

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Stanisław Sadowy

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., ul. Bór 143/157, 24-200 Częstochowa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Świlcza, Świlcza 168, 36-072 Świlcza** protestu z dnia 3 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **INŻYNIERIA RZESZÓW Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Świlcza, Świlcza 168, 36-072 Świlcza i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., ul. Bór 143/157, 24-200 Częstochowa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Świlcza, Świlcza 168, 36-072 Świlcza** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., ul. Bór 143/157, 24-200 Częstochowa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., ul. Bór 143/157, 24-200 Częstochowa**.

U z a s a d n i e n i e

Gmina Świlcza, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Poprawę jakości wody pitnej poprzez wykonanie modernizacji sieci wodociągowej na terenie Gminy Świlcza – Etap 1”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 kwietnia 2009 r., nr 1, poz. 60167.

W dniu 29 czerwca 2009 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, zwanego dalej „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty z uwagi na brak równoważności filtrów typu FCPK 10 z filtrami TFB 100.

Jednocześnie pismem tym Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty wykonawcy „INŻYNIERIA RZESZÓW” Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, zwanego dalej „INŻYNIERIA RZESZÓW” jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 3 lipca 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29, art. 30, art. 31, art. 36 ust. 1 pkt 3, art. 38, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 i 2, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez:

1. odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z ustawą,
2. odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,

3. wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż składając ofertę uwzględnił odpowiedzi udzielone wykonawcom przez Zamawiającego pismami z dnia 15 i 23 kwietnia 2009 r. Tym samym załączył on do swej oferty wykaz urządzeń zamiennych wraz z kartą katalogową i atestami technicznymi, spełniając wymogi ustawowe określone w art. 30 ust. 5 ustawy Pzp oraz odpowiedzi udzielone w wyżej wskazanych datach. Zaoferowane przez niego urządzenia są urządzeniami równoważnymi co do wielkości i funkcji jaką urządzenia te mają spełniać w wymaganym przez Zamawiającego procesie technologicznym.

Nadto podkreślił, iż opinia projektanta z dnia 16 czerwca 2009 r. w sposób nieprzewidziany w trybie ustawowym uszczegółowiła opis przedmiotu zamówienia przekazany wykonawcom przez Zamawiającego przed złożeniem ofert.

W zakresie zarzutu dotyczącego tego, że oferowany przez niego flirt FCPK 10 nie rozwiązuje problemu upuszczania nadmiaru powietrza i gazów uwolnionych z wody surowej do kanalizacji podniósł, iż wymóg ten nie był sprecyzowany w wymaganych parametrach równoważności, a zarówno w rozwiązaniu projektowym, jak i oferowanym przez Odwołującego problem ten jest rozwiązany za pomocą elektrozaworu nie będącego integralną częścią filtra. Dlatego też, z braku stosownych informacji w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, Zamawiający może jedynie ocenić, czy oferowane urządzenie spełnia parametry podane przez niego samego.

Pismem 3 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca INŻYNIERIA RZESZÓW otrzymał w dniu 6 lipca 2009 r.).

Pismem z dnia 7 lipca 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) wykonawca INŻYNIERIA RZESZÓW przystąpił do protestu, przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 10 lipca 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc iż zgodnie z ustaleniami SIWZ zastosowanie urządzeń równoważnych możliwe było jedynie w momencie uzyskania zgody projektanta na ich zastosowanie, gdyż roboty należy prowadzić zgodnie

z dokumentacją. Natomiast wykazanie równoważności i uzyskanie zgody projektanta leżało po stronie oferenta, a tego Odwołujący nie uczynił na etapie składania ofert.

Zgody projektanta Zamawiający nie uzyskał także w trakcie prowadzonych czynności oceny ofert.

Pismem z dnia 15 lipca 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP w dniu 15 lipca 2009 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 15 lipca 2009 r.), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z ustawą,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ,
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego po dokonaniu wyłącznie ponownej oceny ofert,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców,

jednocześnie podtrzymując wnioski oraz argumenty zawarte w proteście.

W dniu 24 lipca 2009 r. (pismem z dnia 22 lipca 2009 r.) wykonawca INŻYNIERIA RZESZÓW przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 14 kwietnia 2009 r., udzielając odpowiedzi na pytanie wykonawcy, wskazał, iż dopuszcza stosowanie „urządzeń równoważnych, przy zaakceptowaniu zmian przez projektanta”. Natomiast w piśmie z dnia 23 kwietnia 2009 r. dodał, iż „wykonawca (...) musi udokumentować fakt równoważności urządzeń poprzez załączenie do oferty kart katalogowych urządzeń w języku polskim oraz kopii wymaganych przepisami prawa certyfikatów, aprobat i dopuszczeń. Zamawiający oceni, czy przedłożone urządzenie spełnia postawione przez niego wymogi.

Odwołujący w załączeniu do złożonej oferty przedłożył wykaz urządzeń zamiennych, w tym filtr ciśnieniowy typ FCPK 10 wraz z kartą katalogową i atestami higienicznymi.

Pismem z dnia 17 czerwca 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia dokumentów dotyczących urządzeń zaproponowanych w ofercie, tj.:

1. przekrojów poprzecznych filtrów z naniesionymi rozwiązaniami systemu dystrybucji wody w filtrze,
2. systemu napowietrzania wody w filtrze,
3. systemu utrzymywania stałej poduszki powietrznej wewnątrz filtra.

W dniu 19 czerwca 2009 r. (pismem z dnia 18 czerwca 2009 r.) Odwołujący udzielił wyjaśnień oraz na żądanie Zamawiającego przedłożył przekrój filtra ciśnieniowego pionowego, typu FCPK 10 z kontrolowaną poduszką powietrzną.

Zamawiający w dniu 23 czerwca 2009 r. uzyskał opinię autorów projektu realizowanego w ramach niniejszego postępowania o zamówienie publiczne, w treści której stwierdzono m.in., iż „zaproponowane rozwiązanie techniczne filtrów typ FCPK 10 nie jest równoważne z rozwiązaniami technicznymi filtrów TFB 100”.

Następnie pismem z dnia 29 czerwca 2009 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z ustawą Pzp, a jej treść nie odpowiada treści SIWZ, gdyż filtr typu FCPK 10 nie jest równoważny z rozwiązaniami technicznymi filtrów TFB 100 co do sposobu filtracji, jej skuteczności i gwarancji jakości wody uzdatnionej.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż bezspornym jest, że Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania urządzeń równoważnych. Niemniej jednak dopuszczając zastosowanie urządzeń równoważnych udzielił, jak słusznie podkreślał Odwołujący, nie tylko, że niejednoznacznych odpowiedzi na zapytania do SIWZ, artykułując dopiero swe stanowisko w rozstrzygnięciu protestu. W piśmie z dnia 15 kwietnia 2009 r. wyraził bowiem zgodę na równoważność urządzeń, przy zaakceptowaniu zmian przez projektanta, nie określając kto (wykonawca, czy Zamawiający) i na jakim etapie postępowania (przed złożeniem oferty, w trakcie oceny ofert, czy też po podpisaniu umowy w trakcie realizacji robót) taką akceptację zobowiązany jest uzyskać. Natomiast w rozstrzygnięciu protestu podniósł, iż „wykazanie równoważności i uzyskanie zgody projektanta na ich zastosowanie leżało po stronie oferenta”, mimo iż w piśmie z dnia 23 kwietnia 2009 r. (wyjaśnienia SIWZ) podkreślił, iż to Zamawiający oceni, czy przedłożone urządzenia spełniają postawione przez niego wymogi, a dokona tego – jak wynika z powołanej odpowiedzi – w oparciu o karty katalogowe oferowanych urządzeń, ich certyfikaty, aprobaty i dopuszczenia.

Urządzenia równoważne – jak wynika z udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi - miały spełniać wskazane przez Zamawiającego parametry, przy czym nie mogły być one gorsze od parametrów ujętych w dokumentacji projektowej, zachowywać

podstawowe wymogi dotyczące zaprojektowanej technologii uzdatniania wody, jak również warunki eksploatacyjne przyjęte w dokumentacji technicznej. Zamawiający nie kwestionował parametrów oferowanego przez Odwołującego filtra typu FCPK 10, a więc tego elementu, który powinien być zgodny z parametrami urządzenia wskazanego w projekcie. Tak więc bezspornym, a tym samym oczywistym jest, iż filtr zaoferowany przez Odwołującego jest zgodny w tym zakresie z SIWZ. Jak bowiem podkreślił na rozprawie sam Odwołujący, a czemu Zamawiający nie zaprzeczył, zaoferowane przez niego urządzenie posiada parametry nie tylko, że identyczne, a nawet w niektórych pozycjach lepsze.

Okolicznością wskazującą na brak równoważności filtra oferowanego przez Odwołującego z filtrem wymaganym przez Zamawiającego ma być – zdaniem Zamawiającego – inne rozwiązanie techniczne filtrów typu FCPK 100, a więc filtrów tego typu, który oferuje Odwołujący, w stosunku do filtrów typu TFB 100, tj. wymaganych w projekcie. Jednak - jak słusznie podkreślił Odwołujący - Zamawiający poza wskazaniem parametrów wymaganych urządzeń nie opisał innych stawianych urządzeniu wymogów, takich jak: określona funkcjonalność, oczekiwana technologia, wymagane rozwiązanie techniczne, szczegółowy opis oczekiwanego sposobu filtracji itp., nie zakreślając jednocześnie minimalnych wymaganych w tym zakresie parametrów. Natomiast wskazując podstawy odrzucenia oferty Odwołującego zwrócił uwagę właśnie na inne rozwiązanie techniczne zaoferowanego przez niego filtra, wskazując w informacji o wynikach postępowania z dnia 29 czerwca 2009 r. pięć świadczących o tym okoliczności. Zamawiający nie potrafił – na rozprawie - jednoznacznie i w sposób nie budzący żadnych wątpliwości podać postanowień SIWZ, w których okoliczności te zostały wyartykułowane.

W odniesieniu do okoliczności wskazanej jako pierwsza (systemu wprowadzania powietrza bezpośrednio do filtra) Zamawiający wymagał zaworu zewnętrznego, natomiast w ofercie Odwołującego problem sterowania powietrza doprowadzanego do filtra rozwiązano za pomocą sondy poziomu wody, co potwierdził Odwołujący na rozprawie, czego nie zakazywała SIWZ. Wskazane rozwiązanie zapewnia wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność za pomocą innego rozwiązania niż – jak twierdził na rozprawie Zamawiający – określone w dokumentacji technicznej zamówienia.

Okoliczność stanowiąca drugą przesłankę odrzucenia oferty Odwołującego (system automatycznego utrzymania poduszki powietrznej) wynikała z rozwiązania projektowego, a więc części graficznej specyfikacji technicznej (rys. 3). Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że na podstawie wskazanego rysunku wymagał zaworu wewnętrznego, którego co prawda nie widać na tym rysunku, jednak zawór ten miał być umieszczony w środku i takiego to właśnie rozwiązania oczekiwał w tym zakresie. Odwołujący zaproponował wypełnienie tej funkcjonalności za pomocą sondy poziomu wody, przy konieczności zapewnienia dla

urządzenia zaworu zewnętrznego, który – zdaniem Zamawiającego - temu rozwiązaniu nie odpowiada.

Natomiast pozostałe okoliczności (3-5, dotyczące sposobu dystrybucji wody, układu rurociągów, jak i funkcji) nie wynikają z opisu zawartego w przedłożonych kartach katalogowych, dodatkowo złożonych przekrojów filtra oraz wskazanych oznaczeń.

W oparciu o powyższe stwierdzić należy, że okoliczności wskazane przez Zamawiającego jako podstawy odrzucenia jego oferty nie zostały wyraźnie przez niego określone w SIWZ. Jak już wyżej wskazano określił on jedynie pewne parametry konkretnego urządzenia przyjętego do projektu. Natomiast okoliczności, które stanowiły podstawę odrzucenia oferty Odwołującego zostały przez Zamawiającego doprecyzowane dopiero na etapie oceny ofert, a ich podstawę stanowiła opinia, która rzeczywiście postawiła nowe, wcześniej nie określone w SIWZ wymagania, którym miało odpowiadać oferowane urządzenie równoważne. Jednak wszelkie dodatkowe wymagania stawiane urządzeniu muszą być jednoznacznie określone, aby wykonawca wiedział czego Zamawiający faktycznie żąda. Oznacza to, iż Zamawiający nie dookreślając wcześniej wymagań dotyczących technologii i funkcjonalności wymaganych od urządzeń równoważnych nie może ich następnie oceniać. Tym samym Izba stwierdziła, iż Odwołujący, oferując urządzenie odpowiadające pod względem wymaganych parametrów urządzeniu wskazanemu w SIWZ, zaoferował faktycznie urządzenie równoważne urządzeniu wskazanemu w projekcie.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, że dopuszczenie w SIWZ rozwiązania równoważnego nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta. Takie rozumienie równoważności zaprzeczyłoby istocie przyjętej w ustawie Pzp regulacji i naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazując z jednej strony w SIWZ konkretne urządzenie, a z drugiej strony dopuszczając w tym zakresie możliwość rozwiązania równoważnego, winien określić przynajmniej minimalne parametry albo oczekiwane rozwiązania technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to urządzenie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego opinii z dnia 5 sierpnia 2009 r. sporządzonej przez Katedrę Zaopatrzenia w Wodę i Odprowadzania Ścieków Politechniki Rzeszowskiej przedłożonej na rozprawie przez Zamawiającego, stwierdzając iż jest to dokument prywatny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego, na podstawie przedłożonej faktury oraz załączonego do faktury zestawienia kosztów, ograniczając je do kwoty 3600,00 zł stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....