

Sygn. akt: KIO 2316/12

WYROK
z dnia 8 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23.10.2012r. przez **odwołującego: ECO - THERM sp. z o.o. ul. Jana Pawła II Nr 177/179; 99-400 Łowicz** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego: Powiat Piski ul. Warszawska 1; 12-200 Pisz**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „Press” S.A. ul.Piaskowa 7; 16-400 Suwałki (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „INWEST” L. K..... sp.j., ul. Żeromskiego 19; 39-300 Mielec(członek konsorcjum)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża **konsorcjum: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „Press” S.A. ul.Piaskowa 7; 16-400 Suwałki (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „INWEST” L. K..... sp.j., ul. Żeromskiego 19; 39-300 Mielec(członek konsorcjum)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ECO - THERM sp. z o.o. ul. Jana Pawła II Nr 177/179; 99-400 Łowicz** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „Press” S.A. ul. Piaskowa 7; 16-400 Suwałki (lider konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „INWEST” L. K..... sp.j. ul. Żeromskiego 19; 39-300 Mielec (członek konsorcjum)** na rzecz **ECO - THERM sp. z o.o. ul. Jana Pawła II Nr 177/179; 99-400 Łowicz** kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę kotłowni z uwzględnieniem źródeł odnawialnych w Zespole Szkół Leśnych w Rucianem Nidzie” o nr postępowania:Or.272.1.7.2012. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 września 2012r., pod numerem: 327160 - 2012.

W dniu 23 października 2012r. odwołujący wniósł odwołanie w którym zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity - Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą”, w związku z następującymi czynnościami i zaniechaniem zamawiającego: 1)czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego 2)czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty nr 2 złożonej przez Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „PRESS” S.A., 16-400 Suwałki, ul. Piaskowa 7 i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „INVEST” L. K..... Spółka Jawna; 39-300 Mielec, ul. Żeromskiego 19 zwane dalej „Wykonawcą wybranym” lub „Przystępującym” 3)czynności polegającej na zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, która zawiera najniższą cenę (kryterium „cena za wykonanie zamówienia” -90% oraz kryterium „okres gwarancji” - 10%).

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy: 1) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1-3, ewentualnie z daleko idącej ostrożności art. 87 ust.1 poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i wynikającą z nich zasadę przejrzystości, w związku z odrzuceniem oferty odwołującego w oparciu o błędną ocenę oferty odwołującego w zakresie oferowanych urządzeń równoważnych, dokonaną w toku badania i oceny ofert, ewentualnie zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty przed jej odrzuceniem; 2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust.1poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty niepodlegającej odrzuceniu i najkorzystniejszej na podstawie kryterium oceny ofert przyjętego w SIWZ a zamiast tego odrzucenie oferty odwołującego i wybór oferty przystępującego, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wskazał na posiadanie interesu do wniesienia odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, gdyż złożył

ofertę najkorzystniejszą spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu. Zatem, gdyby zamawiający podejmował czynności zgodne z przepisami ustawy, odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji. Powyższe działania oraz zaniechania zamawiającego wskazują na poniesienie przez wykonawcę szkody, w szerokim tego słowa znaczeniu, w szczególności szkody materialnej w postaci spodziewanej utraty zysków z pozyskania zamówienia. Odwołujący jest związany złożoną przez siebie ofertą stanowiącą jego oświadczenie woli. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego to oferta odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą a odwołujący uzyskałby zamówienie. Powyższe niezbitnie dowodzi naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący również wskazał na brak przesłanek z art. 189 ust.2 ustawy do odrzucenia odwołania w związku z ustawowym terminem na wniesienie odwołania. Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia środka ochrony prawnej w dniu 18 października 2012r. poprzez zapoznanie się z treścią przesłanych faksem pism zawiadamiających o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 23 października 2012r., co oznacza, że odwołujący uczynił zadość wymaganom art. 182 ust. 1 pkt 2) ustawy.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; powtórzenie czynności oceny ofert, ewentualnie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego; dokonanie czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1-3 ustawy, ewentualnie z daleko idącej ostrożności art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i wynikającą z nich zasadę przejrzystości, w związku z odrzuceniem oferty odwołującego w oparciu o błędną ocenę oferty odwołującego w zakresie oferowanych urządzeń równoważnych, dokonaną w toku badania i oceny ofert, ewentualnie zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty przed jej odrzuceniem, odwołujący wskazał na pismo zamawiającego z dnia 18 października 2012r. w którym poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty.

Z taką argumentacją zamawiającego, odwołujący nie zgadza się z poniższych względów. W pierwszej kolejności należy przywołać stosowne zapisy z dokumentacji przetargowej: Zgodnie z zapisem pkt II SIWZ- Opis Przedmiotu zamówienia „przedmiotem zamówienia jest budowa kotłowni z uwzględnieniem źródeł odnawialnych w Zespole Szkół Leśnych w Rucianem-Nidzie. Projektowane zamierzenie inwestycyjne obejmuje budowę budynku kotłowni oraz przyłącza sieci ciepłowniczej (...) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera projekt budowlany oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót”. Projekt budowlany przewidywał system kotłowni z czterema kotłami (2 kotły do spalania biomasy, zautomatyzowane oraz 2 do spalania odpadów drzewnych, ręcznie ładowane. Odwołujący złożył ofertę w oparciu o kotły zgodne z dokumentacją techniczną Zamawiającego, wskazując w kosztorysie ofertowym dla KOTŁOWNII NA BIOMASĘ - TECHNOLOGIA KOTŁOWNI URZĄDZENIA-KOTŁY I WYPOSAŻENIE : a) w poz. 1 i 2 Kocioł TX 200 jako równoważny do kotła typu HDG Compact 200 b) w poz. 8 i 9 Kocioł HS 110-P.LC jako równoważny do kotła typu HDG Bavaria 125 S. 1.4. Pismem z dnia 12 października 2012r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z ogólnym zapytaniem, „Czy Kotły zastosowane w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym, branża budowlana - technologia kotłowni oraz inne urządzenia, które będą zamontowane w ramach wykonania przedmiotu zamówienia spełniają minimalne parametry określone w dokumentacji projektowej, stanowiącej załączniki do SIWZ?”. oraz „Czy kocioł TX 200 zastosowany w poz. 1 i 2 w/w kosztorysu jest produkowany i dostępny w sprzedaży?”. Na oba pytania Odwołujący odpowiedział twierdząco, przedkładając odpowiednie zaświadczenie generalnego przedstawiciela w Polsce firmy Froling na okoliczność, że kotły TX 200 są produkowane w Polsce oraz deklarację zgodności producenta na cały typoszereg kotłów TX. Zamawiający nie miał zastrzeżeń co do spełniania wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia przez kotły TX 200, natomiast uznał, pomimo twierdzącej odpowiedzi Odwołującego o spełnianiu minimalnych parametrów określonych w dokumentacji projektowej, że kocioł HS 110-P.LC nie spełnia parametru dotyczącego mocy nominalnej 125 [kW], czemu dał wyraz odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy właśnie z powodu nie spełniania przez ofertę tego wymogu. Zaznaczyć przy tym należy, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający oparł się na domniemaniu powziętym z dokumentacji techniczno-ruchowej kotła (w skrócie DTR) dystrybutora kotłów HS 110-P.LC, do którego zwrócił się z prośbą o wyjaśnienia, nie zaś bezpośrednio z wyjaśnień Odwołującego, którego o ten parametr w ogóle nie dopytywał. Należy ponadto zauważyć, że w charakterystyce dotyczącej przedmiotu zamówienia wymóg dotyczący mocy znamionowej (nominalnej) postawiony został jedynie w odniesieniu do kotłów typu HDG Compact 200, z których każdy miał być

o mocy znamionowej 190 [kW].

W odniesieniu do kotłów typu HDG Bavaria 125 przy opisywaniu charakterystyki tych kotłów Zamawiający analogicznego wymogu nie postawił. Podał natomiast inne istotne, zdaniem Odwołującego parametry, takie jak: - Długi okres między kolejnymi załadunkami paliwa. - Sprawność 90%. - Długa żywotność. Komora załadowcza zbudowana ze specjalnej blachy o gr. 10 [mm]. - Ręczna regulacja dopływu powietrza pierwotnego i wtórnego dla osiągnięcia właściwej wydajności w zależności od używanego paliwa. - dla drewna - dopływ powietrza z góry, dla węgla dopływ powietrza z dołu. - możliwość spalania drewna o wilgotności do 45%. - wyciągany na zewnątrz, żeliwny ruszt wstrząsowy. - opatentowany system dopalania czadu oraz automatycznie zamykana kłapa dopływu powietrza zabezpieczająca przed wydostaniem się spalin na zewnątrz. - pionowe płaskie powierzchnie grzewcze, ułatwiające czyszczenie. - wymurówka szamotowa. - współpraca z wentylatorem wyciągowym kotła. - możliwość automatycznego zapłonu paliw stałych (drewna lub węgla) za pomocą gorącego powietrza i specjalnego otworu zapłonowego. - gwarancja 5 lat na korpus. Podkreślić należy, wszystkie powyższe wymogi oferowany Kocioł HS 110-P.LC spełnia, a niektóre nawet przewyższa. Dobierając kocioł ręcznie ładowany firma ECO-THERM starała się dobrać kocioł o parametrach równych lub lepszych od zaprojektowanego kotła HDG Bavaria 125. 1.6. Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający nie doprecyzował w SIWZ, które z parametrów i założonych wymagań technicznych i jakościowych będą oceniane pod kątem równoważności. Znamienne jest, że w projekcie budowlano - wykonawczym branży technologicznej- w załączniku Nr 12, pkt. 1.7.2 w ppkt 2 odnoszącym się do kotłów HDG Bavaria 125 wśród parametrów oraz założonych wymagań technicznych i jakościowych Zamawiający nie podał minimalnych wymogów mocowych projektowanych kotłów, a jedynie konkretny typ kotła jakim jest HDG Bavaria 125. Przyjmując zatem rozumowanie Zamawiającego, który odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie danych pozyskanych z DTR należałoby stwierdzić analogicznie, że Zamawiający oczekiwał w ofercie mocy kotła na poziomie 100 kW, bowiem producent HDG Bavaria GmbH w świetle obowiązujących nowych norm podaje w swojej DTR z kwietnia 2012r. taką właśnie nominalną moc dla kotła Bavaria 125 (dowód: DTR HDG Bavaria GmbH dla kotła Bavaria 125). Zatem oceniając równoważność pod względem mocy również od tej strony, należy stwierdzić, że ECO-THERM miała nieodparte przesłanki aby uznać, że zaproponowany kocioł HS 110-P.LC posiada zdecydowanie lepszą moc nominalną niż 100 kW. 1.7. Ponadto porównując pozostałe parametry dotyczące charakterystyki zaproponowanego kotła HS 110-P.LC z kotłem Bavaria 125 na podstawie danych z obu DTR stwierdzić należy, że oferowany kocioł HS 110-P.LC -ma dłuższy okres między kolejnymi załadunkami paliwa, ponieważ: HS 110-P.LC moc 120

kW HDG Bavaria 125 moc 100 kW 1. Czas między załadunkami 10-18 h 3-6 h 2. Długość polan drewna 1000 mm 850 mm 3 Objętość komory załadowniczej 930 1 345 1 - ma lepszą sprawność, ponieważ HS 110-P.LC moc 120 kW HDG Bavaria 125 moc 100 kW 4 Sprawność dla drewna 90-93 86 Przy czym zauważyć należy, że kocioł Bavaria 125, zgodnie z tym co prezentuje DTR, nie spełnia wymaganego minimum 90 % sprawności, co może świadczyć zarówno o nieaktualności danych zawartych w DTR, ale również o przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia bez należytej staranności po stronie Zamawiającego. Niektóre wymagane w charakterystyce dane nie byłyby bowiem spełnione nawet przez kocioł wskazany przez Zamawiającego jako podstawowy (wzorcowy). Jakby jednak nie patrzeć, to na podstawie powyższego porównania niektórych tylko danych stwierdzić należy, że zaproponowany przez odwołującego kocioł HS 110-P.LC jest kotłem nowocześniejszym i znacznie bardziej funkcjonalnym niż kocioł Bavaria 125 wskazany jako podstawowy.

1.8. Odnosząc się do spornej kwestii mocy nominalnej kotła, tj. czy faktycznie miała być wymagana na poziomie 125 kW zauważyć należy, że w Projekcie budowlano- wykonawczym (str. 6) w pkt „ 1.6. Ogólne założenia projektowe” Zamawiający przemycił - względnie błędnie zinterpretował - zapisy producenta w zakresie nazewnictwa i parametrów przedmiotowego kotła tj. informację o mocy nominalnej kotła wskazując „że „HDG Bavaria 125 (moc nominalna 1 kotła: 125 [kW])”. Cyt.: „1) Zgodnie z decyzją Inwestora opracowano technologię kotłowni opalanej biomasa (głównie zrębkami drewna), pracującej w układzie automatycznym - w oparciu o 2 kotły firmy HDG Bavaria typ HDG Compact 200. Znamionowa moc cieplna 1 kotła - 190 [kW], Znamionowa moc cieplna obu kotłów - 380 [kW] - pokrywa zapotrzebowanie na energię cieplną całego zespołu budynków (patrz pkt. 2.1). Dodatkowo w pomieszczeniu kotłowni instaluje się 2 kotły wsadowe (obsługa ręczna) typ HDG Bavaria 125 (moc nominalna 1 kotła: 125 [kW]). Kotły jw. przeznaczone są do spalania innych form biomasy, takich jak: drewno w szczapach, polana, brykiety drzewne i ze słomy oraz węgiel brunatny i kamienny”. Zauważyć jednakże należy, że parametr mocy nominalnej dla kotła Bavaria 125 potraktował w sposób marginalny ujmując go dodatkowo w nawiasie. Ponadto należy zauważyć, że Zamawiający nie powtórzył tego wymogu w charakterystyce kotła Bavaria 125, w przeciwieństwie do parametru mocy nominalnej ujętego wyraźnie w charakterystyce wymaganej dla kotłów typu HDG Compact 200. Podkreślić należy również fakt, że tak jak w przypadku kotła Bavaria 125 cyfra 125 nie jest tożsama z mocą kotła, tak w przypadku kotłów HDG Compact 200 cyfra 200 nie oznacza mocy kotła, która w przypadku tego kotła wynosi 190kW, co w środowisku producentów kotłów (podobna sytuacja występuje u innych producentów kotłów). Zatem wymóg dotyczący mocy kotła, na dodatek jako że zamieszczony został w rozdziale II. OBLICZENIA.2.1. Bilans zapotrzebowania ciepła i dobór kotłów, zdaniem Odwołującego,

znalazł się w Projekcie budowlano-wykonawczym jedynie dla celów obliczeniowych w celu dopasowania mocy nominalnej projektowanych kotłów do ogólnego bilansu zapotrzebowania mocy cieplnej dla kotłowni. Powyższe wynika z zapisu na stronie 22 Projektu: „(...) Bilans zapotrzebowania mocy cieplnej dla kotłowni: $Q_k = 340 + 40 = 380$ [kW] Dobór kotłów. Biorąc za podstawę w/w bilans zapotrzebowania ciepła, dobrano: 1) 2 kotły grzewcze f-my HDG Bavaria opalane drewnem (bezobsługowe) typ HDG Compact C200 o mocy znamionowej 190 [kW] (każdy). Łącznie: 380 [kW] Kotły jw. przeznaczone są do spalania drewna w postaci zrębków, wiórów, trocin lub pelletów. 2) Uwaga: W uzgodnieniu z Inwestorem - dobrano dodatkowo: 2 szt. kotły wsadowe (obsługa ręczna) typ HDG Bavaria 125 [kW]. Łączna moc: 2×125 [kW] = 250 [kW] Kotły jw. przeznaczone są do spalania: drewno w szczapach, polana, brykiety drzewne i ze słomy, węgiel brunatny i kamienny”. Toteż w ofercie Eco-therm, w kosztorysie dotyczącym kotłowni przyjęto kotły równoważne: a. Kocioł Kocioł TX 200- wersja lewa.- poz. 1 b. Kocioł Kocioł TX 200 - wersja prawa - poz 2. c. Kocioł HS 110-P.LC S lewy - poz. 8 d. Kocioł HS 110-P.LC 125 S prawy - poz. 9 tj, kotły których łączne parametry dotyczące mocy odpowiadają funkcjonalności, której oczekiwał Zamawiający.

Dla Odwołującego, jest rzeczą bezsporną, że Zamawiający winien czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego unieważnić, bowiem czynności te dokonane zostały z naruszeniem prawa przez Zamawiającego, co wykazano i udowodniono powyżej. Odwołujący stoi na stanowisku, iż prawo zamówień publicznych jest procedurą sformalizowaną i przez to rygorystyczną, jednak ten rygoryzm prawny jest uzasadniony dążeniem ustawodawcy do zapewnienia przejrzystości w wydatkowaniu środków publicznych. Ze względu na wyżej wskazany formalizm Zamawiający nie miał prawa dokonać oceny oferty w oparciu o przyjmowane przez niego dowolne interpretacje, lecz jedynie w sposób zgodny z przepisami ustawy, postanowieniami SIWZ, oraz w oparciu o złożone w ofercie dokumenty i ewentualne wyjaśnienia. Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, że wniesienie przedmiotowego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej jest zasadne, a wręcz konieczne, zaś Zamawiający winien przedmiotowe odwołanie uwzględnić z uwagi na zakres czynności podjętych w Postępowaniu i zaniechanych z naruszeniem prawa.

Do odwołania załączono dowód nr1: dane techniczne HDG Bavaria GmbH dla kotła Bavaria 125 wraz z tłumaczeniem; dowód nr 2: dane techniczne kotła TX 200 ; dowód nr 3: dane techniczne kotła HS 110-P.LC wraz z tłumaczeniem.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło pismem z dnia 25

października 2012r. Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „PRESS” S.A., 16-400 Suwałki, ul. Piaskowa 7 i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „INVEST” L. K..... Spółka Jawna; 39-300 Mielec, ul. Żeromskiego 19 zwane dalej „Wykonawcą wybranym” lub „Przystępującym” wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując na interes do rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego, który jego ofertę uznał za najkorzystniejszą. .

Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron uwzględnił odwołanie w całości.

Obecny na posiedzeniu przystępujący wniósł do protokołu sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Co do posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący legitymowany jest do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy zgodnie z którym wykonawcy, któremu wskutek naruszenia przepisów ustawy odbiera się prawo do uzyskania zamówienia wskutek czego może ponieść szkodę, przysługuje prawo do wniesienia odwołania. Z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że złożono 15 ofert w tym oferta odwołującego zawierająca niższą cenę (zasadnicze kryterium oceny ofert) to jest 1.749.484,15 zł. w stosunku do wykonawcy wybranego, który złożył ofertę z ceną 1.779.265,91zł (Pkt 9 Zestawienie ofert. Protokół j.w.). W drugim kryterium oceny ofert odwołujący złożył ofertę porównywalną z wykonawcą wybranym oferującym okres gwarancji 60 miesięcy, co jest najdłuższym okresem gwarancyjnym spośród wszystkich złożonych ofert. W myśl zapisów SIWZ(Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) kryteria według których będą wybierane oferty to cena za wykonanie zamówienia stanowiące 90 % oceny oraz okres gwarancji stanowiące 10 procent oceny ofert (Pkt XII str. 13 SIWZ). Tak więc podnoszona w odwołaniu okoliczność złożenia najkorzystniejszej oferty potwierdza się, co predysponuje odwołującego do skorzystania ze

środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie w związku z posiadaniem interesu w uzyskaniu zamówienia.

Co do przedmiotu odwołania.

Odwołujący wniósł odwołanie w związku z odrzuceniem jego oferty zarzucając zamawiającemu naruszenie art.7 ust.1i 3, art. 89 ust.1 pkt 2, art.29 ust. 1-3 ewentualnie 87 ust. 1 oraz naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy, kwestionuje odrzucenie jego oferty jako tej której treść nie jest sprzeczna z treścią siwz. Powołuje się przy tym na prawo do rozwiązań równoważnych w stosunku do opisanych przez zamawiającego. Bowiem w jego ocenie wykazał, że oferowane przez niego dostawy dwóch kotłów HDG Bavaria 125 spełniają wymagania określone przez zamawiającego (art. 30 ust.3 ustawy).

Rozpoznając wniesione odwołanie Izba przeprowadziła na rozprawie dowody z dokumentów przywołanych przez strony na rozprawie, w odwołaniu oraz ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia a także korespondencji toczącej się w przedmiotowym postępowaniu pomiędzy zamawiającym a odwołującym, w oparciu o które Izba dokonała następujących ustaleń.

Przedmiotem zamówienia jest budowa kotłowni z uwzględnieniem źródeł odnawialnych w Zespole Szkół Leśnych w Rucianym- Nida. Projektowane zamierzenie inwestycyjne obejmuje budowę budynku kotłowni oraz przyłącza sieci ciepłowniczej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w Projekcie Budowlano – Wykonawczym oraz Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (pkt II Opis przedmiotu zamówienia SIWZ str.4) .

Elementem SIWZ jest projekt budowlano-wykonawczy

Z tegoż projektu pkt 5 Technologia Kotłowni (str.2) wynika, że Technologia kotłowni oparta (głównie) o spalanie biomasy oraz odpadów drzewnych dla potrzeb grzewczych i przygotowania c.w.u.; kotłownia o mocy cieplnej 380 [KW]+ dodatkowo 2 kotły wsadowe o łącznej mocy nominalnej 250[KW]. Wspomaganie kotłowni instalacją solarną z bateriami

słonecznymi .

Ze Spisu treści Projektu budowlano-wykonawczego Części A –Technologia Kotłowni ;- Instalacja Solarna I. Opis techniczny pkt 1.6. Ogólne założenia projektowe i pkt 1.7. Rozwiązania projektowe kotłownia ppkt 1.7.2. Kotły wynika co następuje.

Na stronie 6 pkt 1.6. Ogólne założenia projektowe zapisano:1) Zgodnie z decyzją Inwestora opracowano technologię kotłowni opalanej biomasą (głównie zrębkami drewna), pracującej w układzie automatycznym – w oparciu o dwa kotły firmy HDG Bavaria typ HDG Compact 200. Znamionowa moc cieplna 1 kotła – 190[KW]. Znamionowa moc cieplna obu kotłów – 380 [KW] – pokrywa zapotrzebowanie na energię cieplną całego zespołu budynków (patrz pkt 2.1.).Dodatkowo w pomieszczeniu kotłowni instaluje się 2 kotły wsadowe (obsługa ręczna) typ HDG Bavaria 125(moc nominalna 1 kotła 125 [KW]. (...)

Pkt 1.7.2. Kotły zawiera 1) 2 bezobsługowe kotły typu HDG Compact 200, o mocy znamionowej 190[kW] (każdy).Dalej charakterystyka kotłów (...)str. 8i 9.2) 2 kotły HDG Bavaria 125. Dalej charakterystyka kotłów (...) str.9

Z załącznika Nr 15 do SIWZ to jest Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót dla zadania Budowa kotłowni z uwzględnieniem źródeł odnawialnych w Zespole Szkół Leśnych w Rucianym- Nida; Instalacja technologiczna Kotłowni ; Instalacja Solarna; branża Technologia Kotłowni wynikają następujące zapisy.

pkt 5 Materiały, urządzenia i wyposażenie Zamawiający zawarł następujący zapis dot. zastosowania materiałów i urządzeń równoważnych o treści Uwaga: „Zamawiający przedstawił w projektach typy urządzeń i materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, które spełniają założone wymagania techniczne i jakościowe. Oznacza to, że w ofercie nie mogą być zastosowane urządzenia i materiały o niższym standardzie i gorszych parametrach niż określone w dokumentacji technicznej. Wykonawca proponujący inne urządzenia i materiały zobowiązany jest wykazać, że są one równoważne jakościowo i spełniają wymagane projektem normy, parametry i standardy poparte atestami i certyfikatami dopuszczającymi je do obrotu na rynku materiałów budowlanych oraz stosowania w budownictwie. W przypadku niższego standardu i gorszych parametrów technicznych zaoferowanych urządzeń i materiałów, wykonawca zostanie wykluczony a jego oferta odrzucona”- str.6 STWiOR.

Na str.8. STWOiR w pkt 1.4.2 Kotły zawarto zapis „W kotłowni zaprojektowano dwa kotły firmy HDG Bavaria typ HDG compact 200. Kotły pokryją zapotrzebowanie ciepła szkoły, internatu i warsztatów oraz 2 kotły wsadowe typ HDG Bavaria 125 przeznaczone do spalania innych form biomasy, takich jak: drewno w szczapach, polana, brykiety drzewne i ze słomy oraz węgiel brunatny i kamienny.

Z dokumentacji Projektu Budowlano-Wykonawczego.

pkt 1.7.2. Kotły : 1) 2 bezobsługowe kotły typu HDG Compact 200, o mocy znamionowej 190 [kW] (każdy).

Charakterystyka kotłów: - Kotły te przeznaczone są do spalania drewna w' postaci zrębków, wiórów, trocin lub brykietów. - Stała wydajność dzięki zaawansowanej technice spalania wykorzystującej chłodzony powietrzem ruchomy ruszt schodkowy. Płynnie regulowana moc kotła: 30-100 %. - Piórowy wygarniacz paliwa, o średnicy o 4,5 [m], - Możliwość spalania paliwa rozdrobnionego do 5 [cm], o wilgotności do 40%. - Automatyczny zapłon przy pomocy wentylatora gorącego powietrza. - Automatyczny system odpopielania. - Korpus kotła wykonany z blachy o gr. 10 [mm], zabezpieczony od wewnątrz wymurówką szamotową (gwarancja na korpus 5 lat). - Sprawność 91 %. - Wbudowana węzownica bezpieczeństwa. - Możliwość pracy w układach zamkniętych. Urządzenia pracują w trybie całkowicie automatycznym sterowanym za pomocą regulatora swobodnie programowalnego firmy HDG z wykorzystaniem czujnika poziomu zawartości węglowodorów i temperatury spalin. Emisje zanieczyszczeń, przy spalaniu drewna są znacznie poniżej dopuszczalnych norm. Ilość popiołu przy spalaniu drewna to tylko, ok. 1%, objętości spalonego materiału. W dostawie HDG - dostarczany jest odpylacz rotacyjny (cyklonowy) z wentylatorem wyciągowym spalin.

2) 2 kotły HDG Bavaria 125. Charakterystyka kotłów:

Kotły przeznaczone są do spalania drewna w kawałkach, odpadów drzewnych, wiórów, trocin, brykietów drzewnych, peletów oraz węgla kamiennego, brunatnego, groszku. - Długi okres między kolejnymi załadunkami paliwa. - Sprawność 90%. - Długa żywotność. Komora załadownicza zbudowana ze specjalnej blachy o gr. 10 [mm]. - Ręczna regulacja dopływu

powietrza pierwotnego i wtórnego dla osiągnięcia właściwej wydajności w zależności od używanego paliwa. - dla drewna - dopływ powietrza z góry, dla węgla dopływ powietrza z dołu. - możliwość spalania drewna o wilgotności dO 45%. - wyciągany na zewnątrz, żeliwny ruszt wstrząsowy. - opatentowany system dopalania czadu oraz automatycznie zamykana kłapa dopływu powietrza zabezpieczająca przed wydostaniem się spalin na zewnątrz. - pionowe płaskie powierzchnie grzewcze, ułatwiające czyszczenie. - wymurówka szamotowa. - współpraca z wentylatorem wyciągowym kotła. - możliwość automatycznego zapłonu paliw stałych (drewna lub węgla) za pomocą gorącego powietrza i specjalnego otworu zapłonowego. - gwarancja 5 lat na korpus.

Oferta odwołującego została oparta o kotły TX200- 2 szt i kotły HS. 110-P.LC -2szt, które zapewniają założenia bilansu zapotrzebowania ciepła wg projektu budowlano - wykonawczego technologii (pkt II, pkt 2,1 -strona 22) na poziomie 638 KW.

Pkt II ppkt 2.1. Bilans zapotrzebowania ciepła i dobór kotłów – str. 22 Projektu budowlano-wykonawczego.

Z założeń projektowych wynika, że „ Bilans zapotrzebowania mocy cieplnej dla kotłowni to 380 kW”. Przy czym w opisie Dobór kotłów opisano: 1) 2 kotły grzewcze firmy HDG Bavaria opalane drewnem (bezobsługow) typ HDG Compact C200 o mocy znamionowej 190[KW] każdy łącznie 380 [KW]...2) W uzgodnieniu z inwestorem dobrano dodatkowo ; 2 sztuki kotły wsadowe (obsługa ręczna) typ HDG Bavaria 125[Kw] łącznie moc: 2x125[KW] = 250 [KW] Kotły jak wyżej przeznaczone są do spalania(...)

Odwołujący zaoferował dwa kotły TX 200 - które w konfiguracji 2 szt osiągają 398 kW. Dotyczy to 2 kotłów automatycznych. Odwołujący zaoferował 4 urządzenia- zgodnie z założeniami Projektu budowlano-wykonawczego - 2 kotły automatyczne oraz 2 kotły ręcznie ładowane. Sumując moc cieplną wszystkich kotłów odwołujący osiąga nadwyżkę w bilansie cieplnym w ilości 8 KW. Rozwiązanie jakie zaproponował odwołujący to Kotły na biomasę - moc Compact 200 - 2x190 TX200-2x 199kW (dowód Nr 2 do odwołania). Dane techniczne kotła TX 200) Kotły drewno odpadowe - moc HDG Bavaria 125 - 2x 100kW HS. 110-P.LC-2x 120kW. Łączna moc w ofercie odwołującego to 638 kW w stosunku do łącznej mocy konfiguracji oczekiwanej przez zamawiającego 630 kW.

Powyższe ustalenia co do mocy cieplnej zaoferowanych kotłów przez odwołującego Izba

ustaliła na podstawie oferty odwołującego. na str. 24 i 25 Materiały gdzie dla kotłów projektowanych HDG Compact 200 zastosowano kocioł TX 200 a dla Kotła HDG Bavaria 125 zastosowano kocioł HS 110-P.L.C. Z kolei z dowodów załączonych do odwołania wynika, że kocioł HS 110-P.L.C. ma moc cieplną 120KW – dane techniczne a kocioł TX 200 ma moc cieplną do 199KW – dane techniczne . Do odwołania załączono również wydruk ze strony internetowej WWW.euroheat.co.uk wraz z tłumaczeniem przez tłumacza przysięgłego z którego wynika, że kotły projektowane HDG Bavaria 80/125250 mają moc cieplną 100KW.

Wykaz podstawowych materiałów i urządzeń str.46 projektu budowlano-wykonawczego zawierający charakterystykę kotłów: Kocioł opalany drewnem firmy HDG Bavaria typ HDG Compact 200 oraz Kocioł opalany drewnem firmy HDG Bavaria 125. Podane są charakterystyki obydwu kotłów bez wskazania znamionowej mocy cieplnej.

Pismo z dnia 12 października 2012r. zamawiającego do odwołującego wezwanie do udzielenia wyjaśnień czy zastosowane kotły w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym, branża: budowlana-technologia kotłowni oraz inne urządzenia, które będą zamontowane w ramach wykonania przedmiotu zamówienia spełniają minimalne parametry określone w dokumentacji projektowej oraz czy kocioł TX 200 zastosowany w poz. 1i2 w/w kosztorysu jest produkowany i dostępny w sprzedaży.

Pismo z dnia 15.10.2012r. odwołującego stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego z którego wynika, że zastosowane kotły w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym, branża: budowlana-technologia kotłowni oraz inne urządzenia, które będą zamontowane w ramach wykonania przedmiotu zamówienia spełniają minimalne parametry określone w dokumentacji projektowej oraz kocioł TX 200 zastosowany w poz. 1i2 w/w kosztorysu jest produkowany i dostępny w sprzedaży. Do pisma załączono oświadczenie ENREX sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy ul. Fabryczna 19 Generalny Przedstawiciel w Polsce firmy Froling z którego wynika, że odnosząc się do zamówienia „Budowa kotłowni z uwzględnieniem źródeł odnawialnych w Zespole Szkół Leśnych w Rucianem Nidzie” o nr postępowania:Or.272.1.7.2012 kotły, które będą zamontowane w ramach wykonania przedmiotu zamówienia spełniają minimalne parametry określone w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SIWZ oraz kotły TX 200 są produkowane i dostępne w sprzedaży. Załączono również Deklarację zgodności WE dla kotłów na zrębki i pelety dla typu TX 150, TX 200, TX 250. Załączono również oświadczenie z dnia 12 października 2012r. oświadczenie ENREX sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy ul. Fabryczna 19

Generalny Przedstawiciel w Polsce firmy Froling z którego wynika, że kotły typoszeregu TX firmy Froling GmbH w Polsce są dostępne w Polsce w tym o mocy do 200KW od początku bieżącego roku.

Zamawiający we własnym zakresie uzyskał informację od producenta firmy Heitzman, że kotły HS110-P.L.C. nominalną wydajność posiadają 120 KW.

Odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło pismami zamawiającego z dnia 18 października 2012r., w którym zawiadomił odwołującego o wyborze oferty oraz o wykonawcach, którzy w przedmiotowym postępowaniu złożyli oferty zaznaczając, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający podał między innymi :

W dniu 12 października 2012r. zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień czy zaoferowane w kosztorysie ofertowym branża: budowlana – technologia kotłowni oraz inne urządzenia, które będą zamontowane w ramach wykonania przedmiotu zamówienia spełniają minimalne wymagania określone w dokumentacji projektowej. Ponadto zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia czy kocioł TX 200 zastosowany w poz. 1 i 2 kosztorysu jest produkowany i dostępny w sprzedaży. W piśmie tym zamawiający przyznaje, że w wyznaczonym terminie odwołujący udzielił wyjaśnień z których wynika, że zaoferowane przez niego urządzenia spełniają minimalne wymagania określone w dokumentacji projektowej oraz przedstawił oświadczenie producenta, że kotły TX 2000 są produkowane i dostępne. W uzasadnieniu zamawiający również przedstawia własne wyjaśnienia dokonane przy pomocy producentów czy przedstawicieli handlowych oferowanych kotłów. Z uzyskanych wyjaśnień wynika, że oferowany kocioł TX 200 spełnia opisane wymagania co do nominalnej mocy kotła ale kocioł HS 110-P.L.C. ma nominalną moc 120 KW a nie projektowaną 125KW. („Jednocześnie na podstawie otrzymanych od producenta danych technicznych, stwierdzono, że zaoferowane kotły HS 110-P.LC mają nominalną wydajność 120 [kW], a zatem nie spełniają określonych w zał. nr 12 do SIWZ wymagań, tj. mocy nominalnej 1 kotła 125 [kW]. Zamawiający określił, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w dokumentacji projektowej, stanowiącej załączniki do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W załączniku nr 12 do SIWZ - Projekt budowlano-wykonawczy Część II - technologia kotłowni i instalacje, w części opisowej w punkcie 1.6. Ogólne założenia projektowe uwzględniono zainstalowanie dwóch kotłów wsadowych typ HDG Bavaria 125 (moc nominalna 1 kotła: 125 [kW]). Z załączonego do złożonej przez firmę

ECO-THERM oferty kosztorysu ofertowego branża: budowlana - technologia kotłowni w poz. 8 i 9 wynika, że Wykonawca zdecydował się na zastosowanie kotłów HS 110-P.LC., które zgodnie z informacją producenta mają moc nominalną 120 [kW]. Zgodnie z załącznikiem nr 15 do SIWZ Specyfikacja techniczna Wykonania i Odbioru Robót Technologia kotłowni i instalacja solarna, punkt 5 Materiały, urządzenia i wyposażenie „w ofercie nie mogą być zastosowane urządzenia i materiały o niższym standardzie i gorszych parametrach niż określone w dokumentacji technicznej”).

Powyżej przedstawione ustalenia stanowiły uzasadnienie dla zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego, ponieważ zaoferowano kotły „nie odpowiadające swoim parametrom kotłom określonym w dokumentacji projektowej, uznać należy, że złożona oferta nie odpowiada podanemu przez zamawiającego w SIWZ opisowi przedmiotu zamówienia. W związku z tym należy odrzucić ofertę stosownie do art. 89 ust.1pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodną z treścią SIWZ”.

Na rozprawie odwołujący i przystępujący złożyli kolejne dowody na poparcie swoich twierdzeń:

Odwołujący zaświadczenie na druku firmowym HDG Bavaria (kotły opalane drewnem) z dnia 03.01.2012r. z którego wynika, że jest partnerem handlowym Rencraft sp. z o.o. i ma prawo do prezentowania oferowanych wyrobów przez tę firmę. W wyniku powyższego przekazywane w imieniu tej firmy oferty, materiały techniczne są wiarygodnym źródłem proponowanych przez wyrobów;

Odwołujący przedstawił zaświadczenie na druku firmowym HDG Bavaria z dnia 03.01.2012r. Świadectwo autoryzacji serwisowej informującej, że odwołujący uzyskał możliwość obsługi serwisowej gwarancyjnej urządzeń HDG Bavaria na rok 2012 w ramach autoryzowanej firmy partnerskiej. W ramach partnerstwa serwisowego odwołujący zalicza się do ścisłego grona firm serwisowych mających dostęp do zasobów technicznych HDG Bavaria pozwalających prowadzić czynności obsługi serwisowej jak i remontowej;

Przystępujący przedstawił potwierdzenie zlecenia nr 1589428 z dnia 2 maja 2011r. wystawione przez HDG Bavaria z którego wynika, że została sprawdzona znamionowa moc cieplna kotła grzewczego Bavaria B 125 V2 podczas spalania drewna bukowego. Zgodnie z uzyskanymi wynikami moc znamionowa wyniosła 125 KW- tłumaczenie przez tłumacza przysięgłego.

Przystępujący przedstawił korespondencję mailową od Jarosław Nagły przedstawiciel firmy HDG Bavaria GmbH w Polsce do M..... J..... dotyczący oferowanych przez HDG Bavaria kotłów HDG B125, z której wynika, że są oferowane zarówno kotły o mocy 100 KW jak i 125 KW a zależy to od krajowych przepisów o emisji spalin. I tak na terenie

Niemiec i Wielkiej Brytanii sprzedaje się kotły o mocy 100KW a na terenie pozostałych krajów o mocy 125 KW. Ponadto w korespondencji tej przedstawiciel HDG Bavaria krytycznie odnosi się do kotłów zaoferowanych przez odwołującego stwierdzając, że nie są urządzeniami równoważnymi i powodują obniżenie wydajności układu, częstszą obsługę serwisową i krótszą żywotność. Podsumowując stwierdza "Zarówno w jednym jak i w drugim przypadku istnieją kotły odpowiadające jako równoważne zaproponowanym technologiom w projekcie".

Izba zważyła co następuje

Zamawiający w sporządzonej dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik do SIWZ, dokonał opisu przedmiotu zamówienia za pomocą wskazanych w Projekcie Budowlano-Wykonawczym urządzeń kotłowni.

Dokonując opisu przedmiotu zamówienia w tym wypadku kotłów skorzystał z możliwości opisu nie za pomocą wymagań funkcjonalnych urządzeń, tylko przez wskazanie oznaczonych co do producenta typów urządzeń oraz ich parametrów.

Z mocy prawa zamawiający zobowiązany był do dopuszczenia rozwiązań równoważnych w zakresie oferowanych przez wykonawców urządzeń w tym kotłów.

Sposób opisywania przedmiotu zamówienia określony jest w art. 29 ust.1 ustawy zgodnie z którym „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”.

Na podstawie powyżej przywołanych i cytowanych dokumentów SIWZ opisujących przedmiot zamówienia Izba stwierdza, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niekonsekwentny co równa się z niejednoznacznością mogącą wzbudzać wątpliwości po stronie oferentów. Wskazuje na to okoliczność, zresztą podnoszona przez odwołującego, że parametr mocy cieplnej 125 KW dla kotła HDG Bavaria 125 (ładowany ręcznie) nie został konsekwentnie przywoływany we wszystkich pozycjach w których ten typ kotła został wymieniony. I tak np.: w pkt 1.7.2. charakterystyka kotłów nie wskazano mocy cieplnej kotła HDG Bavaria 125 przy czym podano moc cieplną ale dla drugiego typu kotła to jest HDG Compact 200(ładowany automatycznie). Z kolei w przedmiarze robót dokumencie służącym do wyceny robót nie podano mocy cieplnej dla obydwu typów kotłów to jest zarówno dla HDG Compact 200 jak i HDG Bavaria 125 .

Tak niejednoznaczny opis może budzić wątpliwości w sytuacji gdy w typie kotła HDG Bavaria 125 występują moce cieplne w różnych wysokościach. Na rozprawie odwołujący przywołał dowód załączony do odwołania wskazujący, że kocioł HDG Bavaria 125 występuje o mocy 100 KW a nie jak oczekiwał zamawiający o mocy 125 KW. Zresztą sam przystępujący na

rozprawie potwierdził, składając w poczet dowodów korespondencję mailową z której wynika, że ze względów na obowiązujące normy spalin na terenie Niemiec i Wielkiej Brytanii stosuje się kotły o mocy cieplnej 100 KW a nie 125KW. Natomiast w pozostałych krajach producent oferuje kotły o mocy 125 KW.

Powyższe ustalenia odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie marki producenta czyli miejsca pochodzenia. W takim przypadku zgodnie z treścią art. 29 ust.3 zamawiający ma obowiązek wskazać na prawo do równoważnych rozwiązań to jest zgodnie z ust.3 „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, 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”.

Zamawiający wyczerpując wymagania ustawy w tym zakresie to jest w zakresie wskazania równoważności oferowanych urządzeń w pkt 5 Załącznika Nr 15 do SIWZ to jest w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót zapisał, że nie mogą być zastosowane urządzenia i materiały „o niższym standardzie i gorszych parametrach niż określone w dokumentacji technicznej”. Dalej stwierdził, że wykonawca proponujący inne urządzenia i materiały zobowiązany jest wykazać, że są one „równoważne jakościowo i spełniają wymagane projektem normy, parametry i standardy”.

Na podstawie tak określonych warunków równoważności, wykonawca oferujący inne urządzenia niż opisane w SIWZ, miał obowiązek zaoferować urządzenia o parametrach nie gorszych i o standardzie tych urządzeń nie niższym niż w urządzeniach opisanych w dokumentacji Projektu Budowlano-Wykonawczego.

Wobec tak zdefiniowanej przez zamawiającego równoważności zasadniczym ale też jedynym kryterium sprawdzenia oferowanych przez odwołującego kotłów HS 110-P.L.C. pod względem ich równoważności z projektowanymi kotłami HDG Bavaria 125 są standardy, które muszą być nie niższe i parametry, które muszą być nie gorsze.

W ocenie Izby w taki sposób sformułowane warunki równoważności urządzeń wcale nie oznaczają, że wszystkie parametry i standardy urządzeń wymieniane w dokumentach opisujących przedmiot zamówienia muszą być co najmniej powtórzone w opisie urządzeń zaoferowanych. Może być taka sytuacja, że oferowane urządzenie nie ma identycznego poszczególnego parametru jak urządzenie projektowane ale ma inne parametry lepsze, które decydują o równoważności urządzeń projektowanych i oferowanych. Żądanie „nie gorszych parametrów” i” nie „niższych standardów” nie jest jednoznacznym określeniem i może powodować trudności w ocenie czy zaoferowane urządzenie jest równoważne z projektowanym. Określenie ”nie gorsze parametry” nie oznacza, że nie są dopuszczalne odstępstwa zarówno w górę jak i w dół, zwłaszcza w sytuacji, że inne parametry oferowanego urządzenia są wyższe od innych parametrów projektowanego urządzenia. W

przedmiotowym wypadku okoliczność, że oferowany kocioł HS 100-P.L.C.- ma moc niższą od projektowanego kotła HDG Bavaria 125 o 5 KW nie oznacza wprost, że posiada gorsze parametry i niższy standard. Na powyższy aspekt rozstrzygnięcia o równoważności kotłów wskazywano w odwołaniu porównując pozostałe parametry urządzeń z oceną końcową odwołującego, że kocioł oferowany przez odwołującego jest lepszy od kotła projektowanego. Z kolei przedstawiciel handlowy kotła projektowanego w korespondencji mailowej wykazywał niższość urządzenia odwołującego stwierdzając, że „zapropozowany kocioł nie jest urządzeniem równoważnym i powoduje obniżenie wydajności układu, częstszą obsługę serwisową oraz krótszą żywotność”.

W ocenie Izby zdefiniowana przez zamawiającego równoważność nie uprawnia do żądania tożsamy parametrów w oferowanych urządzeniach z projektowanymi urządzeniami a w szczególności żądania wszystkich parametrów na poziomie nie niższym od podanych w projekcie budowlano –wykonawczym i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Zamawiający posługując się określeniem „nie gorszych” dla zdefiniowania równoważności wprowadził definicję o charakterze subiektywnym a nie o charakterze obiektywnym czy wymiernym.

Zamawiający opisując poszczególne typy urządzeń przez opis różnych ich parametrów nie określił w jednoznaczny sposób, jakich parametrów oczekuje od urządzeń oferowanych aby stwierdzić ich równoważność w sposób bezdyskusyjny np.: przez wskazanie, które i w jakiej wysokości z parametrów urządzenia projektowanego ma mieć urządzenie oferowane dla spełnienia wymogu równoważności.

Izba uwzględniając odwołanie uznała, że nie gorszy parametr w zakresie mocy cieplnej spornych kotłów odwołujący wypełnił poprzez zaoferowanie kotłów spełniających parametr po pierwsze bilansu zapotrzebowania mocy cieplnej dla kotłowni a po drugie poprzez wypełnienie wymogu maksymalnej możliwej mocy kotłowni.

W części dokumentacji projektowej Część II Obliczenia 2.1. Bilans zapotrzebowania ciepła i dobór kotłów zamawiający określił, że bilans zapotrzebowania mocy cieplnej dla kotłowni wynosi 380 KW(str.22 dokumentacji). Parametr ten został spełniony przez odwołującego przez zaoferowanie dwóch kotłów ładowanych automatycznie TX 200 każdy o mocy 199KW jako równoważnych dla zaprojektowanych kotłów HDG Compact 200, ponieważ łączna ich moc wynosi 398KW. Natomiast maksymalna możliwa moc kotłowni została określona na 630 KW(str.25 dokumentacji). Parametr ten został spełniony przez odwołującego przez zaoferowanie dwóch kotłów TX 200 każdy o mocy 199KW i dwóch kotłów ładowanych ręcznie HS 110-P.L.C. w miejsce zaprojektowanych HDG Bavaria 125 każdy po 120 KW co daje 240 KW. Łącznie cztery kotły dają Moc cieplną 638 KW [398+240] co wypełnia wymóg SIWZ dla którego jest prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Bowiem przedmiotem postępowania jest Budowa kotłowni z uwzględnieniem źródeł odnawialnych w Zespole Szkół Leśnych w Rucianem Nidzie a nie dostawa czterech kotłów. W związku z powyższym spełnienie równoważności oferowanych urządzeń Izba oceniła na podstawie spełnienia zapotrzebowania na bilans ciepła dla budowanej kotłowni a nie na poziomie mocy cieplnej poszczególnych kotłów tejże kotłowni.

W związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie stwierdzając naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy to jest art. 89 ust.1 pkt 2, art.29 ust. 1-3 oraz art.7 ust.1 i 3, art. 91 ust.1 ustawy, których naruszenie miało wpływ na wynik postępowania co wypełnia przesłanki z art. 192 ust.2 ustawy.

Na marginesie rozstrzygnięcia sprawy należy zauważyć, że tak opisana zasada równoważności w przedmiotowym postępowaniu prawdopodobnie powodowała po stronie zamawiającego trudności w jej egzekwowaniu. Na powyższe wskazuje korespondencja od zamawiającego do odwołującego z dnia 12.10.2012r., gdzie zażądano potwierdzenia przez odwołującego „spełnienia minimalnych parametrów określonych w dokumentacji projektowej” a nie jak w zapisach SIWZ „nie gorszych parametrów” i nie „niższych standardów”. Dlatego też zamawiający dokonując ponownej analizy sprawy po wniesieniu odwołania na posiedzeniu z udziałem stron i przystępującego po jego stronie uwzględnił odwołanie. Z uwagi na wniesiony sprzeciw przystępującego po stronie zamawiającego co do uwzględnienia odwołania, Izba merytorycznie rozpoznała sprawę w myśl art. 186 ust.4 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 2) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od przystępującego po stronie zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 10.000,00zł. i 3.600,00zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący:

