o ten nowy dokument przedstawiony z własnej inicjatywy przez Konsorcjum Dorbud już po terminie składania ofert. Taki kombinowany charakter przeprowadzonych działań w sposób jaskrawy uwidocznia to bezpodstawność powoływania się przez Zamawiającego i Przystępującego na dokonanie poprawy w zgodzie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W istocie doszło w ten sposób również do obejścia przepisu art. 26 ust. 3 pzp, gdyż formalnie w ogóle z niego nie korzystając, Zamawiający dopuścił do uzupełnienia dokumentu, który nie był obarczony żadnymi wadami i ostatecznie uznał za prawidłowy ten nowy dokument, który nie potwierdzał spełniania przez wskazane w nim urządzenie wymaganych w załączniku nr 7 parametrów na dzień składania ofert (18 listopada 2011 r.), gdyż *poprawiona* karta katalogowa jest dokumentem stworzonym po tej dacie (28 listopada 2011 r.), a następnie dopiero na jego podstawie ustalił treść oferty. W rezultacie doszło do niedopuszczalnego ukształtowania nowej treści oferty Konsorcjum Dorbud na podstawie bezpodstawnie uzupełnionego dokumentu.

Dokonanie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp poprawienia treści oferty Konsorcjum Dorbud, pomimo braku przesłanek do stwierdzenia niezgodności jej dotychczasowej treści z treścią s.i.w.z., doprowadziło również do paradoksalnej sytuacji w postępowaniu odwoławczym, w toku którego to Przystępujący usilnie dążył do wykazania złożenia przez siebie oferty sprzecznej z treścią s.i.w.z., a Odwołujący CARBOTTECH przyjął rolę obrońcy zgodności treści konkurencyjnej oferty z wymaganiami załącznika nr 7 do IDW się wykazania ich zgodności, składając nawet w tym celu *Opinię dotyczącą oceny*

poprawności doboru mocy silnika do dmuchawy rotacyjnej typ AERZEN GM 25 S dla obiektu nr 40 w oczyszczalni ścieków. Wobec ustaleń poczynionych powyżej na podstawie dokumentacji postępowania, Izba uznała ten dowód za zbędny dla rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów odwołania. Natomiast Izba podziela pogląd, iż dokonane przez Zamawiającego poprawienie treści oferty Konsorcjum Dorbud miało charakter zmiany istotnej, gdyż w znaczącym stopniu zmieniało treść oświadczenia woli tego wykonawcy w zakresie oferowanego zmniejszenia mocy pozornej urządzeń, które było wprost wyrażane w formularzu oferty. Istotność tej zmiany jest oczywista bez odwoływania się do porównania z innymi ofertami.

II. Zarzut odwołania Konsorcjum EGBUD dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z 87 ust. 1 pzp przez dopuszczenie do zmiany treści podlegającej odrzuceniu oferty Przystępującego CARBOTECH z uwagi na zaoferowanie dla poz. IX.1 załącznika nr 7 dmuchawy o parametrach niezgodnych z wymaganymi przez Zamawiającego – uznano za niezasadny.

Pomimo pozornego podobieństwa okoliczności do poprzedniego zarzutu, w istocie zachodzą zasadnicze różnice stanu faktycznego, rzutuujące na diametralnie odmienną ocenę prawną prawidłowości dokonanego przez Zamawiającego poprawienia treści oferty CARBOTECH w zakresie poz. IX.1 załącznika nr 7.

Izba ustaliła, iż w tym przypadku przytoczone powyżej za odwołaniem Konsorcjum EGBUD okoliczności faktyczne wymagają oprócz uzupełnienia i podsumowania także sprostowania, gdyż błędnie zostały opisane w sposób zupełnie analogiczny jak w przypadku zarzutu dotyczącego oferty Konsorcjum Dorbud. O ile faktem jest, że CARBOTECH załączył do wyjaśnień z 4 stycznia 2012 r. szereg kart katalogowych, w tym dla dmuchawy typu ES 46/2P, a także poprawiony załącznik nr 7, o tyle zmiana treści tego załącznika w zakresie poz. IX pkt 1, polegająca na zmianie na ten typ zamiast dotychczas wpisanego typu ES 66/3P, nastąpiła już na mocy pisma Zamawiającego z 29 grudnia 2011 r., które oprócz wezwania do wyjaśnień zawierało także zawiadomienie o dokonaniu takiego poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Przed pismem z 29 grudnia 2011 r. Zamawiający wzywał CARBOTECH do uzupełnienia dokumentów (pismem z 21 grudnia 2011 r.) i złożenia wyjaśnień (pismem z 22 grudnia 2011 r.), a także zawiadamiał o poprawieniu omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1,2 i 3 pzp (pismem z 22 grudnia 2011 r.) – jednak przedmiotem tych czynności, jak również pism przesłanych w odpowiedzi przez CARBOTECH (pismo z 22 i dwa pisma z 27 grudnia 2011 r.) nie był sposób wypełnienia załącznika nr 7 do IDW, a poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp przez Zamawiającego dotyczyło wyłącznie kosztorysów ofertowych. Izba ustaliła także, że CARBOTECH załączył także do

wyjaśnień między innymi kartę katalogową z 17 listopada 2011 r. dla urządzenia ROBOX EVOLUTION ES 46/2P, wyposażonego w silnik o mocy 30 kW, potwierdzającej osiągnięcie wydajności 1000 m³/h przy nadciśnieniu 700 mbar

W poz. IX pkt 1 Załącznika nr 7, gdzie w kolumnach opisu wypełnionego przez Zamawiającego znalazły się następujące informacje: {Opis urządzenia} *Dmuchawa Q=1000 m³/h p=700mbar z silnikiem N=45kW ze stopami antywibracyjnymi i obudową dźwiękochłonną odporną na czynniki atmosferyczne z silnikiem pod falownik {Moc znamionowa silnika urządzenia [kW]} 45 {Współczynnik mocy cos Ø odpowiadający mocy znamionowej urządzenia} 0,89 {Iloraz mocy znamionowej silnika mocy/cos Ø} 50,56 {Ilość urządzeń [szt.] lub kpl} wg SIWZ} 2 kpl {Suma mocy pozornych} 101,12 – CARBOTECH wypełnił wiersz poz. IX pkt 1 w kolumnach przeznaczonych do wypełnienia przez wykonawcę składającego ofertę w następujący sposób: {Opis urządzenia z podaniem typu na podstawie dołączonej karty katalogowej} *ROBOX EVOLUTION ES 66/3P {Moc znamionowa silnika urządzenia [kW]} 30 {Współczynnik mocy cos Ø odpowiadający mocy znamionowej urządzenia} 0,86 {Iloraz mocy znamionowej silnika mocy/cos Ø} 34,88 {Ilość urządzeń [szt.] lub kpl} wg SIWZ} 2 kpl {Suma mocy pozornych} 69,77. W złożonej ofercie znalazł się także folder włoskiego producenta Robuschi: *Robox evolution. Nowa generacja dmuchaw* (na stronach 36-42 dokumentów oferty), w którym nie dokonano żadnych zmian czy zaznaczeń. Nie dołączono żadnych innych dokumentów dotyczących oferowanego urządzenia. W folderze tym zamieszczono tabelę *Graniczne parametry pracy*, w której moc znamionowa silnika 30 kW dla podciśnienia 700 mbar występuje wyłącznie dla typu agregatu „2”, typu dmuchawy „ES 46” i daje wydajność 1080 m³/h, przy czym ten typ dmuchawy występuje wyłącznie w konfiguracji z tym silnikiem i takimi parametrami. Natomiast typ dmuchawy „ES 66” jest skojarzony wyłącznie z typem agregatu „3”, podciśnieniem 700 mbar, silnikiem 55 kW i wydajnością maksymalną 1950 m³/h.**

Izba zważyła, iż w tych okolicznościach faktycznych podjętą przez Zamawiającego decyzję o poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp oznaczenia typu dmuchawy ROBOX EVOLUTION w poz. IX.1 załącznika nr 7 z ES 66/3P, wpisanego przez CARBOTECH, na ES 46/2P – należy uznać za prawidłową.

