

WYROK

z dnia 14 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2012 r. przez wykonawcę

J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SKORUPA Energy Technic J..... S..... ul. Powstańców Śląskich 4a, 46-380 Dobrodzień

w postępowaniu prowadzonym przez

Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Chirurgii Urazowej im. dr. Janusza Daaba w Piekarach Śląskich ul. Bytomska 62, 41-940 Piekary Śląskie

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe Agrocom Sp. z o.o. al. Piłsudskiego 2, 41-303 Dąbrowa Górnicza** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SKORUPA Energy Technic J..... S....., unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SKORUPA Energy Technic J..... S.....,

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Chirurgii Urazowej im. dr. Janusza Daaba w Piekarach Śląskich ul. Bytomska 62, 41-940 Piekary Śląskie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SKORUPA Energy Technic J..... S..... ul. Powstańców Śląskich 4a, 46-380 Dobrodzień tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Chirurgii Urazowej im. dr. Janusza Daaba w Piekarach Śląskich ul. Bytomska 62, 41-940 Piekary Śląskie na rzecz J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SKORUPA Energy Technic J..... S..... ul. Powstańców Śląskich 4a, 46-380 Dobrodzień kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

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 Gliwicach.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Chirurgii Urazowej im. dr. Janusza Daaba w Piekarach Śląskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie kompleksowej termomodernizacji budynków wraz z budową alternatywnego źródła ciepła w SP Wojewódzkim Szpitalu Chirurgii Urazowej im. dr. Janusza Daaba w Piekarach Śląskich – Oddział zamiejscowy Rehabilitacji, Balneologii i Medycyny Fizykalnej 3, 42-713 Kochanowice-Kochcice ul. Zamkowa 1 zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 14 sierpnia 2012 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 302158 (ze zmianami).

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

31 października 2012 r. zamawiający poinformował odwołującego – J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SKORUPA Energy Technic J..... S..... o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako powód odrzucenia podając, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dział VII pkt d ppkt 13) dopuszczał składanie ofert zawierających rozwiązania równoważne w granicach obowiązujących norm pod warunkiem, że zaproponowany materiał jest nie gorszy niż wymagany. Zaproponowana przez odwołującego pompa Dimplex WI100TU nie jest rozwiązaniem równoważnym do zastosowanego w projekcie, gdzie zastosowano pompę ciepła, która podaje dwa różne parametry temperatur na zasilaniu układu grzewczego (do 50-55°C oraz nawet 85°C). Poza tym zaoferowana pompa jest pompą dwusprężarkową, która posiada jedynie możliwość stopniowania mocy, a nie temperatury zasilania układu grzewczego, co jest całkowitym odstępstwem od założeń projektowych.

5 listopada 2012 r. odwołujący złożył odwołanie od tej czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, mimo iż taką nie jest,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta jest ofertą zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i najtańszą przy jedynym kryterium ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. unieważnienia uznania oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. dokonania oceny i badania oferty odwołującego,
4. dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wyjaśnił, że zaproponowane urządzenie zamienne posiada pełny zakres regulacji i mocy, i temperatury zasilania w funkcji temperatury zewnętrznej. W żadnym miejscu dokumentacji przetargowej zamawiający nie określił parametru dla temperatury zasilania, na który powołuje się przy odrzuceniu oferty. Parametry pracy instalacji określone zostały w dokumentacji projektowej i na ich podstawie odwołujący dokonał doboru urządzenia zamiennego.

W trakcie postępowania zamawiającemu zadano szereg pytań, w których proszono o dokładny opis przedmiotu zamówienia zgodny z obowiązującym prawem, jednak zamawiający nie wprowadził żadnych innych wymaganych parametrów urządzeń niż te, które zawarte są w projektach budowlanych i projekcie prac geologicznych.

W projekcie budowlanym wykonanym przez firmę Hibernatus zastosowano urządzenia ich własnej produkcji podane z nazwy. Nie ma informacji o tym, że urządzenie ma pracować na wyższym parametrze niż 55°C. W punkcie 4. opisu strona 4. – dobór pompy ciepła jest informacja, że dobrano urządzenia na 70% zapotrzebowania ciepła oraz że dobrano trzy pompy ciepła W29W3E produkcji firmy Hibernatus. Podano moce grzewcze, chłodnicze i elektryczne: A – parametry (W10/W35 wg PN-EN 255:2000) temperatura wejścia po stronie zimnej TdZ=10°C temperatura wyjściowa po stronie ciepłej Tgz=35°C, B – Parametry (W10/W50 wg PN-EN 255:2000) temperatura wejściowa po stronie zimnej TdZ=10°C temperatura wyjściowa po stronie ciepłej Tgz=50°C.

