

Jelonek, dnia 14 kwietnia 2021 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17 a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Sośnie
ul. Wielkopolska 47, 63-435 Sośnie
tel. (62) 739 39 33
e-mail: sosnie@sosnie.pl

Odwołujący:

Konsorcjum wykonawców
PTB NICKEL Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum
PTB NICKEL Technologia Sp. z o.o. – Partner Konsorcjum
Jelonek k/Poznań, ul. Obornicka 6B, 62-002 Suchy Las
Przedstawiciel: Michał Nickel – Prezes Zarządu
KRS 0000177257 oraz 0000442508
numer telefonu: +48 61 8 95 68 00
e-mail: ptbnickel@nickel.com.pl

O D W O Ł A N I E

Działając w imieniu konsorcjum wykonawców PTB NICKEL Sp. z o.o. oraz PTB NICKEL Technologia Sp. z o.o. (dalej zwanej jako „**NICKEL**” lub „**Odwołujący**”) na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm. zwana dalej „**ustawą nPzp**”) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) składam niniejszym odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności oraz zaniechań czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Gminę Sośnie na budowę, rozbudowę i przebudowę oczyszczalni ścieków w Sośniach. Numer postępowania: ZP.271.20.2020.

Odwołujący, uwzględniając brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm. zwana dalej „**ustawą Pzp**”):

- **art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INSTALATORSTWO C.O. WOD-KAN I GAZOWE Marek Kowalski (zwany dalej wykonawcą INSTALATORSTWO Marek Kowalski) pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie w jakim wykonawca powołując się na rozwiązania równoważne opisywane przez Zamawiającego nie wykazał, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego;
- **art. 26 ust. 3 ustawy Pzp** poprzez bezzasadne wezwanie wykonawcy INSTALATORSTWO Marek Kowalski do uzupełnienia Specyfikacji technicznej dostarczanych materiałów / urządzeń celem wykazania, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie równoważności;
- **art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INSTALATORSTWO Marek Kowalski pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie w jakim oferowane przez wykonawcę dostawy nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego;
- **art. 26 ust. 3 ustawy Pzp** poprzez bezzasadne zaniechanie wezwania wykonawcy INSTALATORSTWO Marek Kowalski do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału osobowego (z ostrożności procesowej);

i tym samym dokonaniem wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe zarzuty, wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie przez Izbę unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy INSTALATORSTWO Marek Kowalski lub też ewentualnie do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wraz z ponowieniem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie w toku postępowania odwoławczego dowodów z dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania. Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 575 ustawy nPzp.

Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy nPzp przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, na dowód czego składam potwierdzenie jej przekazania.

I. Ogłoszenie o zamówieniu.

W dniu 23 grudnia 2020 roku zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 771491-N-2020 ogłoszenie Zamawiającego o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej progów unijnych na budowę, rozbudowę i przebudowę oczyszczalni ścieków w Sośniach. Numer postępowania: ZP.271.20.2020.

II. Legitymacja do wniesienia odwołania.

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy nPzp ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INSTALATORSTWO Marek Kowalski pozbawia nas możliwości wykonywania przedmiotu zamówienia. Oferta konsorcjum wykonawców PTB NICKEL byłaby bowiem w takim przypadku ofertą najkorzystniejszą. Wadliwe czynności oraz zaniechania Zamawiającego godzą w nasze uzasadnione interesy oraz skutkują powstaniem szkody w postaci braku możliwości zawarcia umowy oraz realizacji przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania. Należy także podkreślić, iż choć cena oferty Odwołującego przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to nie pozbawia to Odwołującego interesu we wniesieniu niniejszego odwołania¹. Nie pozbawia także możliwości wniesienia odwołania ewentualny brak związania ofertą przez wykonawcę wnoszącego odwołanie ze względu na brak samodzielnego przedłużenia tego terminu. Zgodnie bowiem z treścią art. 89 ust. 1 pkt 7a zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Jak zauważa Izba²: „*kwestia rozbieżności w zakresie skutków związania ofertą zostało przesądzone przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który postanowieniem z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie Saferoad Grawil et Saferod Kabex o sygnaturze akt: C35/17, wydanym w trybie prejudycjalnym, przesądził, iż zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej ani z przepisów obowiązującego prawa. Omawiane postanowienie Trybunału oznacza zatem, że nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty wykonawcy, jeżeli podstawa odrzucenia nie wynika wprost z przepisów prawa. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają przesłanki zobowiązującej zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą. Nie zawierają również regulacji zobowiązującej wykonawców do utrzymywania stanu*

¹ Tak przykładowo Izba w wyroku z dnia 27 stycznia 2020 roku sygn. akt KIO 51/20, czy w wyroku z dnia 29 listopada 2017 roku sygn. akt KIO 2130/17.

² Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2021 roku sygn. akt: KIO 85/21

związania ofertą z równoczesnym jej zabezpieczeniem przez cały okres trwania postępowania przetargowego, jak również nie wyłączają możliwości wyboru oferty wykonawcy, który nie utrzymywał stanu związania ofertą przez cały okres trwania postępowania przetargowego”.

Podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 czerwca 2015 r., XXIII Ga 729/15, a także przykładowo wyroki KIO z 30 października 2019 r. sygn. KIO 2104/19, z 3 lipca 2020 r. sygn. KIO 710/20, z 1 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 815/20, z 13 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1063/20, z 27 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1356/20, z 26 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1554/20 i KIO 1572/20, z 6 listopada 2020 r. sygn. KIO 2593/20, z 20 stycznia 2021 r. sygn. KIO 3451/20. Innymi słowy³: „Brak jest podstaw do stwierdzenia, że ewentualne przerwanie terminu związania ofertą lub jego upływ przesądza o braku możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej”. Jak słusznie dodała Izba w kolejnym wyroku⁴: „... W konsekwencji nie można uznać, że wykonawca, który złożył ofertę, nawet jeśli ta oferta nie pozostaje już w terminie związania, nie jest wykonawcą uprawnionym do wniesienia odwołania. (...) Trudno zatem odmówić odwołującemu interesu we wniesieniu przedmiotowego odwołania, skoro gdyby w ocenie odwołującego zamawiający prawidłowo zbadał ofertę konkurencyjną, to by jej nie wybrał, a wybrałby odwołującego. Ten wybór mieściłby się zatem w terminie związania ofertą odwołującego i dawałby mu szansę na uzyskanie zamówienia”. Zatem Odwołujący posiada przez interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

III. Termin na wniesienie odwołania.

O wyborze ofert najkorzystniejszych oraz o odrzuceniu naszej oferty dowiedzieliśmy się z pisma z dnia 9 kwietnia 2021 roku. Odwołujący wniósł zatem niniejsze odwołanie z zachowaniem 5 - dniowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy nPzp.

Uzasadnienie

Tytułem wstępu należy zauważyć, iż Zamawiający wskutek przyjętego sposobu wykonywania czynności w postępowaniu przetargowym znacząco utrudnił możliwość weryfikacji poprawności podejmowanych przez Zamawiającego czynności. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została nam przekazana w piątek 9 kwietnia br. o godzinie 15.05 (po zakończeniu pracy Urzędu). W poniedziałek w godzinach przedpołudniowych Odwołujący przekazał wniosek o udostępnienie kopii korespondencji prowadzonej pomiędzy wykonawcą INSTALATORSTWO Marek Kowalski, a Zamawiającym. Przedmiotową korespondencję otrzymaliśmy dopiero we wtorek, a zatem w przeddzień upływu terminu na składanie ewentualnego odwołania.

³ Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2019 r. sygn. akt: KIO 1249/19

⁴ Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2020 r. sygn. akt: KIO 3281

W naszej ocenie zarówno wysłanie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w piątek po południu, jak i opóźnianie przekazania kopii dokumentacji przetargowej stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Niemniej w tym zakresie nie podnosimy zarzutów.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty INSTALATORSTWO Marek Kowalski oraz bezzasadnego wezwania do uzupełnienia dokumentów (równoważność).

- (1) Przedmiotem udzielanego zamówienia jest budowa, rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Sośniach. Zakres prac obejmuje wykonawstwo robót budowlanych wraz z dostawami i montażem urządzeń, rozruchem technologicznym, przeszkoleniem pracowników, wykonaniem dokumentacji powykonawczej, przeprowadzeniem prób eksploatacyjnych oraz uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.
- (2) Zamawiający w punkcie 3.16 s.i.w.z. zastrzegł, iż w każdym przypadku użycia w opisie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do materiałów lub urządzeń znaków towarowych patentów lub pochodzenia dopuszcza on oferowanie rozwiązań równoważnych. Przy czym jeżeli wykonawca zaoferuje rozwiązanie równoważne obowiązany jest wykazać w ofercie, że proponowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego **poprzez wypełnienie załącznika nr 1 do s.i.w.z. pt. Specyfikacja techniczna dostarczanych materiałów / urządzeń**. W punkcie 3.17 s.i.w.z. zastrzeżono, iż ocena możliwości zastosowania proponowanego urządzenia lub rozwiązania równoważnego powinna zawierać minimum analizę parametrów technicznych proponowanych urządzeń lub rozwiązań, zgodność parametrów technologicznych, rozwiązań konstrukcyjnych, ciężaru urządzeń etc. **Zamawiający zastrzegł w tym samym punkcie, iż brak wykazania równoważności oferty będzie skutkować odrzuceniem oferty.**
- (3) Ponadto Zamawiający w punkcie 3.17 s.i.w.z. określił parametry równoważności między innymi w zakresie technologii pracy, średnic wlotów / wylotów, wydajności, ciśnienia, masy, mocy zainstalowanej, klasy szczelności etc. W każdym przypadku określono szczegółowe odstępstwa od cech urządzenia referencyjnego. Zgodnie SWZ 3.17 Parametry równoważności, Inwestor ustalił następujące kryteria oceny równoważności **dla urządzeń**:
 - technologia pracy tożsama
 - średnica wlotów/wylotów tożsame
 - wydajność/przepustowość nie więcej niż $\pm 1,5\%$
 - ciśnienia/wysokość podnoszenia tożsame
 - masa urządzenia nie więcej niż $+ 10\%$
 - moc zainstalowana nie więcej niż $+10\%$
 - zużycie mediów nie więcej niż $+ 1\%$

- typ ochrony nie gorszy
 - klasa szczelności nie gorsza
 - wykonanie materiałowe nie gorsze
 - zabezpieczenie antykorozyjne nie gorsze
 - uzyskiwanie efekty technologiczne nie gorsze
 - pozostałe zgodnie z dokumentacją techniczną
- (4) W załączniku nr 1 Zamawiający dodał, iż „w kolumnach 7-10 – **podać pełny opis oferowanego materiału/urządzenia w odniesieniu do wymagań z opisu przedmiotu zamówienia. Nie dopuszcza się pozostawianie pustych miejsc opisowych lub innych sposobów potwierdzania, np. „TAK”.** Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia ściśle określono wartość parametru, lub użyto określeń minimum („min.”), maksimum („max.”, „do”) należy wpisać dokładne parametry dla poszczególnych pozycji oferowanego materiału/urządzenia”.
- (5) Żaden z wykonawców w toku postępowania przetargowego nie zakwestionował brzmienia powyższych postanowień s.i.w.z. Tym samym miały one charakter wiążący.
- (6) Tytułem wstępu należy zauważyć, iż zgodnie z treścią art. 30 ust. 5 Pzp Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Przy czym jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie, informacje na temat oferowanych rozwiązań równoważnych są częścią oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. **Mają one tym samym charakter niezmienny oraz nieuzupełnialny.** Jak przykładowo zauważyła Izba w wyroku z dnia 15 lutego 2021 roku⁵ **kwestionując dopuszczalność uzupełniania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp** informacji na temat oferowanych rozwiązań równoważnych: „Obowiązek wykazania, iż zaoferowane rozwiązanie jest równoważne wynika wprost z ustawy Pzp (vide: art. 30 ust. 5 ustawy Pzp). Wykonawca ma wobec tego prawo, a nawet obowiązek wykorzystać wszelkie dostępne mu środki w celu wykazania, iż oferowane przez niego rozwiązanie jest równoważne. Podkreślenia wymaga, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie zamawiającemu **najpóźniej w dacie złożenia oferty, że zaoferowane rozwiązanie spełnia wszelkie wymogi w zakresie oczekiwanych przez zamawiającego funkcjonalności. Opis ten musi być na tyle szczegółowy, żeby zamawiający przy ocenie ofert mógł ocenić czy zaproponowane rozwiązania spełniają jego wymagania i będą należycie spełniały cel postępowania** (vide wyrok KIO z dnia 9 września 2020 r., sygn. KIO 1862/20). **Innymi słowy - opis rozwiązania równoważnego powinien być nie tylko dołączony do oferty, ale również musi być na tyle szczegółowy, żeby zamawiający przy ocenie oferty mógł stwierdzić, czy zaproponowane**

⁵ Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2021 roku sygn. akt KIO 96/21

rozwiązanie spełnia wymagania zamawiającego. Ponadto Izba wskazuje na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wyrażone w wyroku z dnia 12 lipca 2018 r., sygn. C-14/17 VAR et ATM, zgodnie z którym jeżeli specyfikacje techniczne, które znajdują się w dokumentacji zamówienia, odnoszą się do znaku towarowego, danego pochodzenia lub danej produkcji, podmiot zamawiający powinien wymagać, aby oferent przedstawił **już w jego ofercie dowód równoważności** oferowanych przez niego produktów w stosunku do tych określonych w rzeczonych specyfikacjach technicznych⁶. W ocenie Izby treść oferty, precyzująca oferowane produkty i rozwiązania, musi być ustalona w terminie składania ofert i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu, a wykonawca oferujący rozwiązania równoważne ma obowiązek wykazać, że przedstawione w treści oferty rozwiązania spełniają wymagania określone przez zamawiającego⁶. Podobnie przywołany powyżej wyrok KIO z dnia 9 września 2020 roku sygn. KIO 1862/20, czy informacja o wyniku kontroli doraźnej sygn. akt KND/35/18/DKZP⁷.

- (7) Wykonawca INSTALATORSTWO Marek Kowalski na stronie 10 oferty załączył Specyfikację techniczną dostarczanych materiałów oraz urządzeń wskazując na trzy urządzenia równoważne zaoferowane w miejsce urządzeń referencyjnych:

Nazwa urządzenia referencyjnego	Urządzenie równoważne	Producent urządzenia równoważnego	Typoszereg
Sitopiaskownik Ro5-HD napowietrzany ze zintegrowaną płuczką piasku RoSF4tC produkcji Hubek Technology	Sitopiaskownik ze zintegrowaną płuczką piasku	FPHU EkoTech Sp. J.	ET-SPB
Prasa odwadniająca Q-PRESS 280	Prasa odwadniająca ślimakowa	Marex Technology	MX-280PŚ
Stacja zlewczna produkcji POL EKO Aparatura	Stacja zlewczna	Enko S.A.	STZ

Mamy zatem do czynienia z zaoferowaniem trzech urządzeń równoważnych, co wiązało się z opisanym w treści s.i.w.z. obowiązkiem wykazania, że oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego. Wykonawca INSTALATORSTWO Marek Kowalski nie wykazał szczegółowych kryteriów równoważności, o których mowa w treści punktu 3.17 s.i.w.z. W tym zakresie wskazujemy na następujące braki (nie jest to spis wyczerpujący):

⁶ Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 265/17

⁷ Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 1/2020

Urządzenie oferowane	Parametr brakujący	Parametr opisany przez Zamawiającego	Miejsce opisanie
Sitopiaskownik -parametry silnika elektrycznego sita wraz z prasą	1. Moc znamionowa 2. napięcie 3. liczba obrotów 4. typ ochrony	1. 1,1 kW 2. 400 V 3. 13,0 obr/min 4. IP65	1. Tom II PB str. 35 2. Tom II PB str. 35 3. Tom II PB str. 36 4. Tom II PB str. 36
Prasa odwadniająca ślimakowa (elementy zespołu odwadniania osadu: pompa osadu odwodnionego reaktor flokulacji)	1. Moc silnika 2. Typ ochrony silnika 3. Długość reaktora 4. Pojemność refraktora	1. 2,2 kW 2. IP 55 3. 2000 mm 4. 50 l	1. Tom II PB str. 49 2. Tom II PB str. 49 3. Tom II PB str. 50 4. Tom II PB str. 50
Stacja zlewczna (sito bębnowe z prasą do skratek)	1. Moc 2. typ ochrony	1. P = 1,1 kW 2. IP 65	1. Tom II PB str. 30 2. Tom II PB str. 30 3. Tom II PB str. 30

Poniżej odnosimy się do wymagań opisanych przez Zamawiającego w dokumencie pod nazwą DOKUMENTACJA TECHNICZNA (nazwa pliku Tom II PB OŚ Sośnie - tom II branża technologia). W przypadku sitopiaskownika mamy do czynienia z pominięciem 104 parametrów, w odniesieniu do prasy jest to 110 parametrów, zaś w przypadku stacji zlewczej 54 parametrów. W załączeniu przekazujemy zestawienie brakujących parametrów.

- (8) Zamawiający nie posiadał zatem wiedzy o parametrach technicznych oferowanego urządzenia równoważnego. Tym samym zachodzi oczywista niezgodność oferty z wymaganiami s.i.w.z. Co więcej, wady oferty w naszej ocenie mają charakter nieusuwalny. Zamawiający wprost zastrzegł, iż nie dopuszcza się pozostawiania pustych miejsc opisowych. Zgodnie z dokonany zastrzeżeniem, jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia ściśle określono wartość parametru lub użyto określeń minimum / maksimum należało wpisać **dokładne parametry dla poszczególnych pozycji oferowanego urządzenia**. Wykonawca nie zastosował się do tych wymagań, nie przedłożył też jakichkolwiek kart katalogowych, które opisywałyby cechy urządzeń

w sposób pozwalających na potwierdzenie ich zgodności z wymaganiami s.i.w.z. Raz jeszcze powtarzając za orzecznictwem - opis rozwiązania równoważnego powinien być nie tylko dołączony do oferty, ale również musi być na tyle szczegółowy, żeby zamawiający przy ocenie oferty mógł stwierdzić, czy zaproponowane rozwiązanie spełnia jego wymagania. Wykonawca nie sprostą temu wymaganiu.

- (9) Co istotne, ewentualne wyjaśnienia lub też uzupełnienia oferty w tym zakresie, prowadziłyby do jej niedopuszczalnego uzupełnienia (zmiany) po upływie terminu na składanie ofert. W podobnej sprawie Izba doszła do wniosku, iż dopiero udzielone wyjaśnienia wraz z załączonymi dokumentami miały potwierdzać równoważność zaoferowanych urządzeń. W ocenie Izby⁸: **„biegły nie byłby w stanie potwierdzić równoważności oferowanych przez przystępującego urządzeń bez oświadczeń producentów załączonych do wyjaśnień przystępującego. Izba oceniła wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, jako niezgodne z przepisami ustawy, a zatem udzielone wyjaśnienia zostały wprowadzone do postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezgodny z ustawą, tym samym nie można było na ich podstawie ustalić spełniania parametrów równoważności. Bez tych wyjaśnień oferta nie wykazuje równoważności, a zatem w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy powinna być odrzucona”**.
- (10) Wskazujemy na jeszcze jedną okoliczność. Oferowane urządzenia mają charakter częściowo dedykowany. Pod danym modelem występują zarówno urządzenia produkowane seryjnie, jak i istnieje możliwość modyfikowania części cech urządzeń celem spełnienia wymagań Zamawiającego. Pominięcie w treści oferty opisów technicznych pozbawia tak naprawdę Zamawiającego możliwości ustalenia jakie faktycznie urządzenia zostały mu zaoferowane, w jakiej konfiguracji. Jak słusznie wskazuje Izba w podobnych okolicznościach⁹: **„jeżeli przystępujący rzeczywiście chciał zaoferować Zamawiającemu urządzenie specjalnie skonfigurowane (tzw. dedykowane, inaczej „szyte na miarę”), powinien dać temu wyraz w treści oferty składając stosowne oświadczenie woli. W ofercie takiego oświadczenia brak, co umożliwiło Przystępującemu duże pole do manipulacji treścią złożonej oferty”**. W ocenie Izby wykonawca¹⁰ „mając świadomość, że oferuje Zamawiającemu przedmiot zamówienia niestandardowy, wynikający z indywidualnego zamówienia pozyskanego przez wykonawcę na potrzeby danego postępowania, powinien być stosownie określony już w treści składanej oferty, tak aby Zamawiający powziął z treści złożonej oferty stosowną wiedzę w tym zakresie”. W okolicznościach przedmiotowej sprawy miało to kluczowe znaczenie dla badania zgodności oferowanego rozwiązania z s.i.w.z. Wykonawca powinien był nie tylko wskazać nazwę oferowanego urządzenia równoważnego, ale i szczegółowo opisać parametry tak dobranego

⁸ Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2017 roku sygn. akt KIO 2130/17

⁹ Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2019 roku sygn. akt. KIO 84/19

¹⁰ Wyrok KIO z dnia 28 października 2019 r. sygn. akt: KIO 2054/19

urządzenia. Obecnie ewentualne uzupełnienia godziłyby w zasadę uczciwej konkurencji, gdyż dopuszczono by możliwość ukształtowania treści oferty po upływie terminu składania ofert.

- (11) Zamawiający w piśmie z dnia 26 lutego br. skierowanym do wykonawcy INSTALATORSTWO Marek Kowalski stwierdził, iż w przekazanej wraz z ofertą Specyfikacji technicznej dostarczanych materiałów / urządzeń wskazane zostały „**wybiórcze elementy, co jest niewystarczające dla przeprowadzenia prawidłowej oceny**”. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentu. W naszej ocenie bezzasadnie. Raz jeszcze odwołując się do poglądów orzecznictwa, brak jest podstaw do żądania uzupełnienia takich informacji na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp¹¹. Tym samym ewentualna równoważność urządzeń zastępczych winna być oceniana na podstawie dokumentów przedłożonych wraz z ofertą, nie zaś na późniejszym etapie postępowania.
- (12) Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie mieliśmy do czynienia z niezgodnością oferty z wymaganiami s.i.w.z. w zakresie w jakim wykonawca powołując się na rozwiązania równoważne opisywane przez Zamawiającego nie wykazał, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty INSTALATORSTWO Marek Kowalski (niezgodność z s.i.w.z.).

- (13) Zgodnie z dokumentacją przetargową – jak wskazywaliśmy powyżej - jeżeli wykonawca oferował rozwiązanie równoważne obowiązany był wykazać w ofercie, że proponowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego poprzez wypełnienie załącznika pt. Specyfikacja techniczna dostarczanych materiałów / urządzeń. W treści Specyfikacji wykonawca INSTALATORSWO Marek Kowalski wskazał na trzy urządzenia (nazwa producenta oraz model) bez określenia większości ich parametrów. Pismem z dnia 8 marca br. wykonawca bezzasadnie wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów przedłożył ponownie Specyfikację wraz z uzupełnionymi parametrami.
- (14) Biorąc pod uwagę powyższe podkreślamy, iż zaoferowane przez wykonawcę modele urządzeń wraz z określeniem ich parametrów są treścią oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jak zauważyła Izba¹²: „*Bezsprzecznie odwołujący podał częściowo odmienny asortyment [urządzeń] niż wskazane z nazwy w SIWZ. (...) Izba podziela pogląd, że opis oferowanego rozwiązania, w istocie będący opisem przedmiotu świadczenia – należy przyjmować za treść oferty*”. Podobnie w wyroku z dnia 10 czerwca 2013 roku sygn. akt 1266/13: „*jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – oprócz potwierdzenia ogólnym*

¹¹ Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2021 roku sygn. akt KIO 96/21, czy wyrok KIO z dnia 29 listopada 2017 roku sygn. akt KIO 2130/17

¹² Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2013 r. sygn. akt: KIO 342/13

oświadczeniem zgodności z opisem Zamawiającego – **konkretyzacji przedmiotu oferty przez podanie konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu, etc., pozwalających na jego jednoznaczną identyfikację – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności**. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób jasny wyraził swoje oczekiwanie względem treści oferty, że dla poszczególnych rodzajów urządzeń należy podać nazwę, typ i producenta oferowanego urządzenia". **Podana przez wykonawcę informacja na temat nazwy i typu oferowanego asortymentu niezależnie od miejsca podania jest zawsze niepodlegającą zmianie konkretyzacją treści oferty**¹³. Zatem ewentualna niezgodność oferowanego urządzenia (cech urządzenia) z wymaganiami Zamawiającego musi być uznana za niezgodność oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

- (15) Przy czym wskazane w dokumentacji przetargowej wymagania dotyczące poszczególnych urządzeń mają na tym etapie postępowania charakter wiążący¹⁴: „Izba stoi na stanowisku, że na obecnym etapie postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, tj. po upływie terminu składania ofert, nie mogą mieć znaczenia przy wyborze oferty najkorzystniejszej takie okoliczności, jak to, czy zaoferowanie parametru niezgodnego z wymogami Zamawiającego będzie miało wpływ na pracę urządzenia, czy jest to dla Zamawiającego parametr istotny. **Jak wskazano powyżej, wszelkie wymagania zawarte w SIWZ są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców**. Izba zważyła, że Zamawiający opisując wymagane parametry sprzętu stanowiącego przedmiot zamówienia nie pozwolił wykonawcom na obniżenie poszczególnych parametrów, nie pozostawił w tym zakresie wykonawcom dowolności”. Co równie istotne, na tym etapie postępowania dla oceny zgodności oferowanego urządzenia z wymaganiami Zamawiającego wiążące znaczenie mają cechy urządzenia wskazywane w obrocie handlowym (katalogi producenta, informacje ze stron internetowych etc). Raz jeszcze odwołując się do przywołanego już powyżej poglądu Izby¹⁵: „wykonawca mając świadomość, że oferuje Zamawiającemu przedmiot zamówienia niestandardowy, wynikający z indywidualnego zamówienia pozyskanego przez wykonawcę na potrzeby danego postępowania, powinien być stosownie określony już w treści składanej oferty, tak aby Zamawiający powziął z treści złożonej oferty stosowną wiedzę w tym zakresie”. W orzecznictwie słusznie wskazuje się na nieakceptowalne przypadki prób „ratowania” ofert zakwestionowanych przez konkurencyjnego wykonawcę poprzez przypisywanie oferowanym urządzeniom cech, które one nie posiadają¹⁶: „zaoferowanie określonego urządzenia, **identyfikowanego na rynku pod określoną nazwą**

¹³ Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 270/20, Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 1/2020

¹⁴ Wyrok KIO z dnia 23 września 2019 r. sygn. akt: KIO 1769/19

¹⁵ Wyrok KIO z dnia 28 października 2019 r. sygn. akt: KIO 2054/19

¹⁶ Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2019 roku sygn. akt. KIO 84/19. Podobnie Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 9 maja 2019 roku sygn. akt XIX Ga 407/19.

własną, przekłada się na proces dowodzenia w postępowaniu odwoławczym, jak również może i musi stanowić punkt odniesienia dla działań podmiotu zamawiającego przedsięwziętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) W ocenie Izby praktykę polegającą na oferowaniu przez wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego urządzeń występujących od lat pod określoną marką handlową i negowaniu ich tożsamości z oferowanymi urządzeniami po podniesieniu przez konkurencję w drodze środków ochrony prawnej zarzutów mających swoje oparcie w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy ocenić negatywnie”.

(16) Biorąc pod uwagę powyższe wskazujemy, iż oferowane urządzenia opisane w uzupełnionej Specyfikacji technicznej są częściowo niezgodne z wymaganiami opisanymi w s.i.w.z. zarówno w zakresie niezgodnych parametrów, jak i brakujących (wbrew wymaganiom Zamawiającego) parametrów. Poniżej odnosimy się do wymagań opisanych przez Zamawiającego w dokumencie pod nazwą DOKUMENTACJA TECHNICZNA (nazwa pliku Tom II PB OŚ Sośnie - tom II branża technologia).

(17) W odniesieniu do Stacji zlewczej:

Wymaganie s.i.w.z.	Treść Specyfikacji technicznej przedłożonej przez wykonawcę	Komentarz
Ciąg spustowy ze stali nierdzewnej 0H18N9 gr. min. 3mm (strona 29)	Ciąg spustowy ze stali nierdzewnej (1.4301) ø 100	Brak określenia grubości elementu.
Sito bębnowe z prasą do skratek o parametrach - średnica bębna: 780 mm (strona 30)	Sito ukośne typu SBK 400	Zgodnie z s.i.w.z. parametr powinien być zgodny z dokumentacją techniczną. Wykonawca nie podał informacji na temat średnicy bębna. Zarazem zgodnie ze specyfikacją techniczną urządzenia posiada ono średnicę bębna 400 mm (w załączeniu specyfikacja).
Średnica transportera skratek: 273 mm (strona 30)	Brak informacji.	Zgodnie z s.i.w.z. parametr powinien być zgodny z dokumentacją techniczną. Wykonawca nie podał informacji na temat średnicy transportera skratek.

Kontener ze stali nierdzewnej o wymiarach 4200 x 2400 x 2600 mm (strona 31)	Kontener izolowany termicznie o wymiarach 2,4x3,6x2,4 m	Mamy do czynienia z zaoferowaniem (w uzupełnionym dokumencie) kontenera niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego (znacząco mniejsza powierzchnia).
Całkowity ciężar stacji zlewczej wynosi ok 4500 kg.	Brak informacji.	Brak porównania wagi urządzeń. Zgodnie z s.i.w.z. masa urządzenia nie więcej niż +10 %.

(18) W odniesieniu do sitopiaskownika:

Wymaganie s.i.w.z.	Treść Specyfikacji technicznej przedłożonej przez wykonawcę	Komentarz
Wypożyczenie sita w zintegrowany przelew awaryjny (strona 35)	Brak informacji.	Zgodnie z s.i.w.z. technologia pracy urządzenia powinna być tożsama.
<p>Ciężar sitopiaskownika Ro5HD: Sito Ro2/780/2: ok. 850 kg</p> <p>Zbiornik sitopiaskownika Ro5HD z poziomym transporterem piasku – puste: ok. 1400 kg</p> <p>Zbiornik sitopiaskownika Ro5HD z poziomym transporterem piasku – pracujące: ok. 6300 kg</p> <p>Zbiornik sitopiaskownika Ro5HD z poziomym transporterem piasku – przepełnione: ok. 9200 kg</p> <p>Ukośny transporter piasku: ok. 550 kg (strona 37)</p>	Brak informacji.	Zgodnie z s.i.w.z. masa urządzenia nie więcej niż +10 %.

<p>Urządzenie puste: ok. 300 kg</p> <p>Urządzenie pracujące: ok. 900 kg</p> <p>(strona 39)</p>	Brak informacji.	<p>Zgodnie z s.i.w.z. masa urządzenia nie więcej niż +10 %.</p>
<p>Szafa wyposażona we wszystkie elementy wymagane do automatycznej pracy instalacji:</p> <ul style="list-style-type: none"> - sterownik, - panel obsługowy, - sygnał pracy i awarii urządzenia, - przycisk kasowania, - wyłącznik silnika, wyłącznik główny, - automat. zabezpieczenie przeciążeniowe, - licznik godzin pracy, - zegar sterujący, - system komunikacji Profibus. <p>W celu ochrony przed kondensacją, zabudowano w szafie sterowniczej ogrzewanie wraz z termostatem.</p> <p>(strona 39)</p>	Brak informacji.	<p>Zgodnie z s.i.w.z. dla materiałów lub urządzeń w branży elektrycznej i AKPiA- wykonanie materiałowe nie gorsze oraz pozostałe parametry zgodne z dokumentacją projektową.</p>

(19) W odniesieniu do prasy odwadniającej:

Wymaganie s.i.w.z.	Treść Specyfikacji technicznej przedłożonej przez wykonawcę	Komentarz
<p>Urządzenie wyposażone jest w zestaw 3 sit o zmniejszającym się prześwicie połączonych kołnierzowo. Obudowa prasy jest wykonana ze stali nierdzewnej, z możliwością uniesienia pokrywy w celach konserwacyjnych.</p> <p>Transporter ślimakowy wyposażony jest na obwodzie w wymienne elementy z tworzywa sztucznego czyszczące wewnętrzną powierzchnię sita.</p> <p>Wylot osadu zaopatrzony w stożek cylindryczny o napędzie pneumatycznym pozwalający na regulację światła otworu wylotowego (możliwość regulacji docisku, a co za tym idzie stopnia odwodnienia osadu).</p> <p>(strona 50)</p>	Brak informacji.	Zgodnie z s.i.w.z. technologia pracy urządzenia powinna być tożsama.
<p>Króciec doprowadzenia osadu: DN 80</p> <p>Odprowadzenie filtratu: DN 80</p> <p>(strona 51)</p>	Brak informacji.	Zgodnie z s.i.w.z. technologia pracy urządzenia powinna być tożsama. Średnice wlotów i wylotów tożsame.

Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie mamy do czynienia z niezgodnością z wymaganiami Zamawiającego zarówno co do wskazywanych rozwiązań, jak i w zakresie braków w wykazaniu spełnienia równoważności. Tym samym oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy INSTALATORSTWO Marek Kowalski do uzupełnienia Wykazu osób.

(20) Zgodnie z dokumentacją przetargową o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem osobowym (punkt 6.1.4 s.i.w.z.). W tym zakresie Zamawiający wymagał między innymi, aby wskazywany:

- kierownik budowy posiadał co najmniej 3-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi;
- kierownik robót sanitarnych posiadał co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika robót sanitarnych;
- kierownik robót elektrycznych posiadał co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika robót elektrycznych;
- specjalista ds. AKPiA posiadał minimum 5-letnie doświadczenie w realizacji robót z zakresu automatyki kontrolno – pomiarowej w automatyce.

W orzecznictwie podkreśla się, iż skoro¹⁷ „wykaz osób jest w istocie własnym oświadczeniem wykonawcy, tym bardziej nie można jego treści sprowadzać do kolejnego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które w przypadku każdego postępowania jest obligatoryjnie składane. Natomiast wykaz jest żądany w związku ze sformułowaniem przez zamawiającego szczegółowego warunku, który wymaga podania konkretnych informacji, z których będzie wynikało jego spełnienie. Oznacza to, że zakres szczegółowości tych informacji powinien odzwierciedlać stopień szczegółowości postawionego warunku, zatem jeżeli wymagane jest dwuletnie doświadczenie, to wskazując konkretną osobę należy zawrzeć informacje wskazujące w jaki sposób ta konkretnie osoba uzyskała takie doświadczenie. Zatem, o ile nie ma obowiązku wskazywania wszystkich informacji dotyczących jej doświadczenia, które może być np. znacznie dłuższe niż wymagane, o tyle muszą to być informacje dostatecznie szczegółowe i odnoszące się do tej konkretnej osoby”. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych¹⁸ „ogólna informacja, że osoba posiada 25 lat doświadczenia, nie oznacza, iż doświadczenie to zostało nabyte przy pełnieniu wymaganych przez zamawiającego funkcji”. Podobnie przykładowo w wyroku Izby z 14 września 2011 r. sygn. akt: KIO 1882/11 i KIO 1895/11.

¹⁷ Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 172/12

¹⁸ Informacja o wyniku kontroli uprzedniej sygn. UZP/DKUE/KU/60/14 Warszawa, dnia 5 czerwca 2014 r.

- (21) Wykonawca INSTALATORSTWO Marek Kowalski ograniczył się do podania w Wykazie osób w każdym z wyżej przywołanych przypadków jedynie informacji – doświadczenie 3 lata, 30 lat, 5 lat, 6 lat, 3 lata. Brak jest informacji, czy wskazywane doświadczenie spełniało opisane powyżej wymagania.
- (22) Ponadto w przypadku kierownika robot sanitarnych brak jest informacji, czy wykazywane doświadczenie Pana Tomasza Kliberta zdobyte w ramach remontu oczyszczalni ścieków w Łyszkowicach obejmowało pełnienie funkcji kierownika robót sanitarnych (zgodnie z wymaganiem zawartym w treści s.i.w.z.). Brak jest także informacji, czy wskazywane doświadczenie Technologa Pani Anny Kasprzyk zdobyte w ramach kierującego rozruchem technologicznym inwestycji dla gminy Rzgów dotyczyło oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż 400 m³.
- (23) Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie przedłożony Wykaz nie potwierdzał spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Tym samym zasadnym byłoby – przy niepotwierdzeniu się pozostałych zarzutów odwołania – wezwanie wykonawcy INSTALATORSTWO Marek Kowalski na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów.

Biorąc pod uwagę powyżej przedstawioną argumentację, w naszej ocenie odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wykaz załączników:

1. informacje z Krajowego Rejestru Sądowego;
2. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
3. dowód przekazania odwołania Zamawiającemu;
4. pełnomocnictwo wraz z opłatą;
5. Zestawienie brakujących parametrów urządzeń w ofercie INSTALATORSTWO Marek Kowalski;
6. Specyfikacja techniczna urządzenia sito ukośne typu SBK 400.