

Sygn. akt: KIO 1151/10

WYROK
z dnia 24 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2010 r. przez **ABM SOLID S.A., 33-100 Tarnów, ul. Bartła 3** odwołania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Wodno-Kanalizacyjne Eko-Skawa Sp. z o.o., 34-220 Maków Podhalański, ul. 3 Maja 40a**

przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego „**AQUA-SYSTEM**” Sp. z o.o., 43-300 Bielsko-Biała, ul. W. Witosa 118

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **ABM SOLID S.A., 33-100 Tarnów, ul. Bartła 3** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **ABM SOLID S.A., 33-100 Tarnów, ul. Bartła 3**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

3. 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 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Przedsiębiorstwo Wodno-Kanalizacyjne Eko – Skawa Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Podhalańskim w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Miasta i Gminy Maków Podhalański” (ES-JRP-ZP-4/2010), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2010 r., 2010/S 58-085958, wobec czynności odrzucenia oferty ABM SOLID S.A. (dalej odwołujący), w dniu 10 czerwca 2010 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 czerwca 2010 r. faksem.

O czynności zamawiającego odwołujący został powiadomiony w dniu 1 czerwca 2010 r. na podstawie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo z dnia 31 maja 2010 r.), przesłanej faksem.

W odwołaniu odwołujący wskazał na naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy PrZamPubl, do których miało dojść na skutek odrzucenia jego oferty - zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dokonania wyboru oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą.

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego było uznanie przez zamawiającego, że przyjęte przez odwołującego rozwiązanie dotyczące montażu urządzenia do dezynfekcji ścieków (poz. 139) nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący zakwestionował prawidłowość oceny dokonanej przez zamawiającego, wskazując, iż zaproponował urządzenie o wyższych parametrach, które nie naruszały zapisów siwz. Zaproponowane przez odwołującego rozwiązanie jest zgodne z przepisami prawa, co jest zgodne z subklauzulą umowną 1.13 zgodności z prawami: „Wykonawca uzyska wszelkie zezwolenia, zatwierdzenia i inne dokumenty, wymagane dla prawidłowego wykonania Robót oraz usunięcia w nich wszelkich wad lub dostarczenia albo usunięcia Materiałów, Dostaw i Urządzeń oraz użytkowania przedmiotu Kontraktu, które nie zostały uzyskane lub przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego przed lub w dniu zawarcia Kontraktu”. Wykonawca opracuje wszelką wymaganą do tego celu dokumentację techniczną, wnioski, podania a w razie potrzeby uzyska ograniczone pełnomocnictwa do działania w imieniu Zamawiającego i na jego rzecz. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty wskazał jedynie, iż zaproponowane urządzenie w pozycji przedmiaru robót pod numerem 139 jest odmienne od wskazanego w projekcie (z nazwy i oferty), a jednocześnie jest od niego droższe. Zdaniem odwołującego, argumentacja ta jest niewystarczająca dla ustalenia niezgodności zaoferowanego

rozwiązania z treścią siwz. Odwołujący chociaż skrytykował wskazane w projekcie z nazwy urządzenie, jako jego zdaniem nie gwarantujące uzyskania prawidłowych parametrów dezynfekcji, jak również niezgodne z obowiązującymi przepisami (m. in. zaprojektowano ręczne opróżnianą komorę krat, co w przypadku szpitala z oddziałem zakaźnym jest zabronione), to równocześnie zastosował się do wymagań zamawiającego. Zgodnie z dokumentacją projektową, na naruszenie której zamawiający się powoływał, wykonawca mógł w każdym przypadku, gdzie do opisu materiału powołano znak towarowy lub nazwę producenta, mające wyłącznie charakter przykładowy, zastosować do budowy kanalizacji materiały i urządzenia równoważne pod warunkiem spełnienia wymagań zawartych w SIWZ i Odbioru Robót Budowlanych. Jedyne zapis w dokumentacji określał wykonanie budowy „kanałów sanitarnych tłocznych z rur z tworzyw sztucznych 63 mm – o łącznej długości L=85 m, rurociąg z rur z tworzyw sztucznych 63 mm dla ułożenia przewodów i kabli 40 m, przepompownia ścieków, studzienka z urządzeniem pomiarowym oraz urządzenie do dezynfekcji ścieków. Wykonanie przejścia pod drogą metoda przewiertu”. W ocenie odwołującego, zarzut względem jego oferty sprowadza się faktycznie do stwierdzenia braku tożsamości zaproponowanego przez niego urządzenia ze wskazanym w siwz, chociaż na takie działanie zezwolił sam zamawiający, jak również ma ono umocowanie w przepisach ustawy. Odwołujący podkreślił, iż zaoferowane przez niego urządzenie będzie funkcjonowało w ramach obowiązujących przepisów, jest rozwiązaniem nowocześniejszym, bezobsługowym i zgodnym z obecnie obowiązującym stanem prawnym. Odwołujący w piśmie wyjaśniającym, szczegółowo opisał sposób działania urządzenia co ma wskazywać, iż spełnia ono wszelki oczekiwane parametry i zapewnia zgodność rozwiązania z przepisami prawa. Okoliczności te mają uzasadniać twierdzenie, iż zamawiający odrzucając ofertę naruszył tym samym art. 7 oraz 29 ust. 2 i 3 ustawy.