W punkcie 5. str. 5. jest informacja, że temperatura wyjściowa po stronie ciepłej to 35/55°C, na str. 6. opisu w punkcie 7.2 (wymienniki ciepła) temperatura pracy to 50/44°C, a wymiennik dobrano na parametry 58/54°C. Na str. 7 opisu jest informacja, że pompy dobrane są na 70% zapotrzebowania systemu na ciepło w warunkach ekstremalnych system będzie się wspomagał istniejącymi kotłami olejowymi. Na str. 9 opisu projektu jest informacja: parametry zasilania instalacji c.w.u 50/55°C parametry zasilania c.o. 52/45°C. Nie ma żadnej innej informacji na temat wymagań dla pompy ciepła, tj. wymagania, że ma pracować na parametrze wyższym niż 55°C.

W projekcie prac geologicznych wykonanym przez MH-GEO S.C. powtórzone są informacje z projektu budowlanego odnośnie wymagań dotyczących pomp ciepła. Wszystkie wydajności wyjściowe po stronie ciepłej dla źródeł ciepła (str. 13. projektu) dobrane są dla parametru 35/55°C. Również w odpowiedziach na zadane pytania nie ma żadnego wymogu czy parametru, w którym zamawiający wskazywałby, że wymaga pracy na wyższym parametrze niż 55°C.

Przedstawiona dokumentacja urządzenia zamiennego podaje wszystkie parametry (maksymalna temperatura pracy na zasilaniu 58°C), podana jest również informacja, że urządzenie posiada automatykę z pełnym zakresem sterowania temperaturą na zasilaniu w funkcji pogodowej. Informacja o odrzuceniu oferty z uwagi na to, że zaproponowane urządzenie posiada jedynie możliwość dwustopniowej regulacji mocy, a nie temperatury jest nieprawdziwa i niezgodna z informacjami złożonymi zamawiającemu w celu udowodnienia równoważności. W dokumentacji technicznej oferowanej pompy (str. 122 oferty) wskazano, iż pompa posiada moduł ciepłej wody/moduł nie mieszanego obiegu grzewczego oraz mieszany obieg grzewczy z czujnikiem temperatury, co oznacza, iż urządzenie posiada możliwość ustawienia dwóch różnych temperatur osobno lub razem, co potwierdza również pismo producenta pomp. W oferowanych pompach istnieje możliwość regulacji temperatury w przedziale 20°C-58°C z możliwością rozdziału na dwa niezależne obiegi, z tym, że w pompie zaprojektowanej moduł dzielący na dwa czynniki grzewcze jest zaprojektowany wewnątrz, a w pompie odwołującego na zewnątrz urządzenia. Poza tym ze schematu urządzenia wynika, że w pompie Hibernatus przewidziano jedną sprężarkę, zatem nie ma możliwości uzyskania dwóch ciśnień i przez to dwóch temperatur równoległe, woda przepływa przez wymienniki szeregowo – w jednej jest podgrzewana od 8 do 45°C, a w drugiej z 45 do 55°C, zatem nie można uzyskać dwóch temperatur. W projekcie (schemacie) przedstawionym przez zamawiającego projektant tego nie przewidział, nawet jeśli pompa ma taką możliwość.

Podanie przez zamawiającego urządzenia tylko z nazwy powoduje, iż wykonawca nie wie, które parametry są dla zamawiającego istotne, i do których ma dostosować urządzenie zamienne.

Odpowiadając na odwołanie zamawiający podtrzymał swoje stanowisko dotyczące odrzucenia oferty odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, iż w sposób jasny i rzetelny określił, jak ma być złożona oferta. Dokumentacja projektowa obejmuje nie tylko opis parametrów, ale również rysunki techniczne, z których wynika, iż zaprojektowano trzy pompy posiadające dwa wejścia i dwa wyjścia, odwołujący natomiast zaoferował pompy z jednym wejściem i jednym wyjściem. W dokumentacji została podana konkretna nazwa i typ urządzenia, należało wziąć pod uwagę wszystkie jego parametry i się do nich odnieść. Wykonawca w ofercie zapewnił, że zapoznał się z dokumentacją i zobowiązuje do realizacji zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i opisem przedmiotu zamówienia oraz że nie wnosi do nich zastrzeżeń i zdobył informacje konieczne do przygotowania oferty. Podnoszenie argumentu, że dokumentacja jest niekompletna lub nieprawidłowa, jest obecnie spóźnione. W trakcie postępowania odwołujący mógł przesłać zamawiającemu informację, o której mowa w art. 181 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający porównując oferty odwołującego i przystępującego z pompą zaprojektowaną skorzystał z wiedzy biegłego rzeczoznawcy audytora energetycznego, który przedstawił swoją opinię.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe Agrocom Sp. z o.o.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia projektant opracował projekt zabudowy pompy ciepła na potrzeby grzewcze i przygotowania c.w.u. dla modernizowanego oddziału szpitala. Przy przygotowywaniu tego projektu posłużył się pompami Hibernatus W29W3E.

W zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobie przygotowania oferty zamawiający wskazał, że podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokładne określenia, np. nazwy dostawców, producentów, materiałów, urządzeń, ich elementów, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia nie oznaczają, że obowiązkowo należy je zaoferować. Wszędzie tam, gdzie podane są nazwy własne, znaki towarowe, producenci, patenty, normy lub pochodzenie przyjmuje się, że wskazaniom takim towarzyszy wyraz „lub równoważne”. Zamawiający dopuszcza zatem składanie ofert zawierających rozwiązania równoważne w granicach obowiązujących norm. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego materiały i urządzenia spełniają wymagania określone przez zamawiającego, poprzez w przypadku materiałów budowlanych równoważnych dołączenie kart katalogowych produktów zgodnie z VII B) 3.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z ww. dokumentów musi wynikać, że zaproponowany materiał spełnia warunki techniczne wymagane przez zamawiającego tzn. jest niegorszy niż wymagany zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający przygotował opis przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przede wszystkim w projekcie posłużono się znakiem towarowym (konkretnym producentem i modelem konkretnej pompy) w sytuacji, gdy nie było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a jego przedmiot nie tylko można było, ale wręcz należało opisać za pomocą wymaganych od urządzenia parametrów technicznych i funkcjonalności. Po drugie przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, dokładny i zrozumiały, tak, by uwzględniał wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, gdyż nie podano niezwykle istotnych dla potencjalnych oferentów informacji, czyli sposobu doboru urządzeń równoważnych (parametrów i funkcjonalności, które są dla zamawiającego w niniejszym projekcie istotne).

Co prawda to nie zamawiający sporządzał projekt budowlany dla inwestycji, jednak na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych to on odpowiada za jego prawidłowość (tak jak całej specyfikacji istotnych warunków zamówienia), a jako inwestor powinien był zlecić projektantowi wykonanie projektu w odpowiedni sposób, tj. poprzez podanie parametrów i funkcjonalności, a nie jedynie konkretnej nazwy urządzenia i jego szcątkowych parametrów.

I jakkolwiek w niniejszym postępowaniu odwoławczym to nie same w sobie wady specyfikacji istotnych warunków zamówienia są przedmiotem odwołania, dla prawidłowego rozpoznania sprawy nie mogą one zostać pominięte milczeniem, mają bowiem bezpośredni skutek dla oceny prawidłowości złożonej przez odwołującego oferty i prawidłowości działań

zamawiającego w stosunku do tej oferty.

Przede wszystkim należy więc zwrócić uwagę, iż w projekcie budowlanym nie zaprojektowano zabudowy pompy ciepła jako takiej, lecz zabudowę pompy Hibernatus W29W3E cały opis odnosząc wyłącznie do tej pompy oraz nie podając nawet minimalnych parametrów równoważności. Dotyczy to również schematów technologicznych dolnego i górnego źródła ciepła, które również zostały sporządzone dla pomp Hibernatus (wskazują na to same ich tytuły: Schemat technologiczny górnego źródła ciepła dla pomp ciepła Hibernatus oraz Schemat technologiczny dolnego źródła ciepła dla pomp ciepła Hibernatus). Przy tym jednocześnie w części głównej specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuszczono urządzenia równoważne, co było zresztą obowiązkiem zamawiającego.

Tym samym jasne jest, iż w przypadku zaoferowania przez wykonawców rozwiązań równoważnych (pomp innych producentów) możliwa lub nawet konieczna będzie korekta projektu budowlanego – a przynajmniej zamawiający powinien był to przewidzieć i się z tą koniecznością liczyć. I tym samym nie może powoływać się na poszczególne elementy projektu (z tej perspektywy nieprawidłowo sporządzonego) jako argument przeciwko możliwości zaoferowania pompy równoważnej.

Przy tym z jednej strony rację ma odwołujący, gdyż podanie przez zamawiającego jedynie nazwy urządzenia powoduje niepewność po stronie wykonawców, które parametry są dla zamawiającego istotne, i do których należy dostosować urządzenie zamienne, a tym samym również niepewność co do poprawności złożonej oferty i ewentualnych zarzutów zamawiającego przeciwko niej na etapie jej badania poprzez próby stawiania wymagań, które nie były widoczne w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z drugiej zaś – zamawiający nie ma konkretnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do tych wymagań, na które mógłby się powołać w sporze z wykonawcą, co oczywiście nie leży w jego interesie.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia przygotowanej dla niniejszego postępowania zamawiający wskazał na możliwość zaoferowania urządzeń (rozwiązań) równoważnych w granicach obowiązujących norm. I, jak wynika z powyżej zacytowanego fragmentu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, granice te dotyczą nie tylko norm, aprobat technicznych, specyfikacji technicznych czy innych systemów odniesienia, jak w art. 30 ust. 5 w zw. z art. 30 ust. 1-4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale również elementów objętych art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli nazw własnych, znaków towarowych, nazw producentów, patentów i pochodzenia.

Dla udowodnienia równoważności zamawiający wymagał dołączenia kart katalogowych produktu – które odwołujący dla proponowanej pompy ciepła przedstawił (zamawiający nie

miał w tym zakresie zastrzeżeń).

Poza tym proponowany materiał równoważny musiał spełniać warunki techniczne wymagane przez zamawiającego tzn. być nie gorszy niż wymagany zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czyli, w niniejszym przypadku, zdaniem Izby, po prostu być zgodny z odpowiednimi Polskimi Normami (w projekcie budowlanym powołano normę PN-EN 255:2000). Bowiernie jedynie takie zastrzeżenie poczynił zamawiający – nie odnosił się on w ogóle do urządzeń czy materiałów zaprojektowanych. (Pomijając już fakt, że określenie „niegorszy” nie oznacza „nie gorszy”, tylko „zupełnie dobry, w miarę dobry, przyzwoity, niezły” – Izba uznała to za błąd językowy zamawiającego i przyjęła interpretację zgodnie z art. 65 ust. 1 Kodeksu cywilnego, gdyż logicznym i zwyczajowo pojawiającym się w takich sytuacjach stosunku do urządzeń i materiałów równoważnych określeniem jest „nie gorszy”, a wskazanie „niegorszy” jest niespójne językowo).

Nawet jednak jeśli by uznać, że „nie gorszy” powinno odnosić się nie do norm, lecz do porównania z pompą Hibernatus, Izba stwierdziła, iż zamawiający ani przystępujący nie wykazali „gorszości” pompy Dimplex W1100TU – ich argumentacja nie przekonała Izby. Oczywiście jest bowiem, że pompa równoważna nie będzie identyczna jak wskazana w projekcie, a porównując obie pompy można znaleźć różniące je elementy. Istotne jest, aby miała odpowiednią funkcjonalność i parametry (które powinny być przez zamawiającego wskazane). Zamawiający ani przystępujący, zdaniem Izby, nie obalili argumentacji odwołującego.

Natomiast, zdaniem Izby, przekonująca była argumentacja odwołującego. Wykonawca starał się dostosować oferowaną przez siebie pompę do tych wymagań, które zostały w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymienione, czyli głównie podanej wydajności. Izbie nie przedstawiono różnic pomiędzy pompą zaprojektowaną a oferowaną, które wskazywałyby na to, że nie można jej uznać za równoważną. Tym bardziej, że zamawiający sporządził specyfikację istotnych warunków zamówienia w sposób, w jaki sporządził i Izba nie widzi podstaw, by jego zaniedbaniami obarczać wykonawcę, który dołożył należytej staranności przy sporządzaniu oferty.

Tym samym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: