

Sygn. akt: KIO 597/14

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., ABT Sp. z o.o. i Wspólnicy - sp.k., ul. Bór 139, 42-202 Częstochowa**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Łubnice, ul. gen. Władysława Sikorskiego 102, 98-432 Łubnice**,

przy udziale **wykonawcy – Hydro-Partner Sp. z o.o., ul. Gronowska 4, 64-100 Leszno**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty wnoszącego odwołanie - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. i ABT Sp. z o.o. i Wspólnicy - sp. k. z Częstochowy;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Gminę Łubnice, ul. gen. Władysława Sikorskiego 102, 98-432 Łubnice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., ABT**

Sp. z o.o. i Wspólnicy - sp. k., ul. Bór 139, 42-202 Częstochowa tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **zamawiającego - Gminy Łubnice, ul. gen. Władysława Sikorskiego 102, 98-432 Łubnice** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., ABT Sp. z o.o. i Wspólnicy - sp.k., ul. Bór 139, 42-202 Częstochowa** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego –Gminę Łubnica na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest "Budowa stacji uzdatniania wody w Dzierzkowicach".

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. (Pełnomocnik) oraz ABT Sp. z o.o. i Wspólnicy z Częstochowy wniósł odwołanie wobec czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty i zarzucił naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych oraz obrazę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem jego zdaniem oferta jest zgodna z treścią specyfikacji.

Wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty HYDRO-PARTNER Sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie, jako najkorzystniejszej oraz przeprowadzenie ponownej oceny ofert i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a także zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania – powołując się na orzecznictwo KIO - podał w szczególności, że niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) i jego zdaniem zaoferował świadczenie, które w pełni odpowiada wymaganiom określonym w siwz i które zapewnia realizację przedmiotu zamówienia - budowę stacji uzdatniania wody w Dzierzkowicach - w sposób opisany w dokumentacji projektowej dla tej inwestycji.

Wykonawca podał, że stosownie do treści pkt 3 specyfikacji część „B” - [Szczegółowy zakres rzeczowy zamówienia określają dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz przedmiary robót, (jako materiał pomocniczy). Dalej podał, że w siwz oraz dokumentacji projektowej zostały wskazane konkretne materiały, które miałyby zostać wykorzystane przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, w tym w szczególności filtr odżelazniający i odmanganiający typ TFB50/GT 6,4 bar śr. 2100 prod. Eurowater Sp. z o.o.

W pkt 4.6 SIWZ część „B” Zamawiający zastrzegł, że „Przytoczone w opracowaniach projektowych nazwy firm, producentów materiałów i urządzeń są przykładowe. Wykonawca może zastosować w ofercie materiały i urządzenia równoważne o parametrach nie gorszych niż wymienione w opracowaniu. W przypadku zastosowania urządzenia równoważnego Wykonawca załączy do oferty parametry techniczne tego urządzenia.”

Z powyższego – zdaniem wykonawcy - wynika, że dla potrzeb ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne wykonawcy mogli zaproponować zarówno materiały i urządzenia wprost wskazane w dokumentacji projektowej (o tożsamy parametrach w zakresie standardów jakościowych), jak i materiały i urządzenia równoważne (o parametrach "nie gorszych").

Podkreślił, że dla złożeń filtra odżelaziającego i odmanganiącego Zamawiający wskazał w SIWZ tylko jeden parametr, a mianowicie wysokość, odpowiednio 1,1 m dla złoża odżelaziającego oraz 0,1 m dla złoża odmanganiącego. Zamawiający nie wskazał jednocześnie innych parametrów przedmiotowych złożeń, w tym parametrów niezbędnych dla oceny równoważności oferowanych materiałów równoważnych.

Zaznaczył, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający wskazując w SIWZ konkretne urządzenia, oraz dopuszczając możliwość rozwiązania równoważnego, powinien określić przynajmniej minimalne parametry, albo oczekiwania technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to urządzenie. Zamawiający nie dookreślając wcześniej wymagań dotyczących technologii i funkcjonalności wymaganych od urządzeń równoważnych nie może ich następnie oceniać i wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że Zamawiający na etapie przygotowania dokumentacji nie wskazał, choćby w sposób ogólny, swoich wymagań dotyczących elementów dla niego istotnych pod względem oceny równoważności zaproponowanych materiałów. Wykonawca podkreślił, że wskazanie dopiero w trakcie oceny ofert na pewne parametry równoważności, nieokreślone wprost w dokumentacji, a wynikające jedynie pośrednio przez podanie konkretnych nazw producentów, nie może stanowić o nieodpowiedniości treści oferty z treścią SIWZ i skutkować odrzuceniem na tej podstawie oferty oraz, że ocena ofert winna odbywać się wyłącznie w oparciu o dokumenty, parametry i kryteria wprost określone w dokumentacji postępowania. Odrzucenie oferty w oparciu o dokumenty inne niż podane w dokumentacji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dalej podał, że w stanie faktycznym sprawy zaoferował, jako urządzenie równoważne filtr odżelaziający i odmanganiający (zestaw filtracyjny) typ FP2100 prod. Dynamik Filtr Nocoń i Wspólnicy s.j. i wskazał parametry techniczne tego równoważnego urządzenia oraz załączył Atest Higieniczny nr HK/W/0565/01/2013 dla filtra ciśnieniowego (zestawu filtracyjnego) DF-FP2100 produkcji Dynamik Filtr N..... i Wspólnicy s. j., zawierającego zbiornik ze stali konstrukcyjnej St3s z atestowaną wewnętrzną powłoką epoksydową lub ze stali nierdzewnej, złoże filtracyjne, zawór odpowietrzający, elektrozawory, armaturę, orurowanie, sondy pomiarowe, inne elementy wg deklaracji producenta.

W zakresie złożeń filtrów Odwołujący zaoferował „złoże odżelaziające - 1, 1 m" (dla odżelaziaczy) oraz złoże „Hydrolit Mn - 0,1" (dla odmanganiaczy) tj. złoże przewidziane w dokumentacji przetargowej.

Stwierdził także, że w wezwaniu z dnia 13 marca 2014 r. [do uzupełnienia m. in. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. Atestu PZH na oferowane złoże filtrów firmy Dynamik Filtr N..... i Wspólnicy s. j., jak również do wyjaśnienia treści oferty w zakresie porównywalności pomiędzy projektem a złożoną ofertą w zakresie zaoferowanych materiałów i urządzeń równoważnych tj. „Złoże filtrów Dynamik Filtr N..... i Wspólnicy s.j., ponieważ jego zdaniem złoże te nie odpowiadają właściwością złożeń zastosowanych w projekcie np. złoże Nevtraco] Zamawiający nie sprecyzował w żaden sposób w jakim zakresie oferowane złoże filtrów „Dynamik Filtr" N..... i Wspólnicy sp. j. nie odpowiadają właściwościom złożeń zastosowanych w projekcie, w tym złoże Nevtraco.

Zatem w odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że złoże filtrów firmy „Dynamik Filtr" N..... i Wspólnicy sp. j. odpowiadają właściwościom złożeń zastosowanych w projekcie technicznym i ta firma, jako dostawca posiada w swym asortymencie dostaw złoże filtracyjne wielu producentów, które mogą być, jeśli znajdzie taka potrzeba dobierane i wykonywane każdorazowo dla indywidualnych potrzeb, co gwarantuje spełnienie wymogów.

Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył atesty PZH producentów złożeń przewidzianych w dokumentacji technicznej. Jednocześnie w odniesieniu do złożeń odżelaziających Odwołujący doprecyzował również, że oferuje zastosowanie równoważnego do złożeń Nevtraco złożeń o nazwie Hydro-Karbonat, przedkładając jednocześnie kartę katalogową oraz atest PZH potwierdzający równoważność złożeń.

Podkreślił, że zaoferowane przez Odwołującego złoże odmanganiające są tożsame z wymaganymi przez Zamawiającego, a zatem w pełni odpowiadają wszystkim cechom

jakościowym i parametrom technicznym określonym w dokumentach projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w treści SIWZ.

Zaoferowane złoża odżelaziające są złożami równoważnymi do złoża Nevtraco, o wysokości 1,1 m, co potwierdzają przedłożone przez Odwołującego karta katalogowa oraz atest PZH i tym samym nie ma niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ.

Podkreślił ponownie, że jedynym parametrem wskazanym dla złoża odżelaziającego w dokumentacji przetargowej była jego wysokość tj. 1,1 m. Oferując urządzenie równoważne wykonawcy mogli zatem odnosić się wyłącznie do tego parametru. Oferując złożo odżelaziające o wysokości 1,1 m tj. identycznej, jak przewidziana w dokumentacji przetargowej dla złoża Nevtraco i Odwołujący niewątpliwie złożył ofertę zgodną z siwz.

Nie zgodził się również z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie wyjaśnił równoważności proponowanego w ofercie rozwiązania, ani nie uzupełnił oferty o atest PZH na złożo. W tym zakresie zarzut Zamawiającego jest zupełnie niezrozumiały, skoro wyjaśnienia złożone zostały w piśmie z dnia 14 marca 2014 r., do którego załącznikiem były karta katalogowa i atest PZH filtra Hydro-Karbonat, jako jedynego złoża równoważnego oferowanego przez Odwołującego.

Stwierdził także, że w ofercie wskazał wprost złożo odżelaziające o wysokości 1,1 m Odwołujący, a, w wyjaśnieniach doprecyzował jedynie jego nazwę i w tej sytuacji o jakiegokolwiek zmianie oferty przez Odwołującego nie może być mowy.

Podniósł również, że wybór oferty Odwołującego w żaden sposób nie mógłby prowadzić do uzyskania przez Zamawiającego świadczenia niezgodnego z opisanym w SIWZ. specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i w dokumentacji projektowej. Zgodnie z zapisem pkt 2.1. Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych ST-00-00 „Wymagania ogólne” „Co najmniej na trzy tygodnie przed zaplanowanym wykorzystaniem jakiegokolwiek materiałów przeznaczonych do Robót Wykonawca przedstawi szczegółowe informacje dotyczące proponowanego źródła wytwarzania, zamawiania lub wydobywania tych materiałów i odpowiednie świadectwa badań laboratoryjnych oraz próbki do zatwierdzenia przez Inspektora. Zatwierdzenie partii (części) materiałów z danego źródła nie oznacza automatycznie, że wszelkie materiały z danego źródła uzyskają zatwierdzenie. Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia badań w celu udokumentowania, że materiały uzyskane z dopuszczonego źródła w sposób ciągły spełniają wymagania Specyfikacji Technicznych w czasie postępu Robót. Wszystkie materiały budowlane powinny posiadać

dopuszczenie do stosowania w budownictwie na terenie Polski oraz stosowne atesty PZH i TTB (ub zharmonizowane z państw Unii Europejskiej wg potrzeb Zamawiającego). Ponadto, w myśl pkt 2.5 Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych ST-00-00 „Wymagania ogólne” „Jeśli Dokumentacja Projektowa lub ST przewidują możliwość wariantowego zastosowania rodzaju materiału w wykonywanych Robotach, Wykonawca powiadomi Inspektora o swoim zamiarze, co najmniej 3 tygodnie przed użyciem materiału, albo w okresie dłuższym, jeśli będzie to wymagane dla badań prowadzonych przez Inspektora. Wybrany i zaakceptowany rodzaj materiału nie może być później zmieniany bez zgody Inspektora.”

Wykonawca zwrócił także uwagę, że w treści formularza ofertowego złożył wymagane oświadczenia odpowiednio w pkt 1 i 3 [“Oferujemy realizację zamówienia publicznego polegającego na budowie stacji uzdatniania wody w Dietrzkowicach, zgodnie z warunkami dokumentacji przetargowej” oraz “Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z otrzymanymi dokumentami przetargowymi i w pełni je akceptujemy”], z których jednoznacznie wynika, że obowiązkiem wykonawcy po zawarciu umowy będzie stosowanie w ramach inwestycji wyłącznie materiałów spełniających wymagania opisane w SIWZ. Tym samym Zamawiający ma gwarancję, że w przypadku wyboru oferty Odwołującego przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie ze wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ, a także specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w dokumentacji projektowej.

Reasumując stwierdził, że zaproponowane przez Odwołującego rozwiązania równoważne odpowiadają treści specyfikacji i w tych okolicznościach odrzucenie jego oferty dokonane zostało z naruszeniem dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem złożył ofertę z najniższą ceną i uwzględnienie odwołania otworzy drogę do wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Wykonawca podał także, że zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazane zostało Odwołującemu w dniu 18 marca 2014 roku. Odwołanie składane jest zatem w ustawowym terminie tj. przed upływem 5 dni od dnia powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia wniosku o jego oddalenie.

W uzasadnieniu wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 7 ustawy Pzp podał, że Odwołujący w dniu 24.03.2014 o godz. 15, 54 przesłał za pomocą faksu odwołanie, który to termin upływał - jego zdaniem zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp - w dniu 24.03.2014 o godz. 14,00, a Zamawiający potwierdził otrzymanie odwołania faksem w dniu 25.04.2014 o godz. 7, 00 i dopiero w tym dniu mógł zapoznać się z jego treścią.

Zwrócił uwagę, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób precyzyjny określił sposób kontaktowania się z Zamawiającym, wskazując dni i godziny kontaktu (od poniedziałku do piątku w godzinach od 8,00 do 14,00) i w tych dniach i godzinach, z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust 5 ustawy Pzp, Odwołujący powinien powiadomić Zamawiającego o wniesionym odwołaniu. Powołując się na art. 27 ust.2 ustawy Pzp stwierdził, że (...) Ustawodawca świadomie wprowadził ograniczenie czasowe, które zdaniem zamawiającego należy interpretować w ten sposób, że odwołanie wykonawca wnosi nie tylko w terminie rozumianym, jako dzień liczony na podstawie ustawy Kodeks cywilny, ale także godziny pracy zamawiającego, w których to może on zapoznać się z treścią odwołania". Wskazał także, że (...) przez pojęcie kopia odwołania, użyte w art. 180 ust 5 ustawy, rozumie się nie tylko samo odwołanie, ale także załączniki do niego. Przesłane faksem odwołanie zawierało 12 stron a nie jak informował odwołujący 28 stron".

Co do niezasadności zarzutów Zamawiający podał, że zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezpodstawny, albowiem treść oferty Odwołującego wbrew jego twierdzeniom nie jest zgodna ze specyfikacją, w tym w szczególności z projektem oraz STWiOR, a wyjaśnienia wykonawcy z dnia 14.03.2014 r. nie potwierdzały, że zaoferowane w ofercie urządzenia i materiały są równoważne w stosunku do wymogów zamawiającego.

Dalej podał, że wykonawca w ofercie zaproponował, jako równoważne w stosunku do wymogów zamawiającego: (1) urządzenie - filtr ciśnieniowy FP 2100 oraz (2) materiał - złoża filtrów firmy Dynamik Filtr N..... i Wspólnicy s. j..

Zamawiający badając ofertę Odwołującego zwrócił się - na podstawie art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - do wykonawcy odwołującego: (1) o uzupełnienie dokumentu to jest atestu PZH na oferowane złoża filtrów firmy Dynamik Filtr N..... i Wspólnicy S.j. oraz (2)

o wyjaśnienie treści złożonej oferty, dotyczące zaoferowanych, jako równoważne: złoża filtrów firmy Dynamik Filtr N..... i Wspólnicy S.j. oraz filtra ciśnieniowego FP 2100.

Zamawiający stwierdził, że wystąpienie do odwołującego podyktowane było brakiem w ofercie wykonawcy atestu PZH na proponowane przez niego równoważne złoża filtrów firmy Dynamik Filtr N..... i Wspólnicy S.j., który to atest PZH jest niezbędnym dokumentem do uznania, że oferowane złożo jest dopuszczone do stosowania w procesie produkcji wody. Zwrócił uwagę, że zastosowane w projekcie złożo taki atest posiada. Także proponowane w tym zakresie w ofertach innych wykonawców złoża np. Hydro Karbonat posiadały atesty PZH. Z kolei wątpliwości dotyczyły równoważności zastosowanego urządzenia - filtr ciśnieniowy FP 2100 oraz materiału - złoża filtrów firmy Dynamik Filtr N..... i Wspólnicy S.j..

Zamawiający podniósł, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp umożliwia zamawiającemu, żądanie od wykonawców wyjaśnień treści złożonych ofert, tak, aby być pewnym, że jej treść jest zgodna z SIWZ. Brak żądania wyjaśnień w tym konkretnym przypadku byłoby zaniechaniem czynności, do jakiej jest zobowiązany zamawiający.

Jugo zdaniem, w odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił tylko w sposób jednoznaczny równoważność zastosowanego rozwiązania równoważnego odnośnie filtrów ciśnieniowych FP 2100 - dostarczając między innymi nową kartę katalogową filtrów, która nie zawierała błędu w jego wymiarach.

W zakresie złoża filtracyjnego Odwołujący nie przesłał atestu PZH, oświadczając tylko, że (...) złoża filtrów Firmy „Dynamik Filtr” N..... i Wspólnicy Spółka Jawna odpowiadają właściwością złożeń zastosowanych w projekcie”. W dalszej części wyjaśnień oświadczył również, że w odniesieniu do złoża filtracyjnego Nevtraco proponuje zastosowanie równoważnego złoża filtracyjnego o nazwie Hydro-Karbonat i w załączeniu przedłożył kartę katalogową oraz atest PZH potwierdzający równoważność złoża.

Zdaniem Zamawiającego powyższe wyjaśnienia w sposób jednoznaczny świadczą o zmianie treści oferty w zakresie złoża filtracyjnego, a zatem Zamawiający nie może na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie drugie oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przyjąć za ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego zmienia treść oferty.

Podkreślił, że to wykonawca jest zobowiązany do wykazania, że jego propozycja zamiany urządzeń czy materiałów, przedstawiona w ofercie, jest równoważna w stosunku do przedmiotu zamówienia, który zamawiający zdefiniował w SIWZ.

W konkluzji podał, że odwołanie wykonawcy zawiera sformułowania natury ogólnej i cytaty z wyroków KIO oraz, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie nie wyjaśnił równoważności pomiędzy złożami zaproponowanymi w ofercie, a wymienionymi w projekcie, a złożę Hydro-Karbonat odwołujący zaproponował dopiero na etapie pisma w odpowiedzi na wezwanie, podczas, gdy w ofercie w kolumnie 4 zadeklarował między innymi zestaw filtracyjny producenta Dynamik Filtr N..... i Wspólnicy S. j.

Tym samym w jego ocenie zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp przez Zamawiającego nie został przez wykonawcę wykazany.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca - Hydro-Partner Sp. z o.o. z Leszna, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wnosząc także o oddalenie odwołania i popierając w piśmie procesowym z dnia 8 kwietnia br przedłożonym na posiedzeniu stanowisko zamawiającego, co do podstaw odrzucenia oferty Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w tym pkt 7 tego artykułu.

Zamawiający, wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 7 ustawy Pzp oparł na twierdzeniu, że nie otrzymał w dniu 24.03.2014 r. do godziny 14,00 kopii odwołania oraz, że doręczona kopia po upływie tego terminu jest niekompletna.

Izba stwierdziła, że wyznaczony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] sposób kontaktowania się z Zamawiającym ze wskazaniem dni i godzin kontaktu [od poniedziałku do piątku w godzinach od 8,00 do 14,00] nie mógł mieć zastosowania do

obliczania terminu przekazania kopii odwołania i przekazanie tej kopii w dniu 24 marca 2014 r. o godzinie 15,54 nie uchybiało terminowi, o którym stanowi art. 180 ust.5 ustawy Pzp.

Izba przede wszystkim podkreśla, że do sposobu obliczania wskazanego terminu z art. 180 ust.5 ustawy Pzp [podobnie jak do obliczania terminów wniesienia odwołania, o których stanowi art. 182 ustawy Pzp] mają wprost zastosowanie – wbrew przeciwnym twierdzeniom Zamawiającego - przepisy ogólne kodeksu cywilnego. Tym samym wskazane w specyfikacji godziny urzędowania instytucji zamawiającej pozostawały bez wpływu na zachowanie terminu określonego w tym przepisie. Izba dodatkowo zauważa, że w tej sprawie kopia odwołania przekazana została przed wniesieniem odwołania do Prezesa KIO, albowiem tę kopię przekazano w dniu 24 marca o godz. 15,54, a odwołanie [według prezentaty] – o godzinie 16,46.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niekompletności kopii Izba zwraca uwagę, że brak ten [tak jak wskazano w wykazie załączników – ostatnia strona odwołania] dotyczył odpisów KRS wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz dowodu doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.

Odpisy KRS zostały - jak wynika z ustaleń Izby - dołączone w pierwszej kolejności do oferty, a doręczenie kopii odwołania do adresata, nie wymagało w tym przypadku w korespondencji skierowanej do Zamawiającego odrębnego dowodzenia.

Dodatkowo Izba stwierdza, że okoliczność, o której mowa w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp mogłaby znaleźć zastosowanie, tylko wówczas, gdyby kopia odwołania przekazana zamawiającemu odbiegała w swej treści merytorycznej od odwołania wniesionego do Prezesa KIO np. nie zostałyby przekazane załączniki, które pomimo ich formalnego wyodrębnienia w istocie stanowiłyby element konstytuujący treść odwołania. W tej sprawie brak przekazania wymienionych załączników wraz z odwołaniem nie uniemożliwiało oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu, a ich treść w istocie była dostępna Zamawiającemu.

Tym samym w tej sprawie wskazywana podstawa odrzucenia odwołania - przesłanka z pkt 7 art. 189 ust.2 pkt 7 ustawy Pzp - nie mogła mieć zastosowania.

Izba stwierdziła także, że wykonawca w tych konkretnych okolicznościach faktycznych ma legitymację procesową w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania, albowiem, złożył ofertę cenową brutto kwalifikowaną na pierwszym miejscu [cena jedynym

kryterium wyboru] i tym samym uwzględnienie zarzutu, co do braku podstaw odrzucenia jego oferty umożliwia temu wykonawcy uzyskanie zamówienia.

Rozpoznając niniejsze odwołanie Izba miała w szczególności na uwadze dyrektywę z art. 180 ust.2 ustawy Pzp.

Przedmiotem tego zamówienia jest robota budowlana - „Budowa stacji uzdatniania wody w Dziezrkowicach” - której wartość nie przekracza w dniu 10.01.2014 r. kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot [stanowi kwotę 5.060.847,82 zł, co stanowi równowartość 1.197.862,16 euro].

Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego.

Czynnością zaskarżoną, w niniejszym odwołaniu jest czynność odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a zatem zarzut ten wobec treści art. 180 ust.2 ustawy Pzp podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Tak jak ustaliła Izba - zgodnie z pkt. 4.6 specyfikacji „B” - Zamawiający zezwolił na zastosowanie w ofercie materiałów i urządzeń równoważnych zamieszczając w Uwadze do tego punktu stosowną klauzulę.

Izba jednocześnie stwierdza, że zgodnie z literalnym brzmieniem tego wymagania, tylko w stosunku do zastosowanych urządzeń równoważnych wymagał załączenia do oferty parametrów technicznych takiego urządzenia [tu: „W przypadku zastosowania urządzenia równoważnego wykonawca załączy do oferty parametry techniczne.”]

Zgodnie z pkt 4.7 Projektu przebudowy sieci wodociągowej (...) [tom II. Instalacje sanitarne - na filtrach ciśnieniowych odżelazniających i odmanganiających] w odniesieniu do filtracji wody - przyjęto przykładowo zastosowanie filtrów produkcji Eurowater sp. z o.o. oznaczając je jako filtry fi 2100 mm i F =3,42 m², faktyczną prędkość filtrów oraz podano wymagania w

zakresie wypełnienia filtrów i ich dekompresji. Wskazano także dostawcę złoza dla oferowanych filtrów.

Izba, w związku z przepisem art. 180 ust.2 ustawy Pzp, rozpoznając zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego - z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp - musiała mieć na uwadze wymagania opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [kluczowym, obok Ogłoszenia o zamówieniu, dokumencie, wymaganym przepisami prawa zamówień publicznych dla oceny zgodności treści oferty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego], a także treść wezwania skierowanego do wykonawcy oraz wyjaśnienia Odwołującego [odpowiednio pismo z dnia 13.03. 2014 r. i pismo z dnia 14.03.2014 r.] i stanowisko Zamawiającego odnośnie podstaw odrzucenia jego oferty.

Tak jak ustaliła Izba, w podstawach odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust.1 ustawy Pzp wskazano, że wykonawca ten nie wykazał (...) równoważności proponowanego w ofercie rozwiązania równoważnego to jest złoza filtrów firmy Dynamik Filtr N..... I Wspólnicy S. j.," do czego był zobowiązany na podstawie art. 30 ust.5 ustawy Pzp. Wskazano także, że (...) nie uzupełnił oferty o atest PZH na w/w złoza." Podano również, że (...) w wyjaśnieniach wykonawca zmienił treść swojej oferty proponując złoże filtracyjne „Hydro-Karbonat” (...), co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

Z kolei wezwanie – oparte na art. 26 ust.3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust.1 ustawy Pzp – dotyczyło uzupełnienia atestu PZH na oferowane złoza filtrów firmy Dynamik (...) oraz złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie porównywalności pomiędzy projektem, a złożoną ofertą, co do zaoferowanych materiałów i urządzeń równoważnych m.in. odnośnie złoza filtrów firmy Dynamik (...), które to złoza zdaniem Zamawiającego (...) nie odpowiadają właściwością złożeń zastosowanych w projekcie np. złożu Nevtraco.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z pkt 4.7 urzędzeniem były filtry, a nie ich wkłady [warstwy filtrujące], stanowiące element filtra.

Wymagane zatem załączenie do oferty parametrów technicznych równoważnego urządzenia dotyczyło tylko filtrów, a nie ich wypełniaczy.

Izba jednocześnie stwierdza, że dla wypełniaczy Zamawiający postawił ściśle określone wymagania, a mianowicie, co do spornych złożeń – jak słusznie podniósł Odwołujący - Zamawiający wskazał w siwz tylko jeden parametr - wysokość, odpowiednio 1,1 m dla złoza odżelaziającego oraz 0,1 m dla złoza odmanganiającego.

Takie parametry został w ofercie Odwołującego [str 45] podane.

Izba jednocześnie zwraca uwagę, że specyfikacja wymagała załączenia do oferty parametrów technicznych dla równoważnego urządzenia, nie określając, jakim dokumentem te parametry mają być potwierdzone. Tym samym jednym ze sposobów ich potwierdzenia mógł być wykaz opracowany na str 45 oferty przez Odwołującego lub też karta katalogowa producenta lub samo oświadczenie, o ile parametry były analogiczne jak żądane.

Izba stwierdza, że specyfikacja w tym postępowaniu nie uprawniała do żądania w ofercie atestów PZH dla złoza zastosowanego w oferowanym filtrze, czy nawet dla samego filtra.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że atest PZH – co podniósł także Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - jest dokumentem niezbędnym do uznania, że oferowane urządzenie [materiał] jest dopuszczone do stosowania w procesie produkcji wody. Nie może zatem służyć – co potwierdza również treść dokumentu atestu – ocenie parametrów technicznych w procedurze oceny równoważności oferowanego urządzenia. Dla tej sprawy to ustalenie o tyle ma dodatkowo ważne znaczenie, że Zamawiający – zgodnie z siwz - nie wymagał przedłożenia w ofercie takiego dokumentu.

Tak jak słusznie zauważył Odwołujący, dla potwierdzenia wymagania pkt 2.1. Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych ST-00-00 „Wymagania ogólne” [odnośnie posiadania przez wszystkie materiały budowlane dopuszczenia do stosowania w budownictwie na terenie Polski oraz stosownych atestów PZH i TTB (lub zharmonizowane z państw Unii Europejskiej wg potrzeb Zamawiającego), Zamawiający wymagał dla równoważnych materiałów i urządzeń, tylko oświadczenia wykonawcy w formularzu oferty, o stosowaniu w ramach inwestycji wyłącznie materiałów i urządzeń spełniających wymagania opisane w specyfikacji, a zatem takich, które z uwagi chociażby na przedmiot zamówienia nie będą zagrażały zdrowiu lub życiu - czego potwierdzeniem ma być stosowny atest.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że uzyskanie przez producentów i importerów atestów higienicznych [wydawanych przez Państwowy Zakład Higieny] jest wymagane przepisami prawa krajowego.

Izba stwierdza także, że w tym postępowaniu Zamawiający nie wymagał podania producenta urządzenia, czy jego modelu lub typu. Z kolei parametr techniczny w spornym zakresie

został ograniczony tylko – jak już wskazano - do wysokości złoża [odpowiednio 1,1 m dla złoża odżelaziającego oraz 0,1 m dla złoża odmanganiającego].

Zdaniem Izby, wykonawca w ofercie wprost wskazał - w ramach wymagań specyfikacji - na równoważne złożo odżelaziające o wysokości 1,1 m, a w wyjaśnieniach wymienił jego nazwę i wobec treści specyfikacji nie można uznać, że z tego powodu doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

W odniesieniu do drugiego złoża [odmanganiającego] nie mamy do czynienia niewątpliwie z równoważnym wypełniaczem, a ze złożem wskazanym w dokumentacji przez Zamawiającego - Hydrolit Mn.

Tym samym zdaniem Izby, brak było podstaw do żądania w ofercie, a następnie w uzupełnieniu dokumentów wskazywanych atestów dla pierwszego, jak i drugiego złoża, a ponadto te atesty nie mogły – w tym postępowaniu – służyć do oceny równoważności oferowanych urządzeń.

Izba dodaje, że Zamawiający nie może interpretować wymagań siwz na etapie oceny ofert w dostosowaniu m.in. do treści złożonych ofert przez innych wykonawców. Ewentualna modyfikacja wymagań, bądź ich wyjaśnianie [celem usunięcia wątpliwości, co do danego warunku i celem obiektywnego ustalenia woli zamawiającego, co do danego postanowienia specyfikacji] powinno następować - zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych - przed upływem terminu do składania ofert,. Rozszerzająca interpretacja postanowień specyfikacji - na etapie oceny ofert prowadziaby w konsekwencji – bez względu na pobudki zamawiającego – do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, o których to zasadach stanowi art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

Reasumując Izba stwierdziła, że w okolicznościach tej sprawy odrzucenie oferty Odwołującego dokonane zostało z naruszeniem dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i odwołanie podlega uwzględnieniu w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....