Odwołujący wskazywał na rolę, jaką spełniać ma urządzenie tj. zapewnienie dezynfekcji ścieków z oddziału zakaźnego szpitala w Makowie. Jedyne wymaganie opisane w siwz dotyczące dezynfekcji określa, że pompownia ma być dwupompowa (3,SST 01.02.00 i opis w projekcie). Przedstawione przez odwołującego rozwiązanie jest dwupompowe. Odwołujący wskazał na sprzeczność rozwiązania projektowanego przez zamawiającego z ustawą o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków, przewidującego czyszczenie krat ręcznie, co jest niedopuszczalne w szpitalach z oddziałem zakaźnym. Parametry ścieków, jakie mogą być zrzucone do kanalizacji wskazują, że czynnik dezynfekujący powinien się stykać ze ściekiem około 30 minut, aby uzyskać efekt podczyszczenia. W urządzeniu przyjętym w projekcie, czynnik odkażający jest dozowany „doświadczalnie” i równocześnie zrzucany przez pompy do kanalizacji, co nie pozwoli na uzyskanie parametrów ścieku, a zatem jego zrzut będzie niezgodny z prawem. Na taką dezynfekcję, jak przyjęta w projekcie załączonym do siwz, ani wykonawca, ani zamawiający

nie otrzyma pozwolenia. W ocenie odwołującego, zaproponowanie sprzętu lepszego, ale zapewniającego osiągnięcie opisanych, a nawet lepszych parametrów, nie wymagającego zmiany założeń przyjętych w siwz, nie stanowi przyjęcie rozwiązania sprzecznego z siwz, w sytuacji gdy będzie on funkcjonował zbieżnie z zaplanowaną instalacją. Ewentualne nieścisłości w wyrażeniu oczekiwań przez zamawiającego, który wskazał w siwz na określone urządzenie, ale równocześnie dopuścił możliwość zastosowania rozwiązania równoważnego, nie mogą obciążać wykonawcy.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie oceny ofert, dokonania poprawienia oczywistych omyłek i ponowne dokonanie wyboru oferty w postępowaniu, ewentualnie nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jako, że rozumienie przyjęte przez zamawiającego co do urządzenia do dezynfekcji prowadzi do tego, że postępowanie obciążone jest nieusuwalną na tym etapie wadą prowadzącą do tego, że umowa nie może być ważnie zawarta i wykonana zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił w dniu 14 czerwca 2010 r. „AQUA-SYSTEM” Sp. z o.o. - wykonawca, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, kierując się okolicznościami ustalonymi w toku rozprawy na podstawie dokumentacji postępowania, a także stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi w pismach i ustnie na rozprawie.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów

ustawy, określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl. W obecnym kształcie przepis art. 179 ust. 1 ustawy nie zawęża rozumienia pojęcia wyłącznie do interesu „prawnego”, a więc interesu obiektywnego, tj. ocenianego wyłącznie w oparciu o normę prawną, a nie istniejącego wyłącznie w subiektywnym odczuciu odwołującego (SO w Rzeszowie VI Ca 38;37;32/09 z 24.06.2009). Obecnie interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć szerzej, tj. jako interes faktyczny danego wykonawcy istniejący w danych okolicznościach faktycznych, a nie tylko prawnych. Niewątpliwie, czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego – najtańszej spośród złożonych w postępowaniu, niweczyła szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia, prowadząc tym samym do utraty spodziewanych korzyści, jakie niesłoby dla wykonawcy wykonanie umowy.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zarzutów, było ustalenie, czy w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający był uprawniony do uznania, iż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu, jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl).

Zamawiający oceniając ofertę odwołującego uznał, iż wykonawca w pozycji 139 przedmiaru robót, dokonał doboru odmiennego od rozwiązań projektowych rozwiązania technicznego, w szczególności poprzez uwzględnienie nieprzewidzianej w dokumentacji projektowej Kompaktowej Stacji Dezynfekcji, która stanowi zbiornik żelbetowy o gabarytach zewnętrznych: długość 4900 mm x szerokość 2360 mm x wysokość 2500 mm, z dodatkowym wyposażeniem. Nie odnosząc się do powodów tej zmiany, zamawiający stwierdził, że przyjęte rozwiązanie nie odpowiada treści siwz i nie podlega poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (pismo z dnia 31.05.2010 r., znak ES-JRP-ZP-4/2010/15). W odpowiedzi na odwołanie – złożonym na rozprawie, zamawiający wskazał, iż wykonawca niezgodnie z przyjętymi rozwiązaniami projektowymi zaproponował urządzenie znacznie wykraczające poza zakres opracowania nie tylko co do stopnia skomplikowania jak również wymagające nowego projektu technicznego, ponownych uzgodnień i uzyskania pozwolenia na budowę. Urządzenie zaproponowane stanowi w istocie podczyszczanie ścieków a nie urządzenie do dezynfekcji.

W oparciu o treść dokumentów złożonych wraz ofertą, jak również wyjaśnienia odwołującego złożone w piśmie z dnia 25 maja 2010 r., Izba uznała, iż zaoferowana przez wykonawcę Stacja Dozowania Podchlorynu wraz ze sterownią jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak ustalono w toku rozprawy, treść oferty nie zawierała oznaczenia oferowanego w pozycji 139 przedmiaru robót urządzenia (str. 59 oferty), co nie było wymagane treścią siwz. Dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 20 maja 2010 r., wykonawca

przedstawił opis oferowanego urządzenia, określanego przez producenta, jako kompaktowe urządzenie do dezynfekcji ścieków. Zgodnie z tym opisem, Kompaktowa Stacja Dezynfekcji stanowi jeden zbiornik żelbetowy, w którym zlokalizowane są przepompownia ścieków, 2 naprzemiennie działające komory reakcji oraz komora zasuw, o wymiarach: długość: 4900mm, szerokość: 2360mm i wysokość: 2500mm. W miejsce projektowanego przez zamawiającego magazynu podchlorynu sodu, wykonawca przewidział stacjonarny zbiornik wykonany z PEHD, wyposażony w 2 pompy dozujące podchloryn. Dodatkowo urządzenie wyposażone zostało w pomieszczenie sterowania – rozdzielnicę sterowniczą Stacji Dezynfekcji Ścieków zasilającą odbiorniki energii elektrycznej. Urządzenie w całości miało być zamontowane w zaadoptowanym istniejącym budynku gospodarczym szpitala. Zgodnie z projektem technicznym, ścieki odprowadzane będą do istniejącej sieci kanalizacyjnej z lokalnej przepompowni ścieków po ich przetłoczeniu z istniejącej studzienki rewizyjnej. W projekcie przewidziano zainstalowanie w istniejącym budynku gospodarczym szpitala urządzenia do dezynfekcji ścieków. Zgodnie z załączonym do projektu technicznego rzutem pomieszczenia, posiada ono wymiary: 3,5 m długości oraz 3,2 m szerokości. Zaprojektowane przez zamawiającego rozwiązanie nie wymaga uzyskania pozwolenia na budowę, natomiast ma być ono wykonane na podstawie zgłoszenia wykonania robót.

Izba uznała, iż zaoferowana przez odwołującego w pozycji 139 przedmiaru robót Stacja Dozowania Podchlorynu wraz ze sterownią, jest rozwiązaniem odbiegającym od projektowanego przez zamawiającego, opartego na zastosowaniu pompy dozującej zamontowanej nad pojemnikiem z podchlorynem sodu, tłoczącej podchloryn bezpośrednio do zbiornika przepompowni ścieków (pkt 6. Dezynfekcja ścieków – projekt techniczny na odprowadzanie ścieków do miejskiej sieci kanalizacyjnej). Odwołujący przyjął rozwiązanie bardziej zaawansowane pod względem technologicznym od projektowanego przez zamawiającego i wymagające przeprowadzenia znaczących i nie przewidzianych przez zamawiającego robót związanych z adaptacją pomieszczenia gospodarczego. Jak wynika z dokumentacji projektowej, zamawiający oczekiwał od wykonawców wykorzystania do dezynfekcji ścieków pompy dozującej, a nie całej stacji dezynfekcji, wyposażonej w przepompownię ścieków i komory. Oba rozwiązania różniące się pod względem technologicznym nie mogą być oceniane w kategorii rozwiązań równoważnych poprzez przyjęcie, iż zapewniają one efekt w postaci dezynfekcji ścieków z oddziałów zakaźnych szpitala. Zamawiający dokonał opisu sposobu przeprowadzania dezynfekcji ścieków, który był wiążący dla wykonawców. Odwołujący świadomie dokonał zmiany w tym zakresie proponując wykorzystanie innego rodzaju urządzenia niż przewidziane przez zamawiającego w projekcie technicznym. Ponadto, należy zauważyć, iż przyjęte przez odwołującego rozwiązanie zmienia w sposób znaczący zakres przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonał wyboru rozwiązania technologicznego, do którego winni zastosować się wszyscy

wykonawcy. Okoliczność, iż zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie parametrów urządzenia odpowiedniego dla projektowanego rozwiązania, nie oznacza, iż wykonawca był uprawniony do zmiany całego rozwiązania. Możliwość taka nie wynikała w szczególności z postanowień wzoru umowy – subklauzuli 1.13, dotyczącej obowiązku uzyskania przez wykonawcę wymaganych dla prawidłowego wykonania robót dokumentów, które nie zostały uzyskane lub przekazane wykonawcy przez zamawiającego przed lub w dniu zawarcia kontraktu. W zakresie urządzenia do dezynfekcji ścieków zamawiający uzyskał i przekazał wykonawcom, jako załączniki do siwz, dokumenty niezbędne do zgłoszenia wykonania robót, obejmujące uzgodnienia wydane przez Starostwo Powiatowe w Suchej Beskidzkiej (opinia nr WG.726/179/05), Beskidzką Energetykę (BE/RD-3/ZS/ZP/4208/05), TP S.A. W oparciu o treść specyfikacji, w szczególności projekt techniczny, wykonawca miał możliwość doboru innego urządzenia spełniającego wymagania zamawiającego i odpowiadającego przyjętemu przez zamawiającego rozwiązaniu technologicznemu. W toku rozprawy odwołujący potwierdził, iż zamontowanie Stacji Dozowania Podchlorynu wymagać będzie przebudowy istniejącego budynku gospodarczego, którego powierzchnia jest zbyt mała. Porównanie długości samego zbiornika, w którym znajduje się Kompaktowa Stacja Dezynfekcji (4,9 m) z długością pomieszczenia (3,5 m) nie oddaje w całości obrazu zmian, jakie musiałyby zostać wprowadzone w konstrukcji budynku. Należy mieć bowiem na uwadze konieczność zamontowania w pomieszczeniu poza samą stacją również rozdzielnicę sterowniczą, a także dodatkowo zbiornika dla magazynowania roztworu NaClO. Ponadto, jako niezgodne z treścią siwz było zastąpienie magazynu podchlorynu sodu zbiornikiem dla magazynowania obliczonej ilości roztworu NaClO.

Wykazane powyżej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie podlegają poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, o co wnosił odwołujący w odwołaniu. Nie jest możliwe poprawienie omyłek prowadzące do istotnej zmiany treści oferty. W ocenie Izby, przyjęte do kalkulacji ceny oferty rozwiązanie jest istotnym elementem oferty określającym zakres oferowanego świadczenia. Wykonawca w sposób jednoznaczny określił rodzaj oferowanego urządzenia, niezgodnego z projektowanym rozwiązaniem technologicznym. Nie jest możliwe ustalenie w jaki sposób zamawiający powinien poprawić treść oferty wykonawcy. Nie zostało to również określone przez odwołującego tak w treści odwołania, jak również na rozprawie.

Izba nie znalazła również uzasadnienia dla unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Odwołujący nie udowodnił istnienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przestanki unieważnienia umowy określa art. 146 ust. 1 ustawy, do których odwołujący w żaden sposób się nie odniósł.

W oparciu o powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), znajdującego zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony przez odwołującego wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....