Przed wszystkim zarówno zaistnienie w ofercie CARBOTECH w poz. IX.1 wewnętrznej sprzeczności złożonego oświadczenia woli, jak i możliwość jej usunięcia, należy uznać za *de facto* bezsporne pomiędzy Stronami i Uczestnikami postępowania odwoławczego. Świadczy o tym domaganie się przez Konsorcjum EGBUD odrzucenia tej oferty za zaoferowanie dmuchawy o mocy 55 kW, pomimo iż literalnie od początku była tam wpisana moc oferowanego urządzenia 30 kW. Zatem oczywista musiała być okoliczność, iż nie istnieje dmuchawa ROBOX EVOLUTION typ ES 66/3P o mocy 30 kW i wydajności

$Q=1000 \text{ m}^3/\text{h}$ dla ciśnienia $p=700 \text{ mbar}$. Spór nie dotyczył także możliwości samodzielnego, na podstawie informacji dostępnych w złożonej ofercie, usunięcia tej sprzeczności przez Zamawiającego – zarówno Zamawiający, Przystępujący, jak i Odwołujący zgodnie odwoływali się do załączonego do oferty folderu dotyczącego dmuchaw rodziny ROBOX EVOLUTION, a konkretnie przywołanej powyżej tabeli *Graniczne parametry pracy*. Tylko w niej, spośród dokumentów oferty, można było wyczytać, że typ ES 66/3P dla $p=700 \text{ mbar}$ ma moc silnika 55 kW, a mocą 30 kW przy takim ciśnieniu cechuje się wyłącznie typ ES 46/2P. Z tych względów w ocenie Izby spór sprowadzał się do tego, jaki sposób usunięcia sprzeczności należy uznać za właściwy – zdaniem Odwołującego decydujące znaczenie powinien mieć wpisany typ urządzenia, według którego należy ustalić moc urządzenia na 55 kW, natomiast Zamawiający kierował się przy poprawieniu wskazaną w ofercie przez Przystępującego mocą 30 kW. W ocenie Izby okoliczności faktyczne jednoznacznie wskazują na prawidłowość wybranego przez Zamawiającego sposobu poprawienia stwierdzonej niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zmiana informacji w jednej kolumnie w zakresie oznaczenia typu dmuchawy ROBOX EVOLUTION spowodowała jej uzgodnienie z wszystkimi pozostałymi, gdyż to typ ES 46/2P i tylko on cechuje się przy $p=700 \text{ mbar}$ maksymalną wydajnością na poziomie $1080 \text{ m}^3/\text{h}$, najbardziej zbliżoną do założonego przez Zamawiającego $Q=1000 \text{ m}^3/\text{h}$. Natomiast kierowanie się wpisany typem ES 66/3P, jak chciałby Odwołujący, oznaczałoby uznanie, iż nie tylko zostało zaoferowane urządzenie o mocy znamionowej silnika 55 kW, ale i o maksymalnej wydajności wynoszącej $1950 \text{ m}^3/\text{h}$, a także dodatkowo konieczność wyliczenia od nowa ilorazu mocy znamionowej silnika i $\cos \varnothing$ oraz sumy mocy pozornej, gdyż od początku były one w ofercie wpisane dla silnika o mocy 30 kW. Ponieważ poprawienie oferty w trybie 87 ust. 2 pkt 3 pzp służy uzgodnieniu treści oferty z treścią s.i.w.z. a nie dalszemu pogłębieniu istniejącej niezgodności, uwidocznia to bezpodstawność zarzutu odwołania. Odwołujący Konsorcjum EGBUD z jednej strony stwierdza w treści załącznika nr 7 CARBOTECH niezgodność z s.i.w.z. na podstawie informacji zawartych w załączonym dokumencie, z drugiej domaga się odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, nie biorąc w ogóle pod uwagę, iż z przepisu tego wynika obowiązek odrzucenia ofert o treści niezgodnej z treścią s.i.w.z., z zastrzeżeniem możliwości wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odwołujący nie przedstawił zaś żadnych argumentów wskazujących na niemożność usunięcia podnoszonej przez siebie niezgodności w ofercie CARBOTECH w tym trybie.

III. Zarzuty odwołania Konsorcjum EGBUD dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez nieprawidłową weryfikację oferty Przystępującego Konsorcjum DORBUD i oferty Przystępującego CARBOTECH i zaniechanie ich odrzucenia z uwagi na

zaoferowanie pomp zatapialnych o parametrach niezgodnych z określonymi w załączniku nr 7 przez Zamawiającego – zarzut niezasadny w stosunku do oferty Konsorcjum Dorbud, zarzut częściowo zasadny w stosunku do oferty CARBOTECH.

W przytoczonym powyżej za odwołaniem stanie faktycznym odnośnie tych zarzutów znalazły się istotne nieścisłości wymagające ustalenia przez Izbę rzeczywistego stanu rzeczy na podstawie dokumentacji postępowania. Po pierwsze, ze sprecyzowanego w pkt. 25 IDW sposobu oceny ofert w kryterium *Moc pozorna urządzeń stanowiących dostawę Wykonawcy dla wykonania przedmiotu zamówienia (M)*, wymagającego podania wyrażonego w procentach zmniejszenia mocy pozornej oferowanych urządzeń objętych zakresem załącznika nr 7 w stosunku do mocy pozornej urządzeń założonej w projekcie przez Zamawiającego, wynika możliwość modyfikacji następujących parametrów wskazanych w tym załączniku w części wypełnionej przez Zamawiającego: mocy znamionowej silnika urządzenia, współczynnika mocy $\cos \varnothing$, a tym samym ich ilorazu, gdyż to właśnie ich zmiana na korzyść (a ściślej rzecz biorąc mocy znamionowej, współczynnika $\cos \varnothing$ lub obu naraz) umożliwia zaistnienie takiego korzystnego i punktowanego zmniejszenia. Wskazuje również na to wyraźnie opisy kolumn do wypełnienia przez wykonawców w Załączniku nr 7 do IDW, przewidujące miejsce na podanie tych parametrów właściwych dla typów oferowanych urządzeń. Wobec tego nieadekwatny jest wywód odwołania, iż *pozostałe parametry urządzeń, wskazane wprost w treści Załącznika nr 7 do IDW, stanowiły minimalne wymagania Zamawiającego, nie podlegające zmianie w treści oferty*, połączony z wymienieniem akurat tych trzech parametrów. Po drugie – jedyne podstawowe i stałe parametry techniczne sprecyzowane dla pomp przez Zamawiającego to „Q” (przepływ w litrach na sekundę i „H” (wysokość podnoszenia w metrach). Zatem błędne jest twierdzenie odwołania, iż taki charakter ma również parametr „N” (moc znamionowa silnika urządzenia w kW). Po trzecie, wskazane powyżej błędy w zakresie wskazania ogólnych okoliczności faktycznych nie mają istotnego znaczenia dla możliwości rozpoznania zarzutów, gdyż zostały one sprecyzowane wyłącznie w stosunku do parametrów „Q” i „H” wskazanych w odwołaniu pomp zaoferowanych przez Konsorcjum Dorbud (pompy w 5 pozycjach załącznika nr 7) i CARBOTECH (pompy w 6 pozycjach załącznika nr 7). W odwołaniu prawidłowo zostały także odzwierciedlone parametry „Q” i „H” sprecyzowane przez Zamawiającego w załączniku nr 7 dla każdej z zakwestionowanych przez Odwołującego pozycji. Po czwarte, należy zaznaczyć, iż Konsorcjum Dorbud w rubryce przeznaczony na opis urządzenia oprócz podania jego nazwy i typu, jak to uczynił CARBOTECH, każdorazowo wpisało parametry „Q” i „H” identyczne jak zawarte w opisie Zamawiającego, natomiast CARBOTECH poprzestał na wpisaniu typu oferowanej pompy, nie powielając opisu Zamawiającego w zakresie tych parametrów.

Odwołujący Konsorcjum EGBUD wywodzi w przypadku obu Przystępujących niezgodność treści oferty w zakresie oferowanych przez nich urządzeń nie z informacji zawartych przez nich w wypełnionych załącznikach nr 7 do IDW, lecz na podstawie załączonych do oferty kart katalogowych, z których mają wynikać parametry „Q” i „H” takie, jak podane powyżej za odwołaniem. Pomimo twierdzenia, iż niezgodności te są wynikiem analizy porównawczej wartości parametrów wynikających z treści ofert z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego, odwołał się jedynie ogólnie do *kart katalogowych w aktach postępowania*. Izba ustaliła, iż odwołanie bazuje w tym zakresie na informacjach wprost wynikających z wezwań do wyjaśnień skierowanych 29 grudnia 2011 r. przez Zamawiającego odrębnie do każdego z Przystępujących. W pkt. 1 lit. c, g (drugi punkt), k (pierwszy punkt), l (trzeci punkt) oraz o (trzeci punkt) pisma (L.dz. 1358/JRP/TB/2011) skierowanego do Konsorcjum Dorbud i w pkt. 1 lit. c (punkt pierwszy), e, g, j, k oraz m (ppkt. b) pisma (L.dz. 1360/JRP/TB/2011) skierowanego do CARBOTECH Zamawiający wyszczególnił dokładnie te rozbieżności, które stały się później podstawą zarzutów, w każdym przypadku wzywając *do wyjaśnienia czy urządzenie wskazane w poz... (obiekt nr ...)* [odpowiednio wskazując pozycję i nr obiektu] *w załączniku nr 7 do IDW posiada wysokość podnoszenia $H=...m$ przy wydajności $Q=...l/s$* [wskazując konkretne liczby z wypełnionej przez siebie części załącznika nr 7 do IDW], *gdyż zgodnie z załączoną kartą katalogową zaproponowane przez Wykonawcę urządzenie ma wysokość podnoszenia $H=...m$ przy wydajności $Q=...l/s$* [odpowiednio wskazując konkretne liczby uwidocznione w tych dokumentach].

Odwołujący w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu brak dokonania prawidłowej weryfikacji ofert Przystępujących, w ogóle nie odnosząc się do udzielonych przez nich wyjaśnień, które musiały być przez Zamawiającego rozważone. Izba zważyła, iż w tym przypadku odwołanie, przeciwnie niż w odniesieniu do dmuchaw z poz. IX.1, nie zawiera zarzutu nieuprawnionej zmiany treści oferty przez uwzględnienie wyjaśnień zmierzających do wywołania takiego skutku.

W przypadku Konsorcjum Dorbud treść wyjaśnień (pismo z 3 stycznia 2012 r.) przedstawiała się dokładnie tak, jak to powyżej przytoczono za pismem tego Przystępującego, który w każdym przypadku (zachowując systematykę numeracji wezwania): po pierwsze – potwierdził zgodność parametrów „H” i „Q” oferowanych pomp z wymaganymi przez Zamawiającego, po drugie – wyjaśnił, iż do oferty załączono ogólną kartę katalogową urządzenia bez oznaczenia punktu pracy, po trzecie – załączył nową kartę katalogową z *naniesionym na wykresie punktem pracy dla parametrów wymaganych przez Zamawiającego*.

Izba nadto ustaliła w drodze porównania kart katalogowych załączonych do oferty z

tymi załączonymi do wyjaśnień Konsorcjum DORBUD następujące fakty [wypunktowanie według systematyki wezwania do wyjaśnień]:

- lit. c [poz. I.3 Obiekt nr 7 i 8] – pompa zatapialna XFP 100GCB1.5 PE110/4-G wg karty producenta załączonej do oferty: $Q=37$ l/s, $H=17$ m, rozmiar wirnika 260 mm – wg karty załączonej do wyjaśnień: $Q=38$ l/s, $H=18$, rozmiar wirnika 280 mm;
- lit. g [poz. III.1 Obiekt nr 15 i 16] – pompa recyrkulacji XFP 150E-CB1.2 PE90 wg karty producenta załączonej do oferty: $Q=61,2$ l/s, $H=8,84$ m, rozmiar wirnika 229 mm – wg karty załączonej do wyjaśnień: $Q=63,9$ l/s, $H=8,49$ m, $P_2=7,44$ kW (w tabeli), $Q=62$ l/s, $H=8$ m, $P_2=7,44$ kW, $Q=62$ l/s, $H=6$ m, $P_2=7,62$ kW (punkty zaznaczone na wykresach), rozmiar wirnika 229 mm;
- lit. k [poz.V.2 Obiekt nr 37] – pompa zatapialna XFP150E-CB1.1 PE90 wg karty producenta załączonej do oferty: $Q=70$ l/s, $H=8,78$ m, rozmiar wirnika 238 mm – wg karty załączonej do wyjaśnień: $Q=71$ l/s, $H=9$ m, rozmiar wirnika 240 mm;
- lit. l [poz. VI.1 Obiekt nr 38] – pompa zatapialna XFP 150E-CB1.1 PE90 wg karty producenta załączonej do oferty: $Q=79$ l/s, $H=7,33$ m, rozmiar wirnika 238 mm – wg karty załączonej do wyjaśnień: $Q=80,1$ l/s, $H=7,52$, rozmiar wirnika 240 mm;
- lit. o [poz. VIII.1 Obiekt nr 39] pompa zatapialna XFP 200G-CB1.3 PE 1600/4 wg karty producenta załączonej do oferty: $Q=93,4$ l/s, $H=12,6$ m, rozmiar wirnika 265 mm – karty załączonej do wyjaśnień: $Q=95$ l/s, $H=13$ m, rozmiar wirnika 275 mm.

Natomiast CARBOTECH udzielił wyjaśnień (pismo z 4 stycznia 2012 r., również zachowujące systematykę numeracji wezwania) dotyczących oferowanych pomp producenta KSB, po pierwsze – oświadczając, iż oferowane pompy posiadają parametry „H” i „Q” takie, jak sprecyzowane w załączniku nr 7 przez Zamawiającego (dotyczy lit. e, g, j, m), po drugie – wyjaśniając, iż załączone karty doboru są jedynie *wydrukami obliczeń stosowanego przez KSB komputerowego programu doboru pomp EasySelcect* (dotyczy lit. e, j, m), po trzecie – wskazując, iż *pompy produkowane są z uwzględnieniem tolerancji wynikających z normy ISO 9906 i uwzględniając współczynniki tolerancji dla pomp produkowanych seryjnie wynoszą dla wydajności $\pm 9\%$, zaś dla wysokości podnoszenia $\pm 7\%$* (dotyczy lit. e, j, k, m), po czwarte – przedstawiając dane, że w danym przypadku rozbieżność mieści się w tym zakresie tolerancji, *co oznacza, iż parametry pompy podane w karcie doboru spełniają wymagania Zamawiającego oraz norm ISO* (dotyczy lit. e, j, k, m), po piąte – załączając oświadczenie producenta KSB z 17 listopada 2011 r. wskazujące na powyższe okoliczności (w pkt. 2, 3, 4, 6 odpowiednio do lit. e, g, j, m systematyki wezwania), po szóste – załączając nowe karty doboru urządzeń z danymi dla parametrów „H” i „Q” dokładnie odpowiadających wskazanym przez Zamawiającego (dotyczy lit. m). Natomiast dla pompy marki ABS z lit. c wezwania CARBOTECH, po pierwsze – oświadczył, że posiada ona parametry „H” i „Q”

dokładnie odpowiadające sprecyzowanym w załączniku nr 7 przez Zamawiającego, po drugie – załączył oświadczenie producenta Cardo Flow Solutions Poland sp. z o.o. (grupa SULZER) z 17 listopada 2011 r., po trzecie – załączył kartę katalogową bez daty (z wyjątkiem wskazania *Kontrola 2010-12-09*) z zaznaczonymi punktami pracy odpowiadającymi wymaganiom Zamawiającego.

Izba nadto ustaliła w zakresie wyjaśnień udzielonych przez CARBOTECH. Po pierwsze – w zakresie pompy KRT E-150 315/96UG-S z lit. g CARBOTECH, ściśle rzecz biorąc, wyjaśnił, iż *pompa wskazana w pozycji III.1 (obiekt nr 15 i 16) w załączniku nr 7 do IDW ma wydajność $Q=62$ l/s przy wysokości podnoszenia w przedziale 6-8 m, zgodnie z załączoną kartą katalogową*, w odpowiedzi na wezwanie sformułowane następująco: *czy urządzenie wskazane w poz. III.1 (obiekt nr 15 i 16) w załączniku nr 7 do IDW posiada wysokość podnoszenia $H=6-8m$ przy wydajności $Q=62$ l/s wskazanej w kolumnie 2 załącznika nr 7 do IDW, gdyż zgodnie z załączoną kartą katalogową zaproponowane przez Wykonawcę urządzenie ma wysokość podnoszenia $H=7,83$ przy wydajności $Q=61,327$ l/s.* Następnie, co prawda wyjaśnienia w zakresie lit. j wezwania znajdują potwierdzenie, a właściwie powtarzają treść pkt. 4 pisma z 17 listopada 2011 r. producenta KSB Pompy i Armatura sp. z o.o., to jednak nie załączono do nich nowej karty katalogowej wskazującej na uzyskiwanie przez oferowaną przez CARBOTECH w poz.V.2 (obiekt nr 37) pompę KRT E-150 315/96UG-S potwierdzonych w wyjaśnieniach parametrów Zamawiającego $H=9,0$ m i $Q=71$ l/s. Jednocześnie, co podniósł na rozprawie Odwołujący, wobec tego, iż w kartach katalogowych załączonych do oferty, jak to wskazał w wezwaniu Zamawiający, są parametry $H=7,83$ m i $Q=61,327$ l/s – nieprawidłowe są wyliczenia z wyjaśnień (powtórzone mechanicznie za wspomnianym pismem), iż *w opisanym przypadku rozbieżność wynosi jedynie dla wydajności 2,06%, natomiast dla wysokości podnoszenia 4.11%*, gdyż dla wysokości podnoszenia różnica wynosi 13%, a dla wydajności 13,62%. Wreszcie, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego sformułowane w lit. k (również dotyczące pompy KRT E-150 315/96UG-S): *wzywa się do wyjaśnienia czy urządzenie wskazane w poz. VI.1 (obiekt nr 38) w załączniku nr 7 do IDW posiada wysokość podnoszenia $H=7,5$ przy wydajności $Q= 80$ l/s wskazanej w kolumnie 2 załącznika nr 7 do IDW, gdyż zgodnie z załączoną kartą katalogową zaproponowane przez Wykonawcę urządzenie ma wysokość podnoszenia $H=7,83$ przy wydajności $Q=61,327$ l/s* – CARBOTECH odpowiedział następująco: *urządzenie wskazane w pozycji VI.1 (obiekt nr 38) w załączniku nr 7 do IDW posiada wydajność $Q=81,423$ l/s przy wydajności podnoszenia $H=7,77$, co zostało podane w ofercie i jest zgodne z warunkami Zamawiającego, załączając nową kartę doboru, uwzględniającą te parametry.*

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej

treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd (przytoczony również w odwołaniu), iż zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio – zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego – oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego co do zasady porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z., przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Nie budzi również wątpliwości, iż z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Nadto jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty, oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem jej zgodności z s.i.w.z., konkretyzacji przedmiotu oferty przez wskazanie konkretnych oferowanych rozwiązań – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią opisu zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności. Wobec tego dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne jest, czy Odwołujący wykazał, iż z treści oferty Przystępujących wynika zaoferowanie świadczenia nieodpowiadającego wymaganiom Zamawiającego, określonym w konkretnych postanowieniach s.i.w.z.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał skonkretyzowania niektórych urządzeń, które zostaną zastosowane przez wykonawców w ramach przebudowy oczyszczalni ścieków w Barlinku. Dotyczy to pomp i dmuchaw wskazanych w załączniku nr 7 do IDW, dla których Zamawiający sprecyzował wydajność w litrach na sekundę przy określonej wysokości podnoszenia (pompy) lub wydajność w m³ na godzinę przy określonym w mbarach podciśnieniu (dmuchawy), to jest odpowiednio parametry „Q” i „H” (pompy) oraz parametry „Q” i „p” (dmuchawy) wskazujące tzw. punkt pracy urządzeń. Zamawiający wskazał także dla takiego punktu pracy moc znamionową silnika w kW (parametr „N”) oraz wartość współczynnika $\cos \varnothing$ – wyłącznie w zakresie tych dwóch parametrów wymagając od wykonawców sprecyzowania ich wysokości dla oferowanych urządzeń, co było podstawą do wyliczenia mocy pozornej oferowanych urządzeń na potrzeby drugiego kryterium oceny ofert, które premiowało zmniejszenie jej sumy w stosunku do sumy mocy pozornych urządzeń założonych w projekcie przez Zamawiającego. Z postanowień IDW s.i.w.z. nie wynika *explicite* zakaz wykazania osiągnięcia wymaganych punktów pracy przez zaoferowanie urządzenia o wyższej niż założona przez Zamawiającego mocy znamionowej, co zresztą jak to poniżej wskazano, miało miejsce w przypadku wszystkich uczestników postępowania

odwoławczego. Zakaz taki wydaje się o tyle zbędny, że dobranie urządzenia o wyższej mocy znamionowej, nawet przy niskim współczynniku $\cos \emptyset$, wpływa niekorzystnie na ocenę oferty w kryterium zmniejszenia mocy pozornej. Gdyby parametr „N” miał mieć charakter sztywny, to zbędna byłaby rubryka na wpisanie mocy znamionowej silnika oferowanego przez wykonawcę urządzenia, a ewentualne zmiany mocy pozornej możliwe byłyby wyłącznie przez obniżenie współczynnika mocy $\cos \emptyset$. W rezultacie dopuszczalne było nawet zaoferowanie wyższej mocy pozornej niż założona przez Zamawiającego i to nie tylko dla danej pozycji, lecz wykazanie wyższej sumy mocy pozornej oferowanych urządzeń. Wynika to wprost z zamieszczonej na końcu załącznika nr 7 do IDW *Informacji dla wykonawców*, gdzie Zamawiający wskazując [a właściwie powtarzając za pkt. 25 IDW] *sposób obliczenia procentu (%) zmniejszenia mocy pozornej urządzeń stanowiących dostawę Wykonawcy dla wykonania przedmiotu zamówienia obliczony w stosunku do mocy pozornej urządzeń zaprojektowanych przez Zamawiającego (P): $P = [W-Z]/Z \times 100\%$ – zaznaczył jednocześnie, iż jeżeli obliczona przez Wykonawcę wartość „W” będzie większa od podanej przez Zamawiającego wartości „Z” to oferta Wykonawcy w kryterium „M” opisanym w pkt. 25 IDW otrzyma 0,000 pkt.*

W ocenie Izby w niniejszej sprawie treść oferty w zakresie oferowanych urządzeń stanowią wymagane przez Zamawiającego informacje, które wykonawcy samodzielnie mieli wpisać w treści załącznika nr 7 do IDW: typ urządzenia, moc znamionowa jego silnika i współczynnik mocy $\cos \emptyset$ odpowiadający tej mocy (a także dalsze wyliczenia, które mieli przeprowadzić aż do wyliczenia sumy mocy pozornych oferowanych urządzeń i procentowego wskaźnika jej zmniejszenia w stosunku do mocy pozornej założonej przez Zamawiającego). Z kolei sprecyzowana w tym zakresie przez wykonawców treść oferty powinna znajdować oparcie w wymaganych przez Zamawiającego na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp kartach katalogowych, jak to wprost Zamawiający wskazał w przytoczonych powyżej wyjaśnieniach treści s.i.w.z. O ile zatem nieuprawnione jest, jak chciałby Odwołujący Konsorcjum EGBUD, upatrywanie wyłącznie w tych dokumentach treści oferty, o tyle nie do zaakceptowania jest również sytuacja, w której oświadczenie woli wyrażone w załączniku nr 7 do IDW nie znajduje pokrycia w dokumencie dotyczącym wymagań przedmiotowych, którego złożenie było w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego obligatoryjne. Jednakże okoliczność, iż żądane karty katalogowe można jedynie zaklasyfikować jako dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, nie przesądza w przedmiotowym postępowaniu, wbrew stanowisku Przystępujących na rozprawie, o możliwości nieograniczonego korzystania z instytucji wezwania do uzupełnienia dokumentów przewidzianej w art. 26 ust. 3 pzp. Izba podziela bowiem wyrażony w piśmiennictwie pogląd o konieczności uwzględnienia korelacji pomiędzy prawem wykonawcy do uzupełnienia

dokumentów, a zakazem dokonywania przez niego zmiany treści złożonej oferty, wynikającym z art. 87 ust. 1 pzp: *...przepisy o dokumentach dotyczących jakości przedmiotu zamówienia – art. 25 ust. 1, procedura ich uzupełnienia – art. 26 ust. 3 oraz przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów nie mogą być rozumiane i właściwie stosowane w oderwaniu od oferty. Ich składanie i możliwość uzupełnienia została co prawda uregulowana szczegółowo w art. 26 ust. 3, ale nie może prowadzić do naruszania norm odnoszących się do niezmienności zobowiązania zawartego w ofercie. Możliwe jest więc uzupełnianie dokumentów i oświadczeń, które potwierdzają np. jakość materiałów zaoferowanych, ale nie jest już możliwa zamiana tych materiałów. Dokumenty te nie służą bowiem opisaniu oferowanego produktu, lecz wyłącznie potwierdzeniu cech jakościowych produktu opisanego w ofercie.* [cyt. za Janusz Dolecki, *Dokumenty wskazane przepisami art. 25 ust. 1 pkt 2*, w: *Zamówienia Publiczne – Doradca*, Nr 9/2010]. Przenosząc to stanowisko na grunt okoliczności niniejszej sprawy, należy uznać za dopuszczalne uzupełnienie w następujących przypadkach: po pierwsze – w ogóle niezłączenia do oferty karty katalogowej, po drugie – załączenia niekompletnej karty katalogowej, po trzecie załączenia karty katalogowej z błędem, przy czym punktem odniesienia dla stwierdzenia zaistnienia tych dwóch ostatnich sytuacji winna być wymagana przez Zamawiającego treść oświadczenia woli wykonawcy w zakresie typu oferowanego urządzenia, mocy znamionowej jego silnika, czy współczynnika $\cos \emptyset$ tego silnika, wyrażona przez niego w drodze wypełnienia załącznika nr 7 do IDW.

Z kolei dopuszczalna jest również korekta tego oświadczenia woli wyrażonego w załączniku nr 7 do IDW polegająca na poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp, a nawet zmiana jego treści na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, co wprost dopuszcza przepis art. 87 ust. 1 pzp w drodze wyjątku od zasady niezmienności treści złożonej oferty. Należy jednak pamiętać, iż w tym ostatnim przypadku, jak to już wskazano powyżej, punktem wyjścia jest zaistnienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., a nie wyłącznie rozbieżności wewnętrznej dokumentów oferty, to jest rozbieżność pomiędzy treścią załącznika nr 7 a załączonymi kartami katalogowymi. Dodatkowym czynnikiem ograniczającym wprowadzanie zmian w treści złożonych ofert w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, jest ryzyko naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp. Ponieważ skonkretyzowane przez wykonawców w treści załącznika nr 7 moc znamionowa i współczynniki $\cos \emptyset$ silników oferowanych urządzeń służyły do ustalenia premii punktowej za obniżenie mocy pozornej oferowanych urządzeń, wielce ryzykowne wydaje się po otwarciu ofert i możliwości zapoznania się z treścią ofert konkurencyjnych dopuszczenie do zmian w tym zakresie poprawiających punktację oferty danego wykonawcy, zwłaszcza w sytuacji gdyby miało prowadzić do zmian rankingu ofert wynikającego z odczytanych podczas publicznego

otwarcia ofert współczynnika procentowego zmniejszenia mocy pozornej.

W niniejszej sprawie dodatkowo sytuację komplikuje fakt, iż choć Zamawiający w ogóle nie odwoływał się do przepisu art. 26 ust. 3 pzp, to jednak w rezultacie kierowanych przez niego w trybie art. 87 ust. 1 pzp wezwań do wyjaśnień treści oferty – *de facto* karty katalogowe były przez Przystępujących uzupełniane i zostały uwzględnione przy weryfikowaniu ofert. Izba zważyła także, iż w odwołaniu Konsorcjum EGBUD zarzuciło niezgodność niektórych z oferowanych przez Przystępujących pomp wyłącznie w zakresie parametrów „Q” i „H” wyznaczających oczekiwany przez Zamawiającego punkt pracy, a nie np. mocy znamionowej przekraczającej wymaganą przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła bezpodstawność zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Dorbud z uwagi na zarzucaną niezgodność parametrów „Q” i „H” którejkolwiek z 5 spornych pomp z wymaganiami Zamawiającego w tym zakresie. Zadeklarowane w załączniku nr 7 przez Konsorcjum DORBUD osiągnięcie punktów pracy dokładanie takich, jak oczekiwał Zamawiający, zostało ostatecznie potwierdzone złożonymi wyjaśnieniami oraz załączeniem kompletu kart katalogowych odzwierciedlających te dane. W ocenie Izby również zmiana w 4 przypadkach rozmiaru wirnika (nie uległ zmianie rozmiar wirnika jedynie w poz. III.1), a nawet korekta przebiegu krzywych pracy w stosunku do kart katalogowych załączonych pierwotnie do oferty – nie może być uznana za niedopuszczalną zmianę treści oferty, co Odwołujący zaczął zresztą podnosić dopiero na rozprawie. Oferta dotyczy bowiem niezmiennie typów urządzeń wskazanych w załączniku nr 7, cechujących się parametrami tam skonkretyzowanymi, a uzupełniono jedynie dokumenty potwierdzające osiągnięcie zadeklarowanych od początku w ofercie punktów pracy wymaganych przez Zamawiającego. Rozmiar wirnika nie był elementem objętym zakresem wymaganego przez Zamawiającego doprecyzowania treści oferty. Odwołujący nie podnosił, ani nie dowiódł, że dane oznaczenie typu pompy wskazuje jednoznacznie na rozmiar wirnika, wobec tego brak podstaw do stwierdzenia, iż zaoferowano pompy z wirnikami niepozwalającymi na osiągnięcie wymaganych parametrów. Co równie istotne, korekty rozmiarów wirników w uzupełnionych kartach katalogowych nie wpłynęły na punktację w ramach drugiego kryterium oceny ofert.

Choć w przypadku oferty CARBOTTECH Izba nie stwierdziła podstaw do definitywnego jej uznania za niezgodną z s.i.w.z., co było przedmiotem zarzutu odwołania, to jednak Zamawiający przedwcześnie zakończył badanie tej oferty w zakresie pompy KRT E-150 315/96UG-S zaoferowanej w poz. V.2 wypełnionego załącznika nr 7 do IDW. Wykonawca potwierdzając w wyjaśnieniach osiągnięcie przez ten typ pompy wymaganego punktu pracy wyznaczonego przez $H=9,0$ m i $Q=71$ l/s, nie załączył do nich z własnej inicjatywy karty katalogowej. Biorąc pod uwagę powyżej przytoczone i omówione

postanowienia s.i.w.z., Zamawiający nie miał żadnych podstaw do odstąpienia od egzekwowania potwierdzenia zgodności oferowanych parametrów w karcie katalogowej. Zważając, że nie było w tym zakresie formalnego wezwania do uzupełnienia dokumentu, Zamawiający winien dokonać stosownego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Konieczność weryfikacji w tym zakresie jest tym bardziej uzasadniona w sytuacji oferowania przez CARBOTECH tego samego typu pompy w kilku pozycjach dla punktów pracy o znacząco od siebie odbiegających parametrach „Q” i „H”.

Pozostałe trzy wątpliwości w ocenie Izby należy przesądzić na korzyść prawidłowości oferty Przystępującego CARBOTECH. Najpoważniejszą z nich spowodowały wyjaśnienia udzielone przez CARBOTECH w zakresie pozycji VI.1, gdyż wbrew ich literalnej treści, ani na podstawie sposobu wypełnienia przez niego załącznika nr 7 do IDW, ani z załączonych do niej kart katalogowych nie wynikało, iż oferowany także w tej pozycji typ pompy KRT E-150 315/96UG-S posiada wydajność $Q=81,423$ l/s przy wysokości podnoszenia $H=7,77$ m. Natomiast to, jakie informacje można było wywieść z dokumentów złożonej oferty, adekwatnie wskazał w pkt. 1 lit. k pisma z 29 grudnia 2011 r. Zamawiający. Izba zważyła, iż zadeklarowane ostatecznie przez CARBOTECH parametry, potwierdzone także załączoną do wyjaśnień kartą katalogową, nie odbiegają w sposób istotny od sprecyzowanych przez Zamawiającego (wydajność $Q=80$ l/s przy wysokości podnoszenia $H=7,5$ m). Izba zważyła bowiem, że za niesporną między Stronami należy uznać okoliczność konieczności uwzględnienia normy PN-EN ISO 9906:2002 *Pompy wirowe. Badania odbiorcze parametrów hydraulicznych. Klasy dokładności 1 i 2*, która dopuszcza tolerancję pomiarową pomp wykonywanych seryjnie: $Q \pm 9\%$, $H \pm 7\%$, skoro nie tylko Przystępujący CARBOTECH, ale i Odwołujący Konsorcjum EGBUD wielokrotnie odwoływali się do niej w swoich wyjaśnieniach. Odwołujący nie może zatem czynić zarzutu Zamawiającemu z tego, że uwzględnił tę okoliczność również względem Przystępującego CARBOTECH. Na tej samej zasadzie Odwołujący nie może skutecznie podważać prawidłowości zaoferowania przez CARBOTECH w poz. III.1 pompy KRT E-150 315/96UG-S, gdyż również w swoich wyjaśnieniach odnoszących się do tej pozycji powoływał się na to, iż wymagana wskazana w karcie katalogowej wysokość podnoszenia mieści się w zadanym przedziale i umożliwi osiągnięcie przez pompę wymaganej wydajności. Wreszcie fakt rozminięcia się przez CARBOTECH z rzeczywistością w zakresie odwoływania się do tolerancji wielkości pomp produkowanych seryjnie przy wyjaśnianiu poz.V.2, nie będzie miał znaczenia w razie uzupełnienia karty katalogowej potwierdzającej spełnienie wymaganych i potwierdzonych, na razie jedynie wyjaśnieniami, parametrów.

IV. Zarzut odwołania Konsorcjum EGBUD dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art.

89 ust. 1 pkt 2 i 6 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego Konsorcjum DORBUD z uwagi na błędy w kosztorysie ofertowym – uznano za niezasadne.

Skład orzekający Izby ustalił, iż w zakwestionowanych w odwołaniu pozycjach kosztorysów ofertowych Konsorcjum Dorbud opis różni się od zawartego w odpowiadających im pozycjach przedmiaru robót wyłącznie brakiem dopisania w nawiasie: $RMS=5$ lub $R=5; M=5, S=5$. Izba stwierdziła także, iż ponieważ zakresem zarzutu nie jest objęte ewentualne zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia w tym zakresie kosztorysów ofertowych Konsorcjum Dorbud, nie mogło być to zatem obiektywnie substratem dla deklarowanej przez Zamawiającego chęci częściowego uznania zarzutów odwołania.

Wobec braku podania jakichkolwiek innych okoliczności i dowodów na ich poparcie, za nieudowodnione należy uznać twierdzenie zawarte w odwołaniu, iż z treści oferty Konsorcjum Dorbud wynika wskazanie ceny tylko za część świadczenia polegającego na transporcie objętego tymi pozycjami. Konsorcjum Dorbud wskazało cenę jednostkową i wartość dla każdej z tych pozycji, z samego faktu niezawarcia w opisie krotności nakładów, nie jest wystarczające dla stwierdzenia, iż przy wycenie tych pozycji nie zostały one uwzględnione w odpowiedniej wysokości. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów wskazujących, iż konkretnie wpisane w tych pozycjach ceny jednostkowe i wartości są zaniżone, nie obejmują całości czynności wynikających z opisu pozycji, wywodząc swój zarzut wyłącznie z braku powyżej wskazanych dopisków. Zupełnie bezpodstawne jest twierdzenie o nieuczynieniu zadość wymaganiom pkt 24 IDW, skoro kwota wskazana w formularzu oferty Konsorcjum Dorbud odzwierciedla kwotę wynikającą z wycenionego przedmiaru robót. Zważając, iż tylko na tych okolicznościach opiera się zarzut odwołania niezgodność treści oferty Konsorcjum Dorbud z treścią s.i.w.z., Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Podsumowując rozstrzygnięcie w zakresie zarzutów uznanych za zasadne, Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, co musi obejmować, z punktu widzenia zakresu podniesionych w odwołaniu i uwzględnionych zarzutów, po pierwsze – anulowanie poprawienia oferty Konsorcjum Dorbud w zakresie mocy znamionowej urządzenia wskazanego w poz. IX.1 załącznika nr 7, co oznacza oczywiście konieczność uwzględnienia konsekwencji tego dla dalszych wyliczeń. Po drugie – Zamawiający ma obowiązek wezwać w trybie art. 26 ust. 3 pzp CARBOTECH do uzupełnienia brakującej karty katalogowej potwierdzającej spełnianie żądanych parametrów przez urządzenie zaoferowane w poz. V.2 załącznika nr 7.

Dla osiągnięcia celu postępowania jakim jest zawarcie ważnej umowy niepodlegającej unieważnieniu Zamawiający przy powtórzonych czynnościach winien

rozważyć kompleksowo prawidłowość dotychczas prowadzonego badania i oceny ofert. Przede wszystkim chodzi o upewnienie się przez Zamawiającego, że ocenia we wszystkich ofertach parametry podane w taki sam sposób. O ile bowiem wyliczanie mocy pozornej zespołu urządzeń przez sumowanie mocy pozornej silników cechujących się różnym współczynnikiem $\cos \varnothing$ jest tylko niepoprawne metodologicznie z punktu widzenia zasad wiedzy technicznej, o tyle rzeczywistym problemem jest brak pewności, czy wykonawcy w ten sam sposób rozumieli obowiązek podania mocy znamionowej i współczynnika $\cos \varnothing$ przy wypełnianiu załącznika nr 7 do IDW. Enigmatyczność wymagania Zamawiającego odnośnie wskazania mocy znamionowej silnika i jego $\cos \varnothing$ w powiązaniu z podanymi parametrami „Q” i „H” (pompy) lub parametrami „Q” i „p” (dmuchawy) powoduje, iż nie wiadomo, czy jest to nominalna moc znamionowa silnika jako taka czyli maksymalna osiągnięta, czy też moc znamionowa, jaką cechuje się ten silnik przy wskazanej konkretnie wartości pozostałych dwóch parametrów, czyli we wskazanych tzw. punktach pracy. Ma to kluczowe znaczenie, gdyż, co potwierdzają wykresy krzywych silnikowych zamieszczone w niektórych kartach katalogowych, współczynnik $\cos \varnothing$ nie ma charakteru liniowego i zmienia się w zależności od aktualnego obciążenia silnika, czyli inaczej się kształtuje dla mocy nominalnej silnika i jak silnik ten nie pracuje pod pełnym obciążeniem. Ponieważ Zamawiający opisał punkty pracy dla urządzeń projektowanych trzema parametrami (moc silnika „N” i wydajność „Q” przy wysokości podnoszenia „H” dla pomp lub wydajność „Q” przy różnicy ciśnień „p” dla dmuchaw) wynika z tego logiczny wniosek, że podana wysokość parametru $\cos \varnothing$ odnosi się do podanej wartości parametru „N”, a oba dotyczą punktu pracy wyznaczonego przez pozostałe dwa parametry. Natomiast wykonawcy generalnie wskazywali, np. dla oferowanych pomp maksymalną moc znamionową silnika i odpowiadającą jej wartość współczynnika $\cos \varnothing$, choć z załączonych kart katalogowych niejednokrotnie wynika, iż dla wymaganego przez Zamawiającego punktu pracy wyznaczonego parametrami „Q” i „H” w użyciu jest niższa moc znamionowa. Ponieważ jednak wartość współczynnika $\cos \varnothing$ nie jest stała dla różnej mocy silnika, niekoniecznie wskazanie tej niższej mocy, aktualnej właśnie dla tego punktu pracy, korzystnie wpłynęłoby na wykazanie obniżenia mocy pozornej oferowanych urządzeń.

Co gorsze, Zamawiający na etapie badania ofert zachowywał się niejednolicie. Z jednej strony w stosunku do Konsorcjum EGBUD wraził następującą wątpliwość w pkt. 3 lit. b wezwania do wyjaśnień z 29 grudnia 2011 r. (pismo L.dz. 1559/JRP/TB/2011): *czy prawdziwy jest parametr podany w kol. 9 w załączniku nr 7 do IDW dla urządzenia wskazanego w poz. 1.3 (obiekt nr 7 i 8), w związku z rozbieżnościami w zakresie mocy znamionowej silnika urządzenia pomiędzy załącznikiem nr 7 do IDW a kartą katalogową (tj. 11,8 kW) oraz potwierdzenia, że na etapie realizacji zostanie dostarczone urządzenie o*

parametrach podanych w załączniku nr 7 do IDW. W odpowiedzi Odwołujący wytłumaczył (pismo z 3 stycznia 2012 r.), co następuje: Na etapie realizacji, zaproponowane przez nas urządzenie będzie spełniać warunek wskazany w IDW. W tabeli załącznika nr 7 IDW, w poz. 1.3 wpisano wartość mocy czynnej urządzenia tj. 11 kW jako parametr, który na pewno zostanie spełniony. Przy podnoszeniu na wymaganą wysokość 17, zapotrzebowanie mocy urządzenia jako kompletu wynosi 9,13kW, a zastosowany napęd będzie wykorzystany tylko w 77% swojej wartości znamionowej. Moc czynna silnika 11,8kW, którą można odczytać z karty katalogowej jest wykorzystywana tylko w przypadku obciążenia 100%, co nie będzie miało miejsca. Do czego zatem się odnosi podany współczynnik $\cos \emptyset$? Z drugiej strony samo wskazanie przez wykonawców wyższej mocy znamionowej niż projektowana nie wzbudzało wątpliwości Zamawiającego i nie było przedmiotem wezwania do wyjaśnień: Konsorcjum Dorbud, za wskazanie w pozycjach: V.1 mocy 7 kW i $\cos \emptyset$ 0,83 [skorygowany później na 0,82] – Zamawiający: 5,5 kW i 0,85, VIII.2 mocy 1,8 i $\cos \emptyset$ 0,84 [skorygowano później na 0,83] – Zamawiający: 1,5 kW i 0,83; CARBOTECH, za wskazanie w pozycjach: II.1 mocy 3,5 i $\cos \emptyset$ 0,84 – Zamawiający: 2,8 kW i 0,70, II.2 mocy 3,7 i $\cos \emptyset$ 0,88 – Zamawiający: 3 kW i 0,76, VI.2 mocy 1,3 i $\cos \emptyset$ 0,79 – Zamawiający: 1,2 kW i 0,74.

Odrębnym problemem jest wątpliwa adekwatność przeprowadzonej oceny ofert w zakresie poz. III.2. Zamawiający wpisał w tej pozycji: pompa osadu nadmiernego $Q=60\text{ l/s}$ $H=8,5\text{ m}$ $N=3,0\text{ kW}$ oraz $\cos \emptyset$ 0,79. Konsorcjum Dorbud wskazało w tej pozycji urządzenie o mocy znamionowej 9,0 kW i $\cos \emptyset$ 0,81 i kwestia mocy wskazanego urządzenia nie była przedmiotem wyjaśnień ze strony Zamawiającego (choć skorygowano współczynnik $\cos \emptyset$ na 0,79). Natomiast CARBOTECH wskazał w tej pozycji urządzenie o mocy 3,1 i $\cos \emptyset$ 0,82, a Zamawiający sformułował w lit. h pisma z 29 grudnia 2011 r. wezwanie do potwierdzenia, że wskazane w poz. III.2 (obiekt nr 15 i 16) w załączniku nr 7 do IDW urządzenie typ: AMAREX NF 65-170/032ULG-128, dostarczone na etapie realizacji zamówienia, będzie posiadało wydajność $Q=60\text{ l/s}$ i wysokości podnoszenia 8,5m, przy mocy znamionowej silnika urządzenia 3,1 kW, gdyż z kart katalogowej dla deklarowanego urządzenia wynika, iż zaproponowane przez Wykonawcę urządzenie ma wysokość podnoszenia $H=9,06\text{ m}$ przy wydajności $Q=10,326\text{ l/s}$. W wyjaśnieniach z 4 stycznia 2012 r. CARBOTECH oświadczył, iż w opisie pozycji III.2 (obiekt nr 15 i 16) nastąpiła oczywista omyłka wynikająca z błędnego opisu przedmiotowej pompy dokonanego przez Zamawiającego. Według wiedzy wykonawcy nie istnieje pompa o parametrach wyspecyfikowanych przez Zamawiającego a mianowicie posiadająca jednocześnie wydajność $Q=60\text{ l/s}$, wysokość podnoszenia $H=8,5$ oraz moc znamionową silnika 3 kW. Wykonawca wpisując dane oferowanego urządzenia kierował się przede wszystkim parametrem mocy silnika, gdyż ten parametr wydawał się najważniejszy dla Zamawiającego, na co wskazuje fakt, iż ma on być oceniany w kryterium oceny ofert.

Natomiast na identyczne wezwanie w zakresie tej samej pozycji (pkt. 8 pisma z 29 grudnia 2011 r.) Konsorcjum EGBUD w piśmie z 4 stycznia 2012 r. wyjaśniło, co następuje: *W tabeli nr 7 Zamawiający wpisał „Pompa osadu nadmiernego $Q=60\text{l/s}$, $H=8,5\text{m}$, $N=3,0\text{kW}$, natomiast w projekcie znajdują się następujące dane: 1) wg opisu Projekt Wykonawczy „Przepompownia recyrkulacyjna” str. 3 i 4 wydajność pompy osadu nadmiernego wynosi 10l/s ; zgodnie z zapisami w projekcie należy wymienić pompy na takie same. 2) wielkość zagęszczacza ($A=4,5\times 4,5\text{m}$) uniemożliwia podawanie osadu z wydajnością 60l/s 3) pompa o wydajności 60l/s i $H=8,5\text{m}$, nie może mieć mocy $3,0\text{kW}$. Po analizie rozbieżności między projektem technicznym, a tabelą załącznika nr 7 IDW, uznaliśmy, iż dokumentacja projektowa stanowi Opis Przedmiotu Zamówienia w rozumieniu art. 29-31 ustawy prawo zamówień publicznych. Tym samym uznając zakres zobowiązań Wykonawcy, przyjęliśmy za wiążące zapisy dokumentacji projektowej. Z wyżej wymienionych względów dobrano pompę zgodnie z projektem technicznym o parametrach $Q=10\text{l/s}$, $H=8,5$, $N=3,1\text{kW}$. O ile pozostawienie w tym zakresie wszystkich tych ofert bez zmian i uznanie ich za prawidłowe stanowi formę przyznania się Zamawiającego do popełnionego błędu, uniemożliwiającego stwierdzenie któregośkolwiek z „wariantów” za niezgodny z treścią s.i.w.z, o tyle nie rozwiązuje to problemu porównania ofert w ramach kryterium punktującego zmniejszenie mocy pozornej oferowanych urządzeń. W oczywisty sposób pozostawienie status quo powoduje skutki niekorzystne dla Konsorcjum Dorbud, które, jak się okazało niepotrzebnie, usiłowało zachować parametry punktu pracy wskazanego przez Zamawiającego w załączniku nr 7 do IDW, przez co wykazało zastosowanie silnika o 3 razy większej mocy silnika niż w przypadku Konsorcjum EGBUD i CARBOTECH, a tym samym wykazało w tej pozycji zamiast zmniejszenia znaczne zwiększenie mocy pozornej w stosunku do założonej przez Zamawiającego opartej na trzykrotnie niższej mocy znamionowej silnika*

Wobec stwierdzenia w obydwu sprawach naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp: art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisami § 6 w zw. z § 3 pkt. 1 i 2 oraz w zw. z § 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 w obydwu sprawach tymi

**Sygn. akt: KIO 120/12
KIO 143/12**

kosztami, na które złożyły się: uiszczone przez Odwołujących wpisy oraz ich uzasadnione koszty w postaci wynagrodzeń pełnomocników w kwocie po 3600 zł, a także w przypadku Odwołującego Konsorcjum EGBUD koszty noclegu dwóch osób w wysokości 429 zł, w każdym przypadku udokumentowane złożonymi do akt rachunkami, zgodnie z § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia. Z uwagi na zmianę przez Zamawiającego na rozprawie stanowiska w stosunku do złożonych przed posiedzeniem oświadczeń o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołań, Izba uznała, iż nie znajduje zastosowania regulacja wynikająca z przepisu art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy pzp, przewidująca obciążenie kosztami postępowania wnoszących sprzeciw.

Przewodniczący: