

Sygn. akt: KIO 738/14

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę **Budownictwo Drogowe „Jarpol” S.A., ul. Grenadierów 8/25, 04-062 Warszawa** w postępowaniu pn. *Przebudowa ulicy Raszyńskiej w Michałowicach etap I*, prowadzonym przez **Gminę Michałowice, Reguły**,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Budownictwo Drogowe „Jaropol” S.A., a w konsekwencji nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawcy Budownictwo Drogowe „Jarpol” S.A.,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Michałowice** i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Gminę Michałowice** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Michałowice (dalej „**Zamawiający**”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) (dalej „**ustawa Pzp**” lub „**Pzp**”) pn. „Przebudowa ul. Raszyńskiej w Michałowicach etap 1”.

W dniu 14 kwietnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Budownictwo Drogowe „JARPOL” S.A. ul. Grenadierów 8/25, 04-062 Warszawa (dalej „**Odwołujący**”) od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty w wyniku uznania, że oferta Odwołującego nie zawiera rozwiązań równoważnych do rozwiązań wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i tym samym nie spełnia wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**”);
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących równoważności rozwiązań wskazanych w ofercie oraz SIWZ pomimo powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do powyższego, co skutkowało odrzuceniem oferty.

Odwołujący wniósł o: (i) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponowne przeprowadzenie oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego; (ii) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu swoich zarzutów, Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ uznał, że oferta nie spełnia wymogów określonych w SIWZ. Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego nie zawierała rozwiązań równoważnych do wkładów czyszczących klasy Innolet. Odwołujący wskazał, że na etapie postępowania przetargowego złożył odpowiednie wyjaśnienia. Zamawiający pismem z dnia 3 kwietnia 2014 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wskazania, jakie wkłady czyszczące mają zostać zastosowane, a także kalkulacji szczegółowej wpustu ulicznego z

wkładem czyszczącym. Pismem z dnia 4 kwietnia 2014 r. Odwołujący zrealizował powyższe zobowiązanie. We wskazanym piśmie Odwołujący poinformował, że w ofercie uwzględniono wkłady czyszczące firmy TUZAL Sp. z o.o. Ecodrain z wkładami Aikaterisil. Odwołujący dołączył do pisma kalkulację szczegółową oraz kartę katalogową wkładów czyszczących. W ocenie Odwołującego, ze wskazanych dokumentów wynika, że rozwiązanie wskazane przez Odwołującego jest funkcjonalnie i jakościowo tożsame z wymaganym przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, że wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczyło węższego zakresu okoliczności w stosunku do okoliczności, które następnie stanowiły podstawę do odrzucenia oferty. W treści wezwania Zamawiający ograniczył się jedynie wskazania wkładów, które mają być zastosowane oraz kalkulacji szczegółowej.

W ocenie Odwołującego, z treści zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, że Zamawiający powiązał wątpliwości co do równoważności rozwiązań wskazanych w SIWZ oraz rozwiązania wskazanego przez Odwołującego. Jednakże Odwołujący nie został wezwany do wyjaśnienia treści oferty we wskazanym zakresie. W ocenie Odwołującego spowodowało to podjęcie przez Zamawiającego błędnej decyzji i stwierdzenie, że rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego nie jest rozwiązaniem równoważnym do wskazanego w SIWZ. W ocenie Odwołującego równoważność została wykazana dokumentami stanowiącymi załącznik do pisma stanowiącego odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty.

W ocenie Odwołującego z treść zawiadomienia o wyborze oferty wynika, że Zamawiający dokonał błędnej oceny kwestii równoważności rozwiązań wskazanych w ofercie Odwołującego oraz SIWZ. O powyższym świadczą następujące twierdzenia Zamawiającego: (1) Brak danych co do wymiarów; (2) Brak danych co pojemności kosza filtracyjnego; (3) Skład złoża filtracyjnego prowadzi do jego zatkania i zamulenia; (4); Węższy zakres procesów podczyszczania wody; (5) Mniejsza skuteczność podczyszczania; (6) Wymagana częsta konserwacja i wymiana wkładu filtracyjnego; (7) Brak odpowiedniego materiału; (8) Brak odpowiednich dopuszczeń prawnych.

W ocenie Odwołującego rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego jest funkcjonalnie i jakościowo tożsame z wymaganym przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał w zakresie kwestionowanych parametrów następujące fakty:

ad 1. Wymiary rozwiązania wskazanego przez Odwołującego: wysokość 660 mm, szerokość 290 mm, długość 240 mm - Wymiary wystarczające dla zapewnienia funkcjonalności i jakości tożsamej z funkcjonalnością i jakością rozwiązania wskazanego przez Zamawiającego.

ad.2. Pojemność kosza około 17 litrów. - Pojemność wystarczająca dla zapewnienia funkcjonalności i jakości tożsamej z funkcjonalnością i jakością rozwiązania wskazanego przez Zamawiającego.

ad.3. W rozwiązaniu wskazanym przez Odwołującego złoża filtracyjne składa się ze złoża filtracyjnego naturalnego na bazie preparowanej kory drzew iglastych i tym samym nie ulega biodegradacji w czasie pracy. Nie zdarza się zatykanie złoża w urządzeniu.

ad.4. W rozwiązaniu wskazanym przez Odwołującego zachodzą następujące procesy podczyszczania ścieków burzowo-deszczowych oraz roztopowych zachodzące w urządzeniu oraz na złożu Aikaterisil: (i) zatrzymanie grubszych zanieczyszczeń typu liście gałęzie, odpadki takie jak papier, szmaty, plastik itp. na wierzchniej części urządzenia pod kratką ściekową. Są one łatwe do usunięcia w trakcie konserwacji; (ii) Sedymentacja i osadzanie się mułu, pyłu, ściery gumowego, ściery hamulcowego, piasku itp. w kieszeniach osadczycy; (iii) filtracja biochemiczna na złożu; (iv) rozkład biologiczny związków i substancji ropopochodnych na złożu biologiczny; (v) absorpcja metali ciężkich przez złoża biologiczne; (vi) absorpcja powierzchniowa zanieczyszczeń bardzo drobnych na złożu

ad.5. 35 l/min jest wystarczającym przepływem przy normalnych warunkach deszczowych i roztopowych. W przypadku deszczów nawalnych i burz po pierwszych kilku minutach z jezdni odpływa około 99% zanieczyszczeń i urządzenie pracuje na zasadzie by-pass. Przepływ jest równy przepływowi zgodnemu z przepustowością wpustu ulicznego.

ad.6. Wystarczająca jest konserwacja urządzenia dwa razy w roku. Przy takich urządzeniach konieczne jest bowiem dokonywanie konserwacji po zimie (sypanie solą, piaskiem, śmieci, trociny) jak i po jesieni (liście, gałęzie, śmieci). Nawet w przypadku bardzo efektywnego złoża filtracyjnego konserwacja raz do roku jest niewystarczająca. W przypadkach szczególnych przy dużym obciążeniu drogi przez użytkowników oraz dużym zadrzewieniu i bujnej roślinności możliwa jest częstsza konserwacja.

ad.7. Wyrób wskazany przez Odwołującego ma być wykonany z wysokogatunkowej stali kwasoodpornej SS 316. Jest to stal równoważna jakościowo do stali V4A. Na wskazaną stal udzielana jest 10 letnia gwarancja.

ad.8. Odwołujący przedstawia następujące dokumenty dotyczące proponowanego rozwiązania: (i) Opinia instytutu budowy dróg i mostów w Warszawie z dnia 12 sierpnia 2003 r. wskazująca, że urządzenia Ecodrain z systemem Aikaterisil nie wymagają aprobaty technicznej IBDiM; (ii)

Opinia instytutu ochrony środowiska w Warszawie z dnia 10 września 2003 r., która wskazuje, że urządzenia Ecodrain z systemem Aikaterisil nie są wyrobami budowlanymi w rozumieniu prawa budowlanego; (iii) Certyfikat zgodności nr P41/204/2003 z dnia 12 listopada 2003 r.; (iv) Certyfikat wydany na podstawie badań fizykochemicznych ścieków burzowo deszczowych po przejściu przez urządzenie EcoDrain z wkładami Aikaterisil - nr sprawozdania Instytutu Mechaniki Precyzyjnej LB-4/55/2003 z dnia 12 listopada 2003 r. Wyniki wykazały bardzo dobrą jakość odprowadzanych ścieków i wysoką efektywność systemu; (v) Certyfikat zgodności nr P41/383/2006 z dnia 25 października 2006 r. wydany przez Instytut Mechaniki Precyzyjnej; (vi) Deklaracja zgodności producenta.

W ocenie Odwołującego powyższe wskazuje, że rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego jest rozwiązaniem tożsamym funkcjonalnie i jakościowo z rozwiązaniem wskazanym w SIWZ.

W dniu 29 kwietnia 2014 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego z powodu braku w treści oferty pisemnego porównania produktu opisanego przez Zamawiającego i proponowanego przez Odwołującego w części dotyczącej systemu odwodnienia i wkładów czyszczących kanalizacji deszczowej. Zamawiający wskazał, że w konsekwencji oferta Odwołującego pozostawała niezgodna ze SIWZ w sposób nieusuwalny w świetle art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający podniósł również, że nie mógł wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień, co do spełnienia wymogu równoważności, gdyż w ten sposób doszłoby do uzupełnienia deklaracji wykonawcy w przedmiocie oferowania danej funkcjonalności, a to prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty. Zaznaczył również, że w jego ocenie nie było możliwe wezwanie wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż wymagany pisemne porównanie produktów nie jest jednym z dokumentów wymaganych przez rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231) (dalej „**Rozporządzenie w sprawie dokumentów**”).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść odwołania, odpowiedzi na odwołanie wraz z załączonymi do niej opiniami oraz stanowiska stron

postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Przebudowa ul. Raszyńskiej w Michałowicach – etap I”. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt 2.1 pkt 5) SIWZ Zamawiający określił, że jeżeli wykonawca zamierza złożyć ofertę równoważną, jest zobowiązany wykazać, Zamawiającemu na piśmie, że proponowany przez niego produkt lub materiał nie jest gorszej jakości lub nie ma gorszych właściwości niż wymieniony w opisie przedmiotu zamówienia. W tym celu wykonawca był zobowiązany do pisemnego porównania obu produktów, opisanego przez Zamawiającego oraz proponowanego przez wykonawcę. Porównania należało dokonać w ten sposób, aby Zamawiający bez żadnych wątpliwości i w sposób jednoznaczny mógł stwierdzić równoważność oferowanego przez wykonawcę produktu.

W projekcie budowlanym – Kanalizacja deszczowa pkt 4.6 Zamawiający opisał wymagania dotyczące wpustów deszczowych. Zamawiający określił, między innymi, że tam gdzie zaprojektowane są rury drenarskie wpust wyposażony powinien być w systemowe urządzenie do oczyszczenia (typu Innolet Funke lub co najmniej równoważne). Zamawiający wskazał, że system składa się z wkładu, filtra zgrubnego oraz wkładki filtracyjnej napełnionej specjalnym substratem oczyszczającym. Urządzenie powinno być zbudowane ze stali szlachetnej (1.4404). Dla wpustów o wymiarach 500x500 średnica urządzenia wynosi 300 mm. W przypadku wpustów z pokrywą żeliwną o wymiarach 300 x 500 mm średnica wynosi 250 mm. Wysokość zabudowy jest taka sama i wynosi 700 mm.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2014 r., Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W wezwaniu wskazał, że w złożonej przez Odwołującego ofercie nie zostały uwzględnione żadne wkłady oczyszczające, które byłyby zainstalowane we wpustach ulicznych. Zamawiający wskazał, że wyklucza to cena jednostkowa, jaka została zaproponowana przez Odwołującego podana za wykonanie wpustu ulicznego wraz z wkładem czyszczącym. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie jakie wkłady czyszczące Odwołujący zamierza zainstalować i w jaki sposób została skalkulowana cena wpustu ulicznego wraz z wkładem czyszczącym.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2014 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał, iż w jego ofercie zostały uwzględnione wkłady czyszczące firmy TUZAL Sp. z o.o. EcoDrain z wkładami Aikaterisil. Rozwiązanie to jest równoważne (co dopuszczał Zamawiający) do wkładów czyszczących typu Innolet, jednocześnie znacząco obniża koszty eksploatacyjne (łatwiejsza wymiana i tańsze wkłady filtrujące). Odwołujący wskazał, że wskazane rozwiązanie funkcjonalnie, technicznie i jakościowo spełnia wymagania stawiane przez dokumentację projektową. Odwołujące załączył również kalkulację szczegółową wpustów śr. 500 mm z osadnikiem, pierścieniem odciążającym, rusztem żeliwnym oraz wkładem czyszczącym EcoDrain oraz kartę katalogową wkładów czyszczących.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2014 r. Zamawiający poinformowała wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z pisma Zamawiającego wynika, że oferta Odwołującego została odrzucona. Zamawiający wskazał, że w ofercie Odwołującego nie zostały uwzględnione żadne wkłady czyszczące, które miałyby być zainstalowane we wpustach ulicznych. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedstawił pisemnego porównania obu produktów (w tym przypadku systemu odwodnienia) opisanego przez Zamawiającego oraz proponowanego przez Odwołującego. Zamawiający wskazał, że takiego porównania dokonano pośrednio dopiero w treści wyjaśnień z dnia 4 kwietnia 2014 r., ale w ocenie Zamawiającego Odwołującemu nie udało się wykazać równoważności przyjętego rozwiązania.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkująca odrzuceniem odwołania. Izba stwierdziła również, że spełniona są materialnoprawna przesłanki wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego, z uwagi na złożenie przez niego oferty najkorzystniejszej cenowo, ma on szansę na uzyskanie zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uznała, że zasługuje on na uwzględnienie.

Istotą podniesionego przez Odwołującego zarzutu jest kwestia zasadności odrzucenia oferty Odwołującego z niezgodności z treścią SIWZ. Zamawiający bowiem odrzucił ofertę Odwołującego z powodu nieprzedstawienia przez Odwołującego pisemnego porównania opisanego przez Zamawiającego systemu odwodnienia oraz proponowanego przez Odwołującego.

Ze względu na fakt, że Zamawiający w SIWZ dopuścił możliwość zaoferowania produktów i rozwiązań równoważnych, Izba zauważa, że jakkolwiek w niniejszym postępowaniu odwoławczym, to nie same w sobie wady SIWZ są przedmiotem odwołania, to dla prawidłowego rozpoznania sprawy nie mogą one zostać pominięte. Mają one bowiem bezpośredni skutek dla oceny prawidłowości złożonej przez Odwołującego oferty i prawidłowości działania Zamawiającego w stosunku do oferty Odwołującego.

Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia, w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał on wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. Nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, który dopuszcza opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów i pochodzenia, ma charakter przepisu *lex specialis* w stosunku do przepisu ust.1 i może być stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach, po spełnieniu wymienionych w nim przesłanek – tj. gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, co powoduje, że konkretnie wskazane produkty mają charakter przykładowy. Wszystkie te trzy przesłanki muszą zaistnieć łącznie i co ważne - to zamawiający, a nie wykonawca jest obowiązany udowodnić ich istnienie.

Istotne jest to, aby w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, korzystając z dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, sprecyzował zakres minimalnych parametrów równoważności przedmiotu, oraz metod oceny ich spełnienia w oparciu o które dokona oceny złożonej oferty. Rozwiązanie równoważne nie może oznaczać, że inne zaproponowane w

ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie wymagania przedmiotu referencyjnego wskazanego w treści SIWZ. Jeśli zamawiający oczekuje spełnienia tych wszystkich parametrów to winien był opisać przedmiot zamówienia w tym zakresie wg zasad przewidzianych w art 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Opisując sposób spełnienia równoważności danego produktu zamawiający winien wskazać dopuszczalne odstępstwa zaoferowanego urządzenia czy przedmiotu równoważnego od przedmiotu czy urządzenia referencyjnego za pomocą wartości stanowiących katalog zamknięty, używając określeń np. „nie cięższy niż i nie lżejszy niż”, mający wymiar „nie większy i nie mniejszy” „nie szerszy i nie dłuższy” itp.;. Dopiero przy tak opisanych wymogach wykonawca ma obowiązek na podstawie przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp udowodnienia, że oferowany przez niego produkt mieści się w tych ściśle określonych zakresach równoważności. Aby móc to wykazać, dopuszczenie rozwiązań równoważnych nie może być pozorne lecz musi dawać wykonawcą realną możliwość zaoferowania produktu równoważnego.

W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający wskazał w SIWZ z nazwy rodzaj oczekiwanego urządzenia – wkład czyszczący klasy Innolet Funke. W pkt 4.6 dokumentacji projektowo – wykonawczej – Kanalizacja Deszczowa zawarty został opis wpustów deszczowych. Opis ten nie zawiera jednak żadnych informacji ani wytycznych dla wykonawców w zakresie sposobu wykazania równoważności produktów alternatywnych do wkładów czyszczących Innolet Funke. Zamawiający nie wskazał jakie parametry powinien spełniać produkt równoważny i jakie są możliwe odstępstwa od zawartych w tym opisie wymagań. Jak wynika z dokumentacji postępowania dopiero w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał na parametry techniczne wpustów deszczowych, które podlegały ocenie w zakresie możliwości zaoferowania produkt równoważnego. Co więcej, dopiero podczas rozprawy Zamawiający oświadczył, że w jego ocenie produkt równoważny do produkt, który spełnia oczekiwania Zamawiającego w zakresie skuteczność podczyszczania. Pozostałe parametry techniczne wskazane w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego miały charakter przykładowy i celem ich było wykazanie Odwołującemu, że oferowany przez niego produkt nie ma tych samych parametrów co produkt referencyjny wskazany przez Zamawiającego w treści SIWZ.

W celu ustalenia czy oczekiwania Zamawiającego wyrażone podczas rozprawy dotyczące równoważności miały odzwierciedlenie w treści SIWZ, Izby zwróciła się do Zamawiającego o

wskazanie konkretnych zapisów SIWZ, z których wynikałyby powyższe oczekiwania Zamawiającego. Zamawiający nie potrafił w żaden sposób wyjaśnić Izbie, gdzie w SIWZ znajduje się opis wymagań dotyczących skuteczności podczyszczania, w szczególności, że był to parametr decydujący o uznaniu danego urządzenia za równoważne. Zamawiający wskazał, na pkt 4.3 projektu budowlano – wykonawczego Kanalizacja deszczowa (str. 9), z którego wynika według jego obliczeń, że wymagana przepustowość to 0,9l/s, ale jednocześnie oświadczył, że wymóg podczyszczania określony w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jest, w jego ocenie, innym parametrem niż wskazana przepustowość. Zamawiający nie wskazał na żaden przepis SIWZ z którego wynikałby wymagany poziom skuteczności podczyszczania.

W ocenie Izby, oświadczenia złożone przez Zamawiającego podczas rozprawy oraz nieumiejętność wskazania konkretnych zapisów SIWZ, z których wynikałoby jednoznacznie jakie parametry Zamawiający oceniał w zakresie spełnienia wymogu równoważności w sposób oczywisty wskazują, że oczekiwane parametry Zamawiający nie były znane Odwołującemu, a wiedze o nich nabył on z treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty oraz na rozprawie.

W konsekwencji, wobec braku precyzyjnego opisanie zarówno parametrów wymaganego wpustu deszczowego jak również nie wskazania w postaci katalogu zamkniętego dopuszczalnych odstępstw przy zaoferowaniu rozwiązania równoważnego w ocenie Izby Odwołujący nie miał możliwości wykonania ciążącego na nim obowiązku wynikającego z treści SIWZ tj. przedstawienia pisemnego porównania obu produktów w taki sposób, aby Zamawiający bez żadnych wątpliwości i w sposób jednoznaczny mógł stwierdzić równoważność proponowanego przez Zamawiającego produktu. Skoro z treści SIWZ nie wynikają jasno jakie parametry równoważności należałoby uwzględnić w takim zestawieniu, a podczas rozprawy Zamawiający stwierdza, że w tym zakresie wymagał, aby produkt równoważny miał nie gorszą skuteczność podczyszczania niż określoną w decyzji o odrzuceniu oferty, to Odwołujący w oczywisty sposób nie był w stanie wykazać takiej równoważności, bo informacji takich nie posiadał na dzień składania ofert czy też na dzień wezwania go do wyjaśnienia treści złożonej oferty.

Izba uznała również, że załączone do treści odwołania opinie nie mają znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Z opinii technicznej nr 30/2014 r. przedstawionej na okoliczność porównania systemu EcoDrain oraz Innolet Funke nie wynika w żaden sposób, gdzie w SIWZ

określone były wymagane parametry techniczne systemu Innolet Funke, które były przedmiotem analizy i oceny autora opinii. Autor opinii powołuje się na dane techniczne systemu Innolet Funke, które Zamawiający określił w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i tylko w ograniczonym zakresie w treści SIWZ. Podobnie w ocenie Izby opinia w sprawie równoważności systemu EcoDrain oraz „D-Rainclean” nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. Opinia ta wskazuje na zasadniczą różnicę pomiędzy systemami EcoDrain oraz „D-Rainclean” w zakresie pojemności kosza wkładu czyszczącego. Brak jest jednak w przedłożonej opinii informacji, gdzie w SIWZ Zamawiający określił wymaganą pojemność takiego kosza i ewentualne możliwe do zaakceptowania odstępstwa. Ponadto, w świetle oświadczenia Zamawiającego złożonego podczas rozprawy, w którym określił on, że produkt równoważny to taki, który posiada co najmniej takie same parametry skuteczności podczyszczania jak system Innolet Funke, opinia w sprawie pojemności kosza wkładu czyszczącego jest bez znaczenia.

W ocenie Izby Zamawiający miał możliwość w sposób jasny i klarowny określić wymagania równoważne, co zresztą uczynił tyle tylko, że podczas rozprawy, nie zaś w SIWZ. Zamawiający nie określając zakresu równoważności nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, tym samym opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wpustów deszczowych nie pozwalał na ustalenie, jakie były oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie. Twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący nie kwestionował zapisów SIWZ nie mogą uzasadniać, w ocenie Izby, nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. To Zamawiający jako gospodarz postępowania zobowiązany jest do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy nie mogą być obarczeni brakiem staranności i precyzji w działaniu zamawiającego co do opisu wymaganego przez niego produktu równoważnego. Należy jednocześnie podkreślić, że niejasne sformułowanie pożądaných cech oferowanego przez wykonawców produktu czy też brak ich wskazania prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy oferując produkt o zbliżonych cechach będą oczekiwać uznania go za odpowiadający założonym ogólnym parametrom, tj. uznania go za równoważny. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Izba podkreśla również, że wpust deszczowy równoważny do wskazanego przez Zamawiającego nie będzie produktem identycznym, a porównując oba produkty zaistnieją pewne elementy różniące. Istotne jest, aby produkt równoważny miał odpowiednią funkcjonalność i parametry (które powinny być wskazane przez Zamawiającego). Produkt taki powinien być kompatybilny z produktem wymaganym przez Zamawiającego. Jednakże aby taką

kompatybilność osiągnąć wykonawcy muszą posiadać wiedzę i niezbędne informacje, aby móc spełnić oczekiwania Zamawiającego. Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wskazał takich parametrów i funkcjonalności, to Odwołujący nie był w stanie przedstawić i wykazać, że oferowany przez niego produkt jest równoważny.

W ocenie Izby, wskazanie dopiero w treści decyzji o odrzuceniu oferty na równoważnie parametry techniczne będący przedmiotem oceny przez Zamawiającego oraz doprecyzowanie podczas rozprawy, że za urządzenie równoważne Zamawiający uznaje urządzenia mające co najmniej takie samą skuteczność podczyszczania jak wpust typu Innolet nie może skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego. Skoro SIWZ nie określała jakie parametry Zamawiający będzie brał pod uwagę przy określeniu czy produkt równoważny spełnia jego oczekiwania, to nie może się na etapie oceny ofert powoływać się na nie. Niezgodność treści oferty ze SIWZ nie można domniemywać, gdyż to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne, tj. wykazania przesłanek odrzucenia oferty Odwołującego.

Ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie potwierdza, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, iż biorąc pod uwagę treść SIWZ, treść oferty Odwołującego, dokumentację postępowania, stanowisko stron wyrażone w odwołaniu i pismach procesowych oraz ustalenia Izby dokonane w toku rozprawy, że brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Jednocześnie Izba podkreśla, że argumentacja Zamawiającego jakoby nie było możliwe wezwanie Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumenty tj. pisemnego zestawienia porównującego produkt oferowany przez Odwołującego oraz wymagany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż dokument ten nie znajduje się w katalogu dokumentów określonych w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów jest niezasadny. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z §6 powyższego rozporządzenia Zamawiający ma prawo do żądania od wykonawców dokumentów na potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, usługi, dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania. §6 rozporządzenia nie zawiera zamkniętego katalogu możliwych form potwierdzenia, o czym świadczy użyty przez ustawodawcę zwrot „w

szczególności". Oznacza to, że Zamawiający mają prawo żądać innych dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane przez nich roboty budowlane, dostawy czy usługi spełniają oczekiwania zamawiającego określone w SIWZ, niż te które przykładowo wymienia ustawodawca w §6. Ważne jest, aby rodzaj wymaganych dokumentów został jasno i precyzyjnie określony w treści SIWZ. W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający skorzystał z przysługującego mu prawa żądania dodatkowych dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy są zgodne z jego oczekiwaniami. Zamawiający mógł i powinien był wystąpić do Odwołującego o uzupełnienie brakującego zestawienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a ewentualne wątpliwości powinien był wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wymagane zestawienie było w ocenie Izby dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego i mieszczą w katalogu dokumentów jakie Zamawiający mogą żądać od wykonawców na podstawie Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Co do wniosku dowodowego zawartego w treści odwołania dotyczącego przesłuchania w charakterze świadków wskazanych osób na okoliczność wykazania równoważności oferowanego przez Odwołującego wpustu deszczowego, Izba postanowiła oddalić powyższy wniosek z uwagi na fakt, że skoro Zamawiający nie określił w SIWZ jakie cechy powinien posiadać produkt równoważny, to bezcelowym i zmierzającym do przewlekłości postępowania należało uznać wniosek o przesłuchanie świadków w celu wykazania równoważności. Podobnie Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy Zamawiającego dotyczący przesłuchania określonych osób na okoliczność wykazania, że produkt oferowany przez Odwołującego nie spełnia wymagań w zakresie równoważności jako wniosek powołany jedynie dla zwłoki. Skoro Zamawiający nie określił parametrów równoważności, to bezcelowe było, w ocenie Izby, przesłuchiwanie świadków na okoliczność braku równoważności produktu oferowanego przez Odwołującego.

Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała podniesiony zarzut za bezprzedmiotowy w sytuacji potwierdzenia się dalej idącego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny

wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący