

Sygn. akt: KIO 319/18

WYROK

z dnia 12 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Zadrozny

Członkowie: Renata Tubisz

Anna Wojciechowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych "PEKUM" Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o.o. z siedzibą w Olsztynie,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych "PEKUM" Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie;**
- c) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o.o. z siedzibą w Olsztynie, oraz;

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych "PEKUM" Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie,** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o.o. z siedzibą w Olsztynie** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych "PEKUM" Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Olsztynie**.

Przewodniczący :

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o.o. z siedzibą w Olsztynie** (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Budowę magistrali wodociągowej w Alei Wojska Polskiego w Olsztynie od osiedla Podleśna do Granicy Gminy Dywity ”*, nr referencyjny PZP-372/RIR-51/17 (dalej jako „Postępowanie”).

Wartość ww. zamówienia jest wyższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp” lub „Prawo zamówień publicznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 grudnia 2017 r. pod nr 2017/S 234-508414.

Odwołujący wykonawca Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych "PEKUM" Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (dalej jako „Odwołujący”), wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2018 r., wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w Postępowaniu polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
2. a w konsekwencji odrzucenia – unieważnienie postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

czym Zamawiający naruszył (według Odwołującego) następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że złożona przez Wykonawcę oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na to, że Wykonawca przewidział do zastosowania w pozycji kosztorysu 72 d.2 w kolumnie 3 prace polegające na Przeciąganiu rurociągów przewodowych z żeliwa sferoidalnego łączonych na kielichy z połączeniem blokowanym zamiast pozycji Przeciąganie rurociągów przewodowych z żeliwa sferoidalnego kołnierzowych, a w pozycjach 28 d.1.3, 30 d.1.3, 31 d 1.3, 32 d 1.3, 33 d.1.3, 36 d.1.3, 37 d.1.3 zamiast uszczelki do rur i kształtek kielichowych żeliwnych Tytoń Sit Plus przewidziano do zastosowania uszczelki oznaczone Symbolem STD Vi, kiedy to faktycznie przewidziane do zastosowania materiały są równoważne względem

przewidzianych materiałów przez Zamawiającego, a tym samym brak było jakichkolwiek podstaw do przyjęcia tego, że oferta złożona przez Wykonawcę nie spełnia wymagań SIWZ, tym bardziej, że Zamawiający nie może oczekiwać aby faktycznie Wykonawca stosował wyłącznie materiały czy urządzenia przewidziane w dokumentacji przetargowej;

2. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz z poszanowaniem zasad proporcjonalności i przejrzystości z uwagi na niedopuszczenie stosowania w toku wykonywania zamówienie produktów równoważnych względem tych przewidzianych w dokumentacji przetargowej, co nie powinno mieć z oczywistych względów miejsca;
3. art. 29 ust; 1, 2, 3 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, opisanie przedmiotu umowy w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, jak też poprzez faktycznie niedopuszczenie do stosowania materiałów równoważnych, co prowadzi do wyeliminowania z możliwości ubiegania się o zamówienie niektórych producentów, jak też w konsekwencji Wykonawców, a nadto prowadzi to do uprzywilejowania niektórych producentów, jak też Wykonawców mimo tego, że działania takie nie zasługują na jakąkolwiek ochronę z uwagi na oczywistą sprzeczność z przepisami Prawa zamówień publicznych;
4. art. 93 ust. 1 pkt 4) Prawa zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że najkorzystniejsza ze złożonych ofert przewyższa kwotę jaką Zamawiający chciał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, kiedy to faktycznie brak było podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy, a tym samym nie zasły przesłanki do unieważnienia postępowania z uwagi na to, że oferta Wykonawcy była niższa niż kwota jaką Zamawiający chciał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
5. art. 93 ust. 1 pkt 3) Prawa zamówień publicznych poprzez wskazanie, że zasły przesłanki do unieważnienia postępowania również na tej podstawie, kiedy to faktycznie postępowanie w niniejszej sprawie nie było prowadzone w trybie licytacji elektronicznej, a tym samym ta przesłanka unieważnienia postępowania nie mogła w ogóle powstać.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniosk o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy;

2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
3. nakazanie ponownego badania złożonej przez Wykonawcę oferty.

ponadto, Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów:

- z załączonych do Odwołania dokumentów;
- opinii biegłego z zakresu budownictwa posiadającego uprawnienia sanitarne lub inne adekwatne do niniejszego postępowania na okoliczność ustalenia czy oferowane przez Odwołującego się rozwiązania w zakresie zastosowanych rur z połączeniem blokowanym zamiast rur kołnierzowych (przy czym te dotyczy wyłącznie niewielkiego zakresu robót) jest rozwiązaniem równoważnym i zgodnym z SIWZ względem tego przewidzianego przez Zamawiającego, a nadto na okoliczność ustalenia, czy przewidziane przez Wykonawcę uszczelki STD Vi są równoważne względem uszczelek Tytoń, względnie Tytoń Sit Plus (ta rozbieżność wynika z rozbieżności w dokumentach Zamawiającego, gdzie przewidziano dla tych samych prac w dokumentacji projektowej i przedmiarze odmienne rozwiązania) i czy w ogóle przewidziane w dokumentacji uszczelki mogło być stosowane przy rozwiązaniach dwukomorowych (*wniosek został wycofany na rozprawie*).

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje:

Odwołujący wskazał, że stosownie do art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania z uwagi na to, że złożona przez niego oferta była najkorzystniejsza w świetle stawianych przez Zamawiającego kryteriów wyboru, a tym samym Wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia, a do tego Wykonawca na skutek pozbawienia go możliwości wykonania zamówienia poniósł szkodę na skutek nie realizowania zamówienia, a tym samym nie osiągnął, czy nie osiągnie zakładanych zysków z realizacji inwestycji. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania Odwołujący powziął 16 lutego 2018 r. bowiem tego dnia otrzymał za pomocą środków porozumiewania się na odległość informacje o rozstrzygnięciu postępowania, a tym samym termin do wniesienia odwołania stosownie do przepisu art. 182 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych upływa 21 lutego 2018 r. Wykonawca w tym zakresie wskazuje, że Zamawiający w ogłoszeniu i specyfikacji wskazał, iż szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty o jakich mowa w art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający stosownie do postanowień Prawa zamówień publicznych ogłosił postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego zaznaczając, że szacunkowa wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych na wykonania zadania pod nazwą: Budowa magistrali

wodociągowej w Alei Wojska Polskiego w Olsztynie od osiedla Podleśna do granicy gminy Dywity, które zostało zarejestrowane pod numerem PZP-371/RIR-51/17. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych ani wariantowych. W pkt 6 wskazano, że do wykonania przedmiotu umowy należy stosować materiały i urządzenie przewidziane w dokumentacji projektowej. Zamawiający jednocześnie zaznaczył, że dopuszcza ujęcie w ofercie przetargowej zastosowanie innych materiałów niż podane w dokumentacji projektowej pod warunkiem zapewnienia, że parametry i warunki eksploatacyjnej materiałów i urządzeń nie będą gorsze niż określone w tej dokumentacji, a nadto zgodne ze standardami obowiązującymi u Zamawiającego. W celu weryfikacji parametrów technicznych Wykonawca był zobowiązany do oferty załączyć zestawienie wraz z nazwą producenta w zakresie: rur wodociągowych i przeciskowych, armatury wodociągowej, jak też przepływomierza. Do tego w przypadku stosowania innych materiałów i urządzeń niż opisanych w dokumentacji projektowej należy dołączyć dokumenty potwierdzające parametry techniczne (karty katalogowe oraz stosowne atesty). W pkt 7 ponownie powielono zapisy odnoszące się do możliwości stosowania innych niż przewidziane w dokumentacji materiałów czy urządzeń, które nie mogą mieć gorszych parametrów, a nadto muszą być zgodne ze standardami Zamawiającego (str. 3 SIWZ). Pismem z 16 lutego 2018 r. przesłanym za pomocą środków porozumiewania się na odległość powiadomił Odwołującego się o wynikach przeprowadzonego postępowania wskazując, że oferta Przedsiębiorstwa Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych „Pekum” Sp. z o.o. w Olsztynie została odrzucona z uwagi na zmiany opisu pozycji wymienionych szczegółowo powyżej poprzez wpisanie w miejsce: „Przeciąganie rurociągów przewodowych z żeliwa sferoidalnego łączonych na kielichy z połączeniem blokowanym”, „Przeciąganie rurociągów przewodowych z żeliwa sferoidalnego kołnierzowych”, a nadto w miejsce „Tytoń Site Plus” wskazano na STD Vi. Uzasadniając własne stanowisko Zamawiający podał, że nie wyrażał zgody na zamianę między innymi systemu uszczelki w połączeniach kielichowych rur żeliwnych. Do tego wskazano, że magistrala wodociągowa musi być wykonana zgodnie z dokumentacją projektową. Nadto w tym samym rozstrzygnięciu postępowania Zamawiający wskazał, że unieważnia postępowanie, przy czym wskazano na dwie podstawy prawne, a mianowicie przepis art. 93 ust. 1 pkt 4) oraz art. 93 ust. 1 pkt 3) Prawa zamówień publicznych. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający w dokumentacji projektowej przewidział zastosowanie szeregu materiałów, a w tym określone rury jak też uszczelki. Nie można nie wspomnieć, że stosownie do art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Do

tego czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm (art. 7 ust. 2 ustawy). Z tych podstawowych zasad wynika, że faktycznie w każdym postępowaniu mającym za przedmiot udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie może dowolnie kształtować zasad odnoszących się do udzielania zamówień z uwagi na to, że wszelkie kanony postępowania muszą być bezwzględnie przestrzegane. Ponadto należy zauważyć, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”, (art. 29 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych). W niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział w dokumentacji projektowej w zakresie kwestionowanych uszczelek, że te mają być oznaczone nazwą „Tytoń Sit Plus”, która to jest nazwą zastrzeżoną i taka nazwa nie może być stosowana przez podmioty inne niż te mające stosowną licencję, a nie dopuszczalne jest w tym przypadku stosowanie uszczelek oznaczonych typem „STD Vi”. W pierwszej kolejności należy wskazać, że w dokumentacji stanowiącej podstawę do złożenia oferty, była określona uszczelka typu „Tytan Sit”. Nie powinno być sporne w tym przypadku, że przewidziane w dokumentacji uszczelki są produktami o znacznie gorszych parametrach niż przewidziane w kosztorysie ofertowym Wykonawcy uszczelki Standard Vi. Wynika to z tego, że o tle odchyłki kątowne w przypadku obu uszczelek Tytan jak też Standard Vi są takie same, to już ciśnienie robocze PFA w przypadku uszczelki Standard Plus Vi wynosi 16 barów, a w przypadku uszczelki Tytoń Sit tylko 10 barów, co jest wartością znacznie mniejszą i tym samym już z tego powodu nie dało się przyjąć, że faktycznie przewidziane przez Odwołującego się uszczelki nie mogą być uznane za rozwiązanie równoważne bowiem wówczas skoro Zamawiający nie dopuszczałby do stosowania innych rozwiązań dopuściłby się naruszenia podstawowych zasad rządzących zamówieniami publicznymi bowiem bez jakichkolwiek racjonalnych podstaw ograniczyłby możliwość stosowania rozwiązań nawet lepszych niż te projektowane, a na pewno równoważnych poprzez faktyczne dopuszczenie stosowania uszczelek tylko podmiotu, który udzielił licencji na możliwość używania zarejestrowanej

nazwy. Do tego, gdyby założyć, że tylko rozwiązanie Tytoń Sit (nazwa własna rozwiązania) jest dopuszczalne to oferenci, którzy nie współpracują z podmiotami oferującymi takie konkretne rozwiązanie nie mieliby możliwości złożenie oferty, a więc nie tylko producenci, ale również i Wykonawcy byliby wykluczeni z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, co nie jest dopuszczalne mimo tego, że w toku postępowania musi być dopuszczalne zastosowanie równoważnych rozwiązań. Natomiast gdyby założyć, co nie powinno mieć miejsca, że faktycznie Zamawiający przewidział do stosowania uszczelki Tytoń Sit Plus (nazwa zastrzeżona) to i tak wszelkie parametry przewidzianych uszczelki przez Wykonawcę są identyczne z tymi jakie zawarł w specyfikacji Zamawiający. Przewidziane do zastosowania uszczelki mają w kształtkach o średnicy DN 300 w połączeniu z rurami klasy C40 identyczne odchyłki kątowe jak rozwiązania Tytoń Sit Plus i takie same ciśnienie robocze wynoszące w tym przypadku 16 barów. Ponadto jest to ten sam typ uszczelki, przy czym inna nazwa nie może mieć w tym przypadku jakiegokolwiek znaczenie z uwagi na to, co już zaznaczono, że Tytoń to nazwa używana przez określonego i jedyne go producenta, a inne podmioty mogą jej używać wyłącznie po wykupieniu praw licencyjnych. Tak więc w zakresie kwestionowanych pozycji odnoszących się do uszczelki wymagania Zamawiającego zostały w pełni spełnione. Można też zaznaczyć, że przewidziane uszczelki w kwestionowanych pozycjach przez Zamawiającego nie nadawały się do zastosowania w przypadku rur dwukomorowych, a stosowanie takich właśnie rur żądał Zamawiający w dokumentacji przetargowej. Tak więc faktycznie Wykonawca przedstawił rozwiązanie zgodne z dokumentacją projektową i o wiele lepszą niż przewidziane rozwiązanie w dokumentacji. Tym samym z tego powodu oferta złożona przez Wykonawcę nie mogła być uznana jako sprzeczna z SIWZ, co stanowiło między innymi podstawę jej odrzucenia. Kolejnym argumentem przemawiającym za złożeniem oferty niezgodnej z wymaganiami SIWZ było to, że w pozycji 72 d.2. w kolumnie 3 przewidziano: „*Przeciąganie rurociągów przewodowych z żeliwa sferoidalnego łączonych na kielichy z połączeniem blokowanym*”, zamiast „*Przeciąganie rurociągów przewodowych z żeliwa sferoidalnego kołnierzowych*”. W tym zakresie można wyłącznie wyjaśnić, że przejście rurami kielichowymi w rurze ochronnej jest o wiele lepszym rozwiązaniem niż rurami kołnierzowymi z uwagi na to, że złącza kielichowe blokowane na garbie spawalniczym są niewrażliwe na drgania, wybożenia i dają możliwość odchylenia kątownych na każdym połączeniu 3°, co nie jest zapewnione przy złączach kołnierzowych, narażonych na siły ścinające. Do tego Zamawiający zapewne wie, że zastosowane przez Odwołującego się rozwiązanie jest dużo bardziej wytrzymałe na ciśnienie wewnętrzne, włącznie z uderzeniami hydraulicznymi. Ponadto przyjęte rozwiązanie przez Zamawiającego odnoszące się do odcinka niespełna 50 m, przy ogólnej długości magistrali wynoszącej około 4 km powodowało to, mimo tego, że nie wskazano na konkretnego

producenta, iż wyłącznie podmiot, który zawarł porozumienie z vonRoll hydro polska sp. z o.o. w Szczecinie (70-794 Szczecin), ul. Zwierzyniecka 18 mógł ubiegać się o zamówienie bowiem jest to jedyny podmiot, który takie produkty oferuje w zakresie pozycji kwestionowanej przez Zamawiającego. Wedle najlepszej wiedzy Odwołującego jest to jedyny podmiot na rynku europejskim, a najprawdopodobniej i światowym. Można byłoby przyjąć, że faktycznie Wykonawca mógł dokonać zakupu niezbędnych materiałów od innych podmiotów, a wyłącznie od tego podmiotu zakupić oferowane rury niezbędne do wykonania prac pod rzeką Wadąg ale takie rozwiązanie nie było faktycznie możliwe ponieważ podmiot ten nie był zainteresowany dostawą rur, różniących się wyłącznie połączeniem, na tak nieznaczny odcinek, co z kolei by wymuszało zakup wszelkich rur od tego dostawcy, których cena znacznie jest wyższa niż oferowana przez inne podmioty, gdzie przyjęte rozwiązania nie były w jakikolwiek sposób kwestionowane. Takie działanie Zamawiającego, który nie dokonując wskazania konkretnego producenta faktycznie przyjął iż wyłącznie jeden dostawca oferujący określone towary mógł je dostarczyć, a Wykonawca który z nim zawarł porozumienie mógł dowolnie kształtować ceny bowiem powszechnie wiadomym jest, że w przypadku towarów specyficznych takie działania nie są niczym nadzwyczajnym prowadzi do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych. Zamawiający nawet nie starał się wykazać powodów swojego działania, co znamienne bowiem faktycznie w specyfikacji dopuszczono, co oczywiste do stosowania materiały o nie gorszych parametrach, a właśnie przewidziane materiały przez Odwołującego takie parametry posiadają. Co więcej o trafności podnoszonych zarzutów decyduje także i to, że Zamawiający powołał się w przypadku stosowania rozwiązań równoważnych na panujące w jego przedsiębiorstwie standardy. Tyle tylko, że Zamawiający nie powołał się na jakiegokolwiek konkretne regulacje, które takie standardy zawierają, a wszelkie opublikowane na oficjalnej stronie Zamawiającego standardy techniczne bowiem należy zakładać, że o te właśnie chodziło nie odnoszą się do poruszanego w niniejszym postępowaniu zagadnienia. Tak więc w zakresie rozwiązań równoważnych, które muszą być dopuszczone Zamawiający powołał się na niezidentyfikowane dokumenty, niedostępne dla Wykonawcy, które to miały przesądzać o przyjęciu poprawności oferowanych rozwiązań. Bez wątplenia taki opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów stawianych w Prawie zamówień publicznych i przesądzać to musi o uwzględnieniu odwołania także i z tej przyczyny. Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jak już wykazano powyżej nie mógł powoływać się na istnienie tej rzekomej sprzeczności z uwagi na to, że wyłącznym powodem dla którego Zamawiający podjął taką decyzję było zastosowanie na odcinku niespełna 50 m równoważnego rozwiązania względem

projektowanego, gdzie faktycznie wyłącznie jeden dostawca mógł dostarczyć wyspecyfikowany przez Zamawiającego materiał. Powyżej już Odwołujący się wykazał, że faktycznie oferowane rozwiązanie jest równoważne i spełnia wszelkie wymagania Zamawiającego, gdzie Zamawiający nie kwestionował samej rury, a wyłącznie jej połączenie. Nie uzasadniono przy tym powodów dla których tylko takie połączenie mogło być stosowane, skoro na rynku jako rozwiązania równoważne funkcjonują dwa typy połączeń blokowanych, z których każdy spełnia tę samą rolę, a oferowane przez Wykonawcę połączenie jest nie tylko równoważne, ale nawet lepsze z uwagi na większą odporność materiału jaki miał być stosowany na panujące warunki. W przypadku rodzaju zaoferowanych uszczelki stanowisko Zamawiającego było oczywiście wadliwe bowiem nie odnosiło się do parametrów uszczelki, które były wyższe niż projektowe, a wyłącznie do nazwy producenta. Tym samym zachodzi oczywista podstawa do unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych Zamawiający unieważnia postępowanie jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie została złożona żadna oferta, a nadto w przypadku kiedy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Jak już zaznaczono na wstępie w niniejszym postępowaniu nie była prowadzona licytacja elektroniczna więc rozstrzygnięcie oparte o normę art. 93 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych jest oczywiście wadliwe i takie stanowisko nie wymaga szerszego komentarza. Natomiast gdyby Zamawiający właściwie zastosował przepisy ustawy i dokonał zgodnego z jej normami badania ofert nie miałby podstawy do unieważnienia postępowania i z drugiej podawanej przyczyny z uwagi na to, że oferta Wykonawcy była niższa niż kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówienia więc także i z tej przyczyny postępowanie nie mogło być unieważnione, a stanowisko w tym zakresie zostało przedstawione powyżej. Wykonawca uznaje przy tym, że może skarżyć czynność unieważnienia postępowania ze względu na to, że czynność ta pozostaje w ścisłej korelacji z uprzednią czynnością Zamawiającego jakim było odrzucenie złożonej oferty przez Odwołującego. Gdyby przyjąć, że w postępowaniu poniżej progów opisanych w art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych w przypadku unieważnienia postępowania bez względu na powody nie można byłoby wraz z kwestionowanej czynności odrzucenia oferty zgłaszać także zastrzeżeń do następczych czynności ochrona na gruncie prawa zamówień publicznych byłaby wyłącznie iluzoryczna bowiem Zamawiający mógłby dowolnie kształtować rozstrzygnięcie nie obawiając się tego, że któryś z Wykonawców skutecznie

zakwestionuje niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych czynności Zamawiającego.

Zamawiający w trakcie posiedzenia z udziałem stron złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, iż wszystkie podniesione przez Odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Izba postanowiła dopuścić dowód w postaci dokumentacji Postępowania oraz dowody złożone przez Strony w trakcie postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek.

W zakresie zarzutów odwołania:

zarzut nr 1 – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że złożona przez Wykonawcę oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na to, że Wykonawca przewidział do zastosowania w pozycji kosztorysu 72 d.2 w kolumnie 3 prace polegające na Przeciąganiu rurociągów przewodowych z żeliwa sferoidalnego łączonych na kielichy z połączeniem blokowanym zamiast pozycji Przeciąganie rurociągów przewodowych z żeliwa sferoidalnego kołnierzowych, a w pozycjach 28 d.1.3, 30 d.1.3, 31 d 1.3, 32 d 1.3, 33 d.1.3, 36 d.1.3, 37 d.1.3 zamiast uszczelki do rur i kształtek kielichowych żeliwnych Tytoń Sit Plus przewidziano do zastosowania uszczelki oznaczone Symbolem STD Vi;
oraz;

zarzut nr 2 – naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz z poszanowaniem zasad proporcjonalności i przejrzystości z uwagi na niedopuszczenie stosowania w toku

wykonywania zamówienia produktów równoważnych względem tych przewidzianych w dokumentacji przetargowej;

Izba uwzględniła powyższe zarzuty. Izba stwierdziła, iż wskazywane przez Zamawiającego w Informacji o wyniku postępowania z 16 lutego 2018 r. podstawy odrzucenia oferty Odwołującego (a przez to cała czynność odrzucenia) stanowiły naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z czym nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z Informacją o wyniku postępowania z dnia 16 lutego 2018 r., Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego gdyż:

„Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp - jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w kosztorysie ofertowym zmieniono rodzaj rur w miejscu przejścia pod dnem rzeki Wadąg oraz system uszczelki w połączeniach kielichowych rur żeliwnych w stosunku do przedmiaru robót załączonego do SIWZ, na co Zamawiający nie wyraził zgody.

UZASADNIENIE Zgodnie z Rozdziałem XI SIWZ ze zmianami (pismo PZP-372//RIR-51/9/17 z 21.12.2017 opublikowane na stronie zamawiającego w pliku 51-17-zmiany-w-siwz-1-20-12-2017-7 pdf) kosztorys ofertowy należy sporządzić w oparciu o załączony do SIWZ przedmiar robót, uwzględniając zapis ust. 6, który brzmi: „Przedmiar robót uzupełniony przez Wykonawcę o ceny realizacji poszczególnych robót, ustalone z uwzględnieniem ilości robót podanych przez Zamawiającego - staje się kosztorysem ofertowym, który musi zawierać w sobie zestawienie materiałów. Rury wodociągowe i przeciskowe, armatura wodociągowa i przepływomierz muszą posiadać informację dotyczącą nazwy producenta.”

W kosztorysie ofertowym w poz. 72 d.2 oraz pozycjach 28 d.1.3, 30 d.1.3, 31 d.1.3, 32 d.1.3, 33 d.1.3, 36 d.1.3, 37 d.1.3 zmieniono opisy pozycji w stosunku do przedmiaru robót załączonego do SIWZ.

- w kosztorysie ofertowym w pozycji 72 d.2 w kolumnie 3 (opis) wpisano: „Przeciąganie rurociągów przewodowych z żeliwa sferoidalnego łączonych na kielichy z połączeniem blokowanym” POWINNO BYĆ: „Przeciąganie rurociągów przewodowych z żeliwa sferoidalnego kołnierzowych”. W zestawieniu materiałów nie wykazano żeliwnych rur kołnierzowych d=300mm.

- w kosztorysie ofertowym w pozycjach 28 d.1.3, 30 d.1.3, 31 d.1.3, 32 d.1.3, 33 d.1.3, 36 d.1.3, 37 d.1.3 zmieniono symbol uszczelki do rur i kształtek kielichowych żeliwnych wpisano: symbol STD Vi. POWINNO BYĆ: „Tytoń Sit Plus”. W zestawieniu materiałów wykazano rury i kształtki z uszczelkami STD Vi.

Wprowadzone zmiany są niezgodne z SIWZ i nie zostały zaakceptowane przez Zamawiającego. W trakcie postępowania, przed terminem składania ofert, zostało zadane pytanie o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie rur z wewnętrzną wykładziną cementową oraz połączeniami antyrozłączeniowymi z podwójną komorą. Wyjaśniając treść SIWZ, Zamawiający nie wyraził zgody na zamianę między innymi systemu uszczelki w połączeniach kielichowych rur żeliwnych. Jednoznacznie stwierdził, że magistralę wodociągową należy wykonać zgodnie z załączoną do SIWZ dokumentacją projektową (pytanie i odpowiedź pkt. 7 w piśmie PZP-372//RIR-51/11/17 z 11.01.2017r. opublikowana na stronie zamawiającego). W pozostałych ofertach kosztorys ofertowy został dostosowany do wymogów SIWZ oraz uwzględnia odpowiedzi Zamawiającego. Oferta nie odpowiada wymaganiom SIWZ, w tym nie uwzględniono w jej treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego (dostępnych i obowiązujących dla wszystkich wykonawców). Wobec powyższego, oferta podlega odrzuceniu - również ze względu na zasady przejrzystości postępowania przetargowego, równego traktowania wszystkich wykonawców oraz przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji. Oferta podlega odrzuceniu na podstawie Art. 89 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp - jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W kosztorysie ofertowym zmieniono opisy pozycji w stosunku do przedmiaru robót załączonego do SIWZ, zatem występuje istotna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Wobec powyższego, oferta podlega odrzuceniu.”

Natomiast zgodnie z Rozdziałem I ust. 6 i 7 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia):

„6. Do wykonania przedmiotu zamówienia stosować materiały i urządzenia przewidziane w dokumentacji projektowej.

1) Zamawiający dopuszcza ujęcie w ofercie przetargowej zastosowanie innych materiałów niż podane w dokumentacji projektowej pod warunkiem zapewnienia, że parametry i warunki eksploatacyjne materiałów i urządzeń nie będą gorsze niż określone w tej dokumentacji, oraz zgodne ze standardami obowiązującymi u Zamawiającego.

2) W celu weryfikacji parametrów technicznych materiałów i urządzeń przewidzianych do realizacji przedmiotowego zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest do oferty dołączyć zestawienie wraz z nazwą producenta nr materiałów i urządzeń: rury wodociągowe i preciskowe— armatura wodociągowa— przepływomierz— W przypadku zastosowania innych materiałów i urządzeń, niż opisanych w dokumentacji projektowej, należy dołączyć dokumenty potwierdzające ich parametry techniczne - karty katalogowe i stosowne atesty.

7. Do wykonania przedmiotu zamówienia stosować materiały przewidziane w dokumentacji projektowej. Zamawiający dopuszcza ujęcie w ofercie przetargowej zastosowanie innych materiałów niż podane w dokumentacji projektowej, pod warunkiem zapewnienia, że ich parametry nie będą gorsze niż określone w tej dokumentacji oraz zgodne ze standardami obowiązującymi u Zamawiającego.”

Powyższe postanowienia nie zostały zmienione ani usunięte przez Zamawiającego. Na rozprawie Zamawiający stwierdził, iż poprzez udzielone odpowiedzi na pytania *de facto* dokonał wyłączenia możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego. Jednak w żadnej odpowiedzi Zamawiającego nie można doszukać się wprost takiego stwierdzenia, w żadnym miejscu Zamawiający nie wskazał, iż usuwa postanowienia Rozdziału I ust. 6 i 7 SIWZ. Wobec braku ich usunięcia postanowienia te pozostały w SIWZ i wiążą one zarówno wykonawców jak i samego Zamawiającego.

Izba uznała ponadto, iż udzielone na pytania do SIWZ odpowiedzi Zamawiającego nie dotyczą wprost sytuacji Odwołującego, gdyż pod względem technicznym nie są one tożsame.

W wskazywanym przez Zamawiającego w Informacji o wyniku postępowania i w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego *pytaniu i odpowiedzi pkt. 7 w piśmie PZP-372//RIR-51/11/17 z 11.01.2017 r.* – Zamawiający stwierdził jedynie, iż:

„Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany zaproponowane przez Wykonawcę. Magistralę wodociągową należy wykonać zgodnie z załączoną do SIWZ dokumentacją projektową.”

Pomijając okoliczność czy Zamawiający w ogóle mógł dokonać wyłączenia możliwości złożenia oferty z rozwiązaniem równoważnym (które to prawo jest zagwarantowane przez ustawę Pzp), to z całą pewnością należy stwierdzić, iż z powyższej odpowiedzi Zamawiającego nie wynika, iż Zamawiający chciał dokonać modyfikacji SIWZ poprzez usunięcie w Rozdziale I ustępów 6 i 7. Oznacza to, iż prawem wykonawców biorących udział w postępowaniu było skorzystanie z uprawnienia wskazanego w tych ustępach i złożenie oferty z rozwiązaniem równoważnym.

A zatem, złożenie przez Odwołującego oferty zawierającej rozwiązanie równoważne nie mogło samo w sobie stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Izba pomimo twierdzeń Odwołującego w odwołaniu, iż oferowane przez niego rozwiązania są równoważne względem rozwiązań wskazanych w dokumentacji projektowej, nie dokonała badania czy oferowane rozwiązania są równoważne i zgodne ze standardami Zamawiającego, gdyż to nie te okoliczności były podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba jest oczywiście związana zarzutami odwołania i może orzekać wyłącznie w ich zakresie, ale także *niejako* jest związana czynnościami podjętymi przez zamawiającego w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu nierównoważności oferowanych rozwiązań. Zgodnie z informacją o wyniku postępowania nie badał on w ogóle tej równoważności tylko stwierdził, iż Wykonawca nie miał prawa zaoferować takiego rozwiązania, co jest sprzeczne z obowiązującymi postanowieniami SIWZ.

Polemika w trakcie rozprawy czy oferowane przez Odwołującego rozwiązania są równoważne i zgodne ze standardami Zamawiającego nie wpływa nie ważność i podstawy dokonanej przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert będzie mógł m.in. zweryfikować ofertę Odwołującego także pod tym kątem.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 16 lutego 2018 r. została dokonana z naruszeń przepisów ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

zarzut nr 3 – naruszenia art. 29 ust; 1, 2, 3 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, opisanie przedmiotu umowy w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, jak też poprzez faktycznie niedopuszczenie do stosowania materiałów równoważnych, co prowadzi do wyeliminowania z możliwości ubiegania się o zamówienie niektórych producentów, jak też w konsekwencji Wykonawców, a nadto prowadzi to do uprzywilejowania niektórych producentów, jak też Wykonawców mimo tego, że działania takie nie zasługują na jakąkolwiek ochronę z uwagi na oczywistą sprzeczność z przepisami Prawa zamówień publicznych;

Izba nie uwzględniła powyższych zarzutów. Izba stwierdziła, iż zarzuty wobec opisu przedmiotu zamówienia czy też wobec specyfikacji istotnych warunków zamówienia są spóźnione. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Jak wskazano powyżej, przedmiotowe postępowanie zostało opublikowane w dniu 19 grudnia 2017 r. Termin składania ofert natomiast został wyznaczony na dzień 24 stycznia 2018 r. Na

obecnym etapie postępowania, czyli czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, Odwołujący nie może już skarżyć w odwołaniu wniesionym w dniu 21 lutego 2018 r. postanowień SIWZ czy opisu przedmiotu zamówienia.

zarzut nr 4 – naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4) Prawa zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że najkorzystniejsza ze złożonych ofert przewyższa kwotę jaką Zamawiający chciał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, kiedy to faktycznie brak było podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy, a tym samym nie zaszły przesłanki do unieważnienia postępowania z uwagi na to, że oferta Wykonawcy była niższa niż kwota jaką Zamawiający chciał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;

oraz;

zarzut nr 5 – naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 3) Prawa zamówień publicznych poprzez wskazanie, że zaszły przesłanki do unieważnienia postępowania również na tej podstawie;

Izba uwzględniła powyższe zarzuty. W związku z uwzględnieniem przez Izbę zarzutów względem odrzucenia oferty Odwołującego (i nakazaniem unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty), nie zachodziły już przesłanki do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż cena oferty Odwołującego (5 394 274,19 zł) jest niższa niż kwota jaką Zamawiający ogłosił na otwarciu ofert (7 011 000 zł) na sfinansowanie zamówienia.

Nie zachodziły także przesłanki do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jak się wydają ta podstawa unieważnienia postępowania została wskazana w informacji o wyniku postępowania jedynie omyłkowo. W związku z powyższym Izba nakazała unieważnić czynność unieważnienia postępowania i ponowną ocenę ofert.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Pełnomocnik Odwołującego wniósł o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3 600 zł brutto oraz załączył fakturę VAT do akt postępowania. Izba zasądziła na rzecz Odwołującego 3 600 zł tytułem zastępstwa procesowego, uznając, iż wydatek ten stanowił uzasadniony koszt strony. Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2 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 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. W przedmiotowej sprawie pełnomocnik Odwołującego złożył rachunek w postaci faktury VAT.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów 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 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....