

Sygn. akt: KIO/UZP 536/09

WYROK
z dnia 7 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Renata Tubisz
Dagmara – Gałczewska Romek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Głogów Małopolski, 36-060 Głogów Małopolski, Rynek 1** protestu z dnia 7 kwietnia 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka

- 1. Uwzględnia odwołanie. Nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Głogów Małopolski ul. Rynek 1, 36-060 Głogów Małopolski**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Głogów Małopolski ul. Rynek 1, 36-060 Głogów Małopolski** na rzecz **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż urządzeń do przetwarzania osadów metodą ortweda dla oczyszczalni ścieków sanitarnych w Głogowie Małopolskim, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2009/S 18 – 025416 z 28.01.2009r.), w dniu 8 kwietnia 2009 r. (datowany 7.04.2009 r.) został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Mostostal Warszawa SA z Warszawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Gminie Głogów Małopolski naruszenie przepisów ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Dz. U. Nr 220, poz. 1420, Nr 222, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101), to jest:

1. art. 9 ust. 1 ustawy, przez brak pisemnego powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty,
2. art. 26 ust. 3 ustawy, przez bezpodstawne dopuszczenie do uzupełnienia oferty Hydro System Jakub Barański,

3. art. 27 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie powiadomienia odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty pisemnie lub faksem, to jest w sposób określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty firmy Hydro System Jakub Barański, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
5. art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy, przez zaniechanie powiadomienia odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty.
6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, w konsekwencji naruszenia wyżej wskazanych przepisów.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, odwołujący podał, że w dniu 1 kwietnia 2009 r. ze strony internetowej zamawiającego powziął wiadomość o wyborze oferty złożonej przez Jakuba Barańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Hydro System Jakub Barański z siedzibą w Warszawie. Zamawiający mimo obowiązku nie powiadomił odwołującego o tej czynności, co narusza art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuścił składanie oświadczeń, wniosków, informacji, zawiadomień itp. w formie pisemnej lub faksem. Na pisemny wniosek, zamawiający udostępnił odwołującemu dokumentację postępowania w dniu 1 kwietnia 2009 r. Odwołujący zarzucił, że zamawiający dokonał wyboru oferty firmy Hydro System Jakub Barański, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający, zgodnie z udostępnioną specyfikacją, a w szczególności z formularzem oferty, wymagał by wraz z ofertą dołączony został dokument nazwany „charakterystyka poszczególnych urządzeń według wyznaczników zawartych w SIWZ.” W ocenie odwołującego, wybrany wykonawca nie dołączył wymaganego treścią specyfikacji dokumentu. Opis charakterystyki oferowanych urządzeń był wymagany bezwzględnie i nie podlegał uzupełnieniu. Brak wymaganego opisu i charakterystyki urządzenia obligował zatem zamawiającego do odrzucenia oferty firmy Hydro System Jakub Barański. Umożliwienie uzupełnienia tej oferty, narusza art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia oraz w wyjaśnieniach do SIWZ określił jasno i wyczerpująco wszelkie wymagania, jakie spełnią jego oczekiwania. W szczególności w odpowiedzi z dnia 24 lutego 2009 r. potwierdził, iż oferowane urządzenie w postaci „wirówki” musi odpowiadać standardom opisanym w SIWZ, wyznaczonych jako minimalne. Opis ten został dokonany w oparciu o parametry urządzenia – wirówki Flottweg. Niezależnie od tego, zamawiający zdefiniował w sposób jednoznaczny parametry wymagane od oferowanego urządzenia, zawierając je w treści punktu 2.1. A SIWZ. Odwołujący w tabeli zestawiał parametry wymagane i zaoferowane przez firmę Hydro System Jakub Barański, uwidaczniając różnice między wymogami SIWZ, a parametrami oferowanego urządzenia - wirówki Aldec 40 (produkcji firmy Alfa Laval), które dotyczą:

- wymiarów średnicy geometrycznej bębna, wymagany 370 mm, podany 353 mm,
- wymiarów urządzenia, wymagany ok. 2900x940x900mm, podany 3072x845x1330mm,
- wydajność hydrauliczna, wymagana 5 -15 m³/h, podana 8 -15m³/h,
- materiał bębna, wymagane wykonanie techniką odlewu typu „duplex” ze stali nierdzewnej, podany z wykorzystaniem zwykłej stali szlachetnej – nierdzewnej,
- prędkość maksymalna wirników 4000 obrotów/minutę, podana została odmiennie.
- wymagane niskie zapotrzebowanie energii, wirówka nie może posiadać rozruchu typu gwiazda/trójkąt lub bezpośredniego startu dla napędu bębna, podano „rozruch urządzenia w systemie bezpośrednim „on line,“ co oznacza większy pobór prądu niż dopuszczony.

Z wyspecyfikowanych wyżej różnic, odwołujący wywiódł wniosek, iż oferta firmy Hydro System Jakub Barański, jest niezgodna z treścią SIWZ, zatem zamawiający winien ją odrzucić. Parametry zaoferowanego urządzenia wskazują na wariantowość oferty, czego zamawiający nie dopuścił w warunkach przetargu. Zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ oraz wybór tej oferty, jak ocenił odwołujący, narusza wskazane przepisy, powoduje nieuzasadnione faworyzowanie wybranego wykonawcy, skutkuje naruszeniem zasad określonych w art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, a w następstwie prowadzi do nieważności postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp i nieważności umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2009 r. doręczonym faksem 17 kwietnia 2009 r., zamawiający oddalił protest w całości. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp, nie znajduje podstaw, gdyż powiadomił wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i dysponuje dowodem doręczenia pisma z dnia 30 marca 2009 r. znak BI-B-341/02/2009 do odwołującego. Zamawiający stwierdził, że wybrana oferta firmy Hydro System Jakub Barański jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zaprzeczył też podnoszonym przez odwołującego okolicznościom, jakoby wzywał wybranego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów oferty – w postaci opisu i charakterystyki oferowanych urządzeń, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Przyznał, że w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, pismem z dnia 18 marca 2009 r. wzywał wybranego wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących oferowanych urządzeń w złożonym dokumencie pod nazwą „opis instalacji do przetwarzania osadów.” Wskazanie przez odwołującego, że szczegółowe parametry jednego z urządzeń tj. wirówki, takie jak: średnica bębna, rodzaj stali, pojemność bębna itd. oferowanej przez Hydro System Jakub Barański wirówki Aldec 40, są inne niż wirówki Flottweg – a przez to, zgodnie z odpowiedzią na pytania z dnia 24 lutego 2009 r. nie spełniają przez zaoferowaną wirówkę równoważną standardu wykonania wirówki Flottweg, jest zdaniem zamawiającego pozbawione

uzasadnionych podstaw. Odpowiedź zamawiającego nie wskazywała na konkretne parametry np. wymiary bębna, lecz określała ogólny standard wykonania.

W odwołaniu wniesionym w dniu 24 kwietnia 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o:

1. nakazanie unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty Hydro System Jakub Barański,
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, na zasadach zgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący podniósł, że w ofercie wskazał adres dla doręczeń Region Olsztyn Pion Inżynierii Środowiska Mostostalu SA Warszawa Al. Piłsudskiego 76, 10 - 450 Olsztyn, a zamawiający wbrew temu przekazał zawiadomienie o wyborze oferty do siedziby spółki ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa. W związku z doręczeniem pisemnego powiadomienia o wyborze oferty w dniu 4 kwietnia 2009 r., odwołujący odstąpił od czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 27 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący podtrzymał całą argumentację protestu, dotyczącą niezgodności oferty wybranego wykonawcy firmy Hydro System Jakub Barański ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo wskazał, że brak wymaganego opisu i charakterystyki oferowanych urządzeń na etapie złożenia oferty uniemożliwił zamawiającemu jakąkolwiek ocenę wybranej oferty, pod względem zgodności tych urządzeń z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Opis oferowanych urządzeń wraz z ich charakterystyką nie może podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający naruszył powołany przepis, umożliwiając wykonawcy uzupełnienie oferty z naruszeniem prawa. W treści rozstrzygnięcia protestu, zamawiający przyznał, że umożliwił wykonawcy złożenie wyjaśnień. W ocenie odwołującego, stanowiło to uzupełnienie oferty, pod pozorem czynności, o której mowa w art. 26 ust. 4 Pzp. Wskazany przepis uprawnia wyłącznie do żądania wyjaśnień od wykonawcy w zakresie złożonych wraz z ofertą dokumentów, a nie umożliwia jej uzupełniania. Stosowany może być w sytuacjach szczególnych, gdy dokument jest nieczytelny lub budzi jakąś wątpliwość. Nadto odnosi się do dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155).

Niezależnie od tego, że w odpowiedziach na pytania z dnia 24 lutego 2009 r. zamawiający potwierdził, iż oferowane urządzenie musi odpowiadać standardom opisanym w SIWZ wyznaczonym jako minimalne, które określa standard wykonania wirówki Flottweg, to ściśle zdefiniował określone w specyfikacji parametry graniczne, wymagane od oferowanego urządzenia. Wymagania te zostały między innymi zawarte w treści punktu 2.1 SIWZ - opis

przedmiotu zamówienia, które to charakterystyczne parametry dla wirówki z oprzyrządowaniem zdefiniował między innymi w następujący sposób:

lit. c) wymiary wirówki nie mogą przekraczać parametrów określonych w projekcie modernizacji stanowiska przetwarzania osadów poneutralizacyjnych z oczyszczalni ścieków komunalnych w Głogowie Młp. firmy Tuzal tj. 3000mmx1000mmx1200mm ze względu na niedużą ilość miejsca w adaptowanym pomieszczeniu,

lit. d) posiadać wydajność 5-15 m³/h, a napęd ma mieć możliwość niskostratnego, bezstopniowego nastawiania i regulacji różnicowej prędkości obrotowej ślimaka, dostosowanej do ilości dostarczanych osadów o mocy nie większej niż 22kW,

lit. e) prędkość maksymalna wirników 2000 obrotów na minutę,

lit. i) wykonana w całości z materiału odpornego na działanie czynników chemicznych,

lit. n) niskie zapotrzebowanie energii elektrycznej.

Odwołujący podtrzymał zarzuty, że oferowane urządzenie wirówka Aldec 40 w ofercie Hydro System Jakub Barański, nie spełnia wymagań w zakresie: maksymalnych wymiarów, wydajności, parametru zagęszczenia, zapotrzebowania energii elektrycznej. Przyjęcie oferty, w której wykonawca oferuje inne od wymaganego urządzenie, o parametrach nie odpowiadających ustalonym wymaganiom, odwołujący uznał za niedopuszczalne, gdyż zamawiający na etapie badania i oceny ofert odstąpił od postawionych wymagań w zakresie doboru urządzeń w oparciu o dokonany opis przedmiotu zamówienia. Działanie takie jest w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych niedopuszczalne. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia jest co prawda uprawniony do dokonania jego zmiany, ale może to mieć miejsce do upływu terminu składania ofert. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wyroki o sygnaturach: KIO/UZP 430/08, KIO/UZP 1357/08, KIO/UZP 123/09, KIO/UZP 175/09.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania wraz załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami i wyjaśnieniami oferty firmy Hydro System Jakub Barański z uzupełnieniami, oferty odwołującego, pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym.

Nadto Izba rozważyła stanowiska przedstawione przez pełnomocników stron do protokołu rozprawy.

W postępowaniu zostały złożone 3 oferty, – Jakub Barański Hydro System z ceną brutto 1 684 820,00 zł., oferta odwołującego zajmuje drugą pozycję, w jedynym kryterium ceny, podaje cenę brutto 2 562 543,00 zł, co uzasadnia interes prawny w złożeniu protestu i odwołania.

W zakresie podnoszonych zarzutów protestu, podtrzymanych w odwołaniu, będących na podstawie art. 191 ust. 3 Pzp przedmiotem rozpoznania, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera następujące regulacje.

Zgodnie z projektem modernizacji stanowiska przetwarzania osadów poneutralizacyjnych z oczyszczalni ścieków komunalnych w Głogowie Małopolskim opracowanym przez firmę TUZAL metodą ortweda (przez przetwarzanie osadów w stały produkt), w skład stanowiska wchodzi między innymi wirówka z oprzyrządowaniem. W opisie przedmiotu zamówienia pkt 2.1 A SIWZ oznaczona jako produkt firmy Flottweg Dekanter Z4ES–3/454 HTS z napędem SP 3.10 lub równoważna: zaoferowana wirówka musi charakteryzować się następującymi parametrami:

1. brak oznaczenia parametrów określających średnicę bębna,
2. lit. c) wymiary wirówki nie mogą przekraczać parametrów określonych w projekcie modernizacji 3 000mmx1 000mmx1 200 mm,
3. lit. d) wydajność 5–15m³/h,
4. lit. j) wykonanie w całości z materiału odpornego na działanie czynników chemicznych,
5. lit. e) prędkość maksymalna wirników 4000 obr./min,
6. brak oznaczenia parametrów pojemności bębna,
7. lit. n) niskie zużycie energii,
8. brak oznaczenia parametrów poziomu wibracji.

Odwołujący część zarzutów przeciwko ofercie Hydro System Jakub Barański oparł na parametrach, charakterystycznych dla produktu – wirówki Flottweg Dekanter Z4ES–3/454 HTS, mimo że zamawiający nie podał wymienionych parametrów w opisie technicznym przedmiotu zamówienia. Stanowisko swoje odwołujący wywodzi z odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 24 lutego 2009 r., „że oferowane urządzenie wirówki jako równoważne musi spełniać wymagania wyznaczające standard wykonania wirówki Flottweg.” W ocenie Izby, jeżeli zamawiający wprost w opisie technicznym nie podał określonego parametru jako granicznie wymaganego, odwołujący nie ma podstaw do porównywania parametrów wybranego produktu z pełnym opisem technicznym urządzenia wirówki Flottweg Dekanter Z4ES–3/454 HTS – podanym w karcie charakterystyki tego produktu oraz formułowania na tej tylko podstawie zarzutów, iż oferta równoważna Aldec 40 firmy Hydro System Jakub Barański nie spełnia tego rodzaju wymagań.

Zgodnie z punktem 10.4.6 SIWZ dokumentacja oferty winna zawierać charakterystykę proponowanych urządzeń do przetwarzania osadów metodą ortweda.

Odwołujący w załączniku nr 6 do swojej oferty zawarł charakterystykę urządzeń do przetwarzania osadów metodą ortweda, proponując Dekanter Flottweg typ C3E–4/454

w wykonaniu HTS, czyli model tego typu wirówki inny, niż na bazie którego zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia.

Wybrany wykonawca Hydro System Jakub Barański, w dokumentacji oferty zawarł opis instalacji do przetwarzania osadów, gdzie w danych technicznych wirówki dekantacyjnej podał: wirówka dekantacyjna produkcji Alfa Laval, typ G245/NX 3652-1 lub Flottweg Dekanter Z4ES-3/454 lub równoważna. Dalej podał charakterystykę urządzenia. Pismem z dnia 18 marca 2009 r. wykonawca ten był wzywany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, między innymi w odniesieniu do zaproponowanej wirówki. Wezwanie brzmiało – „proszę określić dokładnie, który typ Alfa Laval, typ G245/NX 3652-1 lub Flottweg Dekanter Z4ES-3/454 lub równoważna.” W zakreślonym terminie, przy piśmie z dnia 25.03.2009 r. Hydro System Jakub Barański przysłał uzupełnienie opisu instalacji do przetwarzania osadów, deklarując dostarczenie wirówki dekantacyjnej Aldec 40 Alfa Laval.

Zestawienie parametrów wymaganych wprost specyfikacją, z podanymi w karcie charakterystyki produktu wymienionego typu wirówki zaoferowanego przez firmę Hydro System Jakub Barański, uwidacznia różnice między wirówką Flottweg Dekanter Z4ES-3/454 HTS, a parametrami urządzenia - wirówki Aldec 40 (Alfa Laval). Różnice dotyczą:

- wymiarów urządzenia, wymagany tj. 3 000x1 000x1200 mm, podany wymiar maksymalny 3072x845x1330 mm, z dopiskiem „przy zastosowaniu zaplanowanego dla oczyszczalni ścieków w Głogowie Młp. silnika głównego o mocy 18,5 kW, długość całkowita wyniesie 2995 mm.”

- wydajność hydrauliczna, wymagana 5 -15 m³/h, podana 8 -15m³/h.

W dalszej części opis jest zgodny z wymaganiami punktu 2.1 A SIWZ,

- materiał bębna, wymagane wykonanie w całości z materiału odpornego na działanie czynników chemicznych, podany z wykorzystaniem stali kwasoodpornej z dodatkowymi zabezpieczeniami przed ścieraniem, części narażonych na erozję,

- wymagane niskie zapotrzebowanie energii, w opisie wirówki w ofercie Hydro System Jakub Barański podane jest „odpowiednio wysoka wydajność w połączeniu z niskim zużyciem energii 1,5 kWh/m³ osadu.” Zużycie energii wirówki Flottweg oferowanej przez odwołującego ok. 1,0 – 1,4 kWh/m³ osadu mokrego w zależności od nadawy,

- prędkość maksymalna wirnika podana 4000 obrotów/minutę.

Izba zważyła, co następuje.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez podanie nazwy konkretnego urządzenia oraz nazwy producenta. Taki opis co zasady jest niewłaściwy, gdyż narusza przepis art. 29 ust. 1 i ust. 3 Pzp. Wyjątek ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje w art. 29 ust. 3, gdy przedmiotu zamówienia nie da się inaczej opisać, niż przez wskazanie znaków

towarowych, patentu, pochodzenia, a wówczas wskazaniu takiemu towarzyszom określenia „lub równoważny.” To samo odnosi się do opisywania przedmiotu zamówienia przy pomocy norm, aprobat, specyfikacji technicznych (art. 30 ust. 4 Pzp). Z kolei przepis art. 30 ust. 5 Pzp wymaga, o ile zamawiający powołuje się na to, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, dokładnego opisu, jakie produkty uznane zostaną za równoważne. Jakimi kryteriami będzie się kierował zamawiający oceniając wyrób za równoważny opisanemu w specyfikacji. Ze względu na jakie właściwości lub parametry, wyrób zostanie zdyskwalifikowany, a oferta odrzucona. Do opisu rozwiązań równoważnych także stosuje się wskazania art. 29 ust. 1 Pzp, 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. Jeżeli zamawiający nie jest w stanie podać zakresu parametrów, odnoszących się do opisanej cechy technicznej, może posłużyć się opisem funkcjonalnym, co dopuszcza art. 30 ust. 6 Pzp. Przy czym ustawodawca zaznaczył, że ma to być dokładny opis przedmiotu zamówienia, poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Wówczas po stronie wykonawcy, będzie leżał obowiązek dowiedzenie, że oferowany przez niego wyrób, spełnia wymagania równoważności, w znaczeniu postawionych łącznych możliwości funkcjonalnych, lub innych podanych warunków równoważności. W przekonaniu Izby, zastosowany przez zamawiającego, sposób oceny spełnienia walorów równoważnych, oferowanego przedmiotu zamówienia, jako odpowiadających standardowi wykonania wirówki Flottweg, nie został dostatecznie sprecyzowany i jest niewystarczający, w świetle wymagań nałożonych ustawą. Aby wykonawca mógł wykazać, że oferowany wyrób spełnia warunki równoważności, w pierwszej kolejności, zamawiający musi je szczegółowo opisać, powinien określić parametry przedmiotu zamówienia, które będzie brał pod uwagę, oceniając równoważność. Powinien również wskazać zasady oceny, kiedy parametry, czy cechy wyrobu uzna za równoważne. Winien zatem być dokonany odrębny opis i podane parametry równoważności dla zaprojektowanego systemu technologicznego oczyszczalni. Izba uwzględniła, że dostawy elementów składających się na daną linię technologiczną oczyszczalni ścieków, stanowią modernizację dotychczas istniejącej oczyszczalni. Z tych względów przyjęła, iż dokonany opis przedmiotu zamówienia, wyraża obiektywne potrzeby i oczekiwania zamawiającego, w zakresie dostosowania istniejących obiektów i urządzeń oczyszczalni do rozwiązań projektowych, w granicach rzeczywistych potrzeb zamawiającego, ponadto stanowi wyraz odniesienia tych wymagań do oferty rynkowej.

Zamawiający, przeprowadzając modernizację oczyszczalni, ma prawo dążyć do zakupu urządzeń takiej jakości, aby podnieść standard świadczonych usług, ale musi przestrzegać, aby dobór cech produktu wynikał z obiektywnych potrzeb. Czynności zamawiającego winny, umożliwiać składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych,

nowoczesność, ochronę środowiska, gwarantujących osiągnięcie zakładanych funkcjonalności i wydajności zwiększenia ilości przetwarzanych ścieków. Brak tolerancji, w zakresie określonych parametrów, tam gdzie jest to możliwe, bez naruszenia celów funkcjonalnych, zaprzecza regułem prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, otwartego na konkurencję i nie może być usprawiedliwieniem, do wprowadzania nieuzasadnionej obiektywnymi względami bariery dostępu do ubiegania się o realizację zamówienia, przez podmioty, które są w stanie właściwie je zrealizować, zapewnić dostawę nowoczesnych urządzeń do przetwarzania osadów metodą ortweda, charakteryzujących się wymaganymi właściwościami, w pełni realizujących zakładane przez zamawiającego funkcjonalności.

W interesie wykonawców, leżało ewentualne złożenie protestu na brak precyzyjnego opisanie rozwiązań równoważnych. Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, po stronie wykonawcy, wystarczyło jedynie uprawdopodobnienie, że dokonany opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z tej możliwości odwołujący nie skorzystał i nie może obecnie powoływać się na takie zarzuty jakie podnosi w odwołaniu, że zamawiający w oparciu o ustalone przez siebie zasady oceny, nie jest w stanie zweryfikować należyście oferty równoważnej. Zdaniem Izby, możliwe jest wyłącznie porównanie wymagań wprost wyrażonych w SIWZ i zaoferowanych właściwości wirówki w ofercie wybranego wykonawcy. Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego, że odpowiadając na pytania odwołującego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dniu 24 lutego 2009 r., podał jedynie, iż „zaoferowana wirówka jako równoważna musi spełniać wymagania wyznaczające standard wykonania wirówki Flottweg.” Nie oznaczało to, iż zamawiający potwierdził konieczność spełnienia przez urządzenie równoważne wszystkich parametrów, podanych w zapytaniu odwołującego. Wbrew poglądom odwołującego przepisy, rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) w § 3 ust. 1 pkt 1 dozwolają na przedstawienie próbek, opisów lub fotografii w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi, roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, przy czym nie jest to katalog zamknięty. Z kolei przepis art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, umożliwia uzupełnianie dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Wskazana podstawa ustawowa umożliwia uzupełnianie nie tylko dokumentów podmiotowych, ale i przedmiotowych, potwierdzających wymagane właściwości oferowanych wyrobów. Należy jednak zauważyć, że wybrany wykonawca w ofercie wskazał, iż oferuje „wirówkę dekantacyjną produkcji Alfa Laval, typ G2 45/NX 3652–1 lub Flottweg Dekanter Z4ES–3/454 lub równoważną.” Dopiero w wyniku wezwania i uzupełnienia opisu instalacji do przetwarzania osadów w dniu 25 marca 2009 r. podał jednoznacznie, iż oferuje urządzenie –

wirówkę dekantacyjną ALDEC 40 produkcji Alfa Laval. Takie działanie jest niedopuszczalne, gdyż przedmiot dostawy, stanowiący treść oferty, winien być jednoznacznie określony w dacie złożenia oferty i nie może być w toku postępowania zmieniany ani określany z wykorzystaniem procedur określonych w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp dopuszcza składanie wyjaśnień, nie zezwala na dokonywanie zmian w treści oferty. Z przedstawionych względów ofertę wykonawcy Hydro System Jakub Barański należało uznać jako nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto Izba ustaliła, że w ofercie wybranej Hydro System Jakub Barański nie są zgodne wymiary urządzenia – wymagany 3000 mm x 1000 mm x 1200 mm, podany 3072 mm x 845 mm x 1330 mm, (z dopiskiem „przy zastosowaniu zaplanowanego dla oczyszczalni ścieków w Głogowie Małopolskim silnika, długość całkowita wyniesie 2 995 mm”). Zamawiający nie dopuścił urządzenia o innych wymiarach niż podał, z uwagi na ograniczoną ilość miejsca w adaptowanym pomieszczeniu i oznaczenie tych wymiarów w projekcie technicznym modernizacji oczyszczalni, opracowanym przez firmę TUZAL. Zamawiający nie jest uprawniony na etapie oceny ofert zmienić parametru podanego w SIWZ i dokonać wyboru oferty wykonawcy niezgodnej z wymaganiami podając w uzasadnieniu, że mimo, iż urządzenie przekracza wymiar wysokości wymagany na podstawie dokumentacji technicznej 1200 mm, podany 1330 mm, to ze względu na wysokość pomieszczenia, oferowane urządzenie zmieści się w adoptowanym pomieszczeniu, nawet gdy jego wysokość została przekroczona.

Nie jest też zgodna wydajność hydrauliczna, wymagana wprost w opisie technicznym SIWZ w ściśle określonych granicach 5-15 m³/h, a podana w ofercie wybranego wykonawcy 8 - 15m³/h. Wymagany parametr umożliwi pracę urządzenia dostosowaną do ilości dostarczanych osadów, co zamawiający sprecyzował wprost w pkt 2.1.A lit. d) wskazując „zaproponowana wirówka z oprzyrządowaniem winna posiadać wydajność 5-15 m³/h, a napęd ma mieć możliwości niskostratnego bezstopniowego, nastawiania i regulacji różnicowej prędkości obrotowej ślimaka dostosowanej do ilości dostarczanych osadów o mocy nie większej niż 22 kW”, regulowanych automatycznie z możliwością przełączania na sterowanie ręczne, co wynika z projektu.

Pozostałych zarzutów Izba nie uwzględniła, z uwagi na fakt, że kwestionowane parametry nie zostały wprost podane w opisie technicznym w SIWZ, a zamawiający oczekiwał ogólnego standardu oferowanego urządzenia, wyznaczającego standard wykonania wirówki Flottweg, między innymi w zakresie:

- materiału bębna, wymagane wg SIWZ wykonanie w całości z materiałów odpornych na działanie czynników chemicznych, zostało zaoferowane w wybranej ofercie, wykonanie wirówki ze stali kwasoodpornej, ze wzmocnieniem i osłoną miejsc podatnych na erozję, co wyczerpuje postawione wymagania,

- wymagane niskie zapotrzebowanie energii wg SIWZ, zużycie energii zostało wskazane w wybranej ofercie na poziomie porównywalnym z ofertą odwołującego, wirówki Flottweg Dekanter C 3E-4/454.

Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert, nie może odstępować od wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż prowadzi to do naruszania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro zaoferowany produkt nie spełnia kompletnych parametrów, wyznaczonych jako granicznie wymagane, obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty. Cechy techniczne, którymi obligatoryjnie winno charakteryzować się nabywane urządzenie, stanowią bowiem istotny element oferty, co przesądza o niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 66 ust. 1 K.c.

Z uwagi, iż postępowanie dowodowe potwierdziło zarzuty odwołującego, naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co miało wpływ na wynik postępowania, tym samym znalazło potwierdzenie naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp i nakazała jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego, za zastępstwo przez pełnomocnika, Izba orzekła na podstawie złożonego rachunku kwotę 3600,00 zł.

Podstawę orzeczenia o kosztach, stanowią przepisy § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 i z 2008 r. nr 171 poz. 1058) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....