

WYROK
z dnia 5 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2013 r. przez **J..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PROFI J..... K....., ul. Stanisława Bronowicza 11; 45-844 Opole**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Opole, Rynek – Ratusz 45-015 Opole**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża J..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PROFI J..... K....., ul. Stanisława Bronowicza 11; 45-844 Opole, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PROFI J..... K....., ul. Stanisława Bronowicza 11; 45-844 Opole, tytułem wpisu od odwołania,

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 **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Opole, Rynek – Ratusz; 45-015 Opole, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „*PG Nr 8 - termomodernizacja obiektu*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 maja 2013 roku pod pozycją 184624.

Zamawiający, dnia 14 czerwca 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 19 czerwca 2013 roku wykonawca J..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PROFI J..... K....., ul. Stanisława Bronowicza 11; 45-844 Opole (zwana dalej „*odwołujący*”) wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności podjęte przez zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o dokonanie ponownej oceny oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp, dokonania wyboru oferty odwołującego oraz obciążenie

zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych na rozprawie przed KIO.

Zamawiający, dnia 19 czerwca 2013 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 24 czerwca 2013 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlany B..... K....., ul. Gołębia 1; 48-300 Nysa.

Zamawiający, dnia 5 lipca 2013 roku, na posiedzeniu, złożył odpowiedź odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający poinformował, że odrzucił ofertę odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający podał, że *„Wykonawca zaproponował w ofercie równoważność do wykonania instalacji centralnego ogrzewania w postaci rur w systemie C-STHAL MAPRESS GEBERIT. Zaproponowany materiał zamienny ma dużo gorsze parametry techniczne. Porównanie zaproponowanego materiału stali z danymi opisanymi w dokumentacji technicznej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru*

robót wskazuje na różnice w parametrach technicznych oraz jakości proponowanego materiału. Do najistotniejszych z nich należą:

- 1) zbyt krótki okres gwarancji na zaproponowany materiał, wobec projektowanej miedzi,
- 2) gorsza odporność na wysokie temperatury,
- 3) mała rozszerzalność ciepła,
- 4) zaproponowany materiał stal węglowa ulega korozji, natomiast miedź jest nierdzewna,
- 5) konieczność zmian w przeliczeniach wielkości podanych w dokumentacji technicznej i STWiOR.

Wobec powyższego treść oferty Wykonawcy nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego, jest niezgodna z treścią s.i.w.z.”.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuścił do złożenia ofert równoważnych. Ten fakt opisał w opisie przedmiotu zamówienia „Oferta równoważna” gdzie nie wskazał, co rozumie pod pojęciem oferta równoważna. W ocenie odwołującego zamawiający dopuszczając rozwiązania równoważne powinien określić zakresy równoważności, aby wykonawca mógł wykazać, że oferowany wyrób spełnia warunki równoważności. Zamawiający powinien więc określić parametry przedmiotu zamówienia, które będzie brał pod uwagę, oceniając równoważność oraz wskazać zasady oceny, kiedy parametry, czy cechy wyrobu uzna za równoważne.

W sytuacji, gdy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, korzystając z art. 29 ust. 3 Pzp, powinien określić zakres minimalnych parametrów równoważności, w oparciu o które dokona oceny, czy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Wymogi, co do równoważności produktów powinny być podane w sposób dokładny, przejrzysty i jasny tak, aby z jednej strony zamawiający, dokonując oceny ofert, mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaproponowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu mieli pewność, co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Precyzyjne określenie wymogów, co do równoważności produktów pozwala prawidłowo ocenić i porównać złożone oferty.

W ocenie odwołującego zamawiający ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani w dokumentacji technicznej nie określił zakresu równoważności, parametrów przedmiotu zamówienia, które będzie brał pod uwagę, oceniając równoważność, nie określił zasad oceny kiedy zaoferowany wyrób uzna za równoważny.

Odwołujący w toku prowadzonego postępowania złożył do zamawiającego zapytanie o treści „Czy Zamawiający dopuszcza, jako równoważne, wykonanie orurowania instalacji centralnego ogrzewania w systemie C-STHAL MAPRESS GEBERIT ?- instalacja w tym systemie została wykonana w budynku UM przy ul. Pi. Wolności.”

Zamawiający w dniu 24 maja 2013 r. udzielił następującej odpowiedzi (Pytanie 10) „Zamawiający dopuszcza zastosowanie orurowania instalacji centralnego ogrzewania równoważnego, jednak nie gorszego jak opisane w dokumentacji projektowej, załączonej do SIWZ.”

Ze względu na brak w dokumentacji przetargowej sprecyzowania „równoważności” oraz ze względu na uzyskaną odpowiedź odwołujący uznał, że zamawiający w tym zakresie dopuścił (nieokreśloną) dowolność w interpretacji pojęcia zastosowania materiałów, rozwiązań równoważnych.

Zamawiający uznał, że zaoferowany przez odwołującego system C-STHAL MAPRESS GEBERIT posiada gorsze parametry techniczne i tym samym nie jest zgodny z treścią s.i.w.z. Zamawiający wyszczególnił 4 parametry, które jego zdaniem różnią się od materiału stali jaki wymagał oraz podał, iż zastosowanie tego systemu spowoduje „konieczność zmian w przeliczeniach wielkości podanych w dokumentacji technicznej i STWiOR.”

W ocenie odwołującego rozwiązanie zastosowane do wykonania orurowania instalacji centralnego ogrzewania w systemie MAPEPRES C-STHAL firmy GEBERIT jest równoważne w świetle specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a błędna ocena zamawiającego wynika wyłącznie z braku przeprowadzenia należytej analizy wymaganych parametrów w s.i.w.z. z parametrami wynikającymi z zaoferowanego systemu. Ocena zamawiającego opiera się ona wyłącznie na obiegowym i ogólnym przeświadczeniu o wyższości w instalacjach sanitarnych, w tym centralnego ogrzewania, rozwiązań z zastosowaniem miedzi nad rozwiązaniami przy użyciu rur ze stali czarnej spawanych. Odwołujący podał, że system MAPEPRES C-STHAL firmy GEBERIT jest technologią wysoko zaawansowaną łączącą w sobie wiele elementów, jakie muszą spełniać instalacje pod względem ich jakości i warunków kosztów eksploatacyjnych, w tym związanych z ochroną przeciwpożarową budynków, a także bezpieczeństwa wykonywania prac.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego wskazując, iż zamawiający wszczynając przedmiotowe postępowanie planuje zrealizować inwestycję o określonym standardzie i jakości, a zespół projektantów uwzględnił te zamierzenia w rozwiązaniu technicznym, za pomocą dokumentów, które są ściśle ze sobą powiązane tj.: projekt budowlany i projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiary robót (jako pomocne przy sporządzaniu oferty).

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób zgodny z art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że przedmiot zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych

W specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, która jest integralną częścią opisu przedmiotu zamówienia na str. 27 i str. 28 podano wymagania dotyczące materiałów. W instalacji centralnego ogrzewania należy stosować rury i kształtki miedziane przeznaczone do instalacji centralnego ogrzewania. Autor dokumentacji projektowej określił, że do wykonania robót mogą być stosowane wyroby producentów krajowych i zagranicznych. Wszystkie materiały użyte do wykonania instalacji muszą posiadać aktualne polskie aprobaty techniczne lub odpowiadać wymogom odpowiednich Polskich Norm. Odbiór techniczny materiałów powinien być dokonywany według wymagań i w sposób określony aktualnymi normami i przepisami.

Natomiast w wymaganiach dotyczących robót, jest zamawiający podał, że wykonawca jest odpowiedzialny za realizację robót zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi, oraz zgodnie z odpowiednimi przepisami ustawy „Prawo Budowlane” i zgodnie z wymaganiami COBRTI Instal „Warunki techniczne wykonania i odbioru instalacji centralnego ogrzewania” zeszyt nr 2. Odstępstwa od projektu mogą dotyczyć jedynie dostosowania instalacji centralnego ogrzewania do wprowadzonych zmian konstrukcyjno-budowlanych obiektu lub zastąpienia zaprojektowanych materiałów - w przypadku niemożliwości ich uzyskania - przez inne materiały, urządzenia lub elementy o takich samych charakterystykach i trwałości. Wg autora projektu budowlanego (instalacji centralnego ogrzewania i wentylacji mechanicznej w budynku Gimnazjum nr 8 w Opolu) zmiana materiału z jakiego wykonane są rury pociąga za sobą przeliczenia hydrauliczne instalacji i regulacji.

Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał się produktem tożsamym w każdym parametrze jaki określa materiał wymagany przez zamawiającego tj. miedź.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia jednoznacznie określił, iż wymaga zastosowania rur miedzianych, co samo z siebie implikuje określone parametry, które mają wpływ na sporządzenie oferty. Brak podania w opisie przedmiotu zamówienia wartości parametrów granicznych dla miedzi nie stanowi argumentu dla uznania, iż brak możliwości oceny równoważności (vide: wyrok z 3 grudnia 2009 r., sygn. akt: KIO 1520/09).

W ocenie Izby, sposób opisu nie utrudnił uczciwej konkurencji (art.29 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych), np. poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Zamawiający nie wymagał również rur określonego producenta.

Izba wskazuje, że opis poczyniony przez zamawiającego nosi znamiona opisu funkcjonalno-użytkowego, gdzie zamawiający podał, że instalacja miała być wykonana z miedzi, który to materiał charakteryzuje się określonymi parametrami użytkowymi. I to w tym zakresie odwołujący winien w taki sposób przygotować swoją ofertę, aby te wymagania użytkowe (jak dla miedzi), oferując inny materiał spełnić. Izba wskazuje chociażby na podnoszony na rozprawie parametr dotyczący chropowatości rur i powiązany z tym parametr użytkowy dotyczący możliwości uzyskania odpowiedniej temperatury w pomieszczeniach, co

przy założeniu zachowania wymaganej średnicy rur (inne ciśnienie) nie jest możliwy do uzyskania przy materiale proponowanym przez odwołującego.

Zmiana zaprojektowanego materiału powoduje konieczność wprowadzenia zmian projektowych, a zmiany takie jasno wskazują na niezachowanie równoważności oferowanego rozwiązania.

Izba podziela również pogląd prezentowany przez zamawiającego, że skoro zamawiający wybrał system wykonania instalacji CO, który ma być wykonany z miedzi, to równoważność tego systemu może odbywać się tylko i wyłącznie w obrębie tego materiału. Inne systemy wykonania, takie jak: stal czy PCV, zostały w przedmiotowym postępowaniu przez zamawiającego wyłączone.

Konkludując Izba stwierdziła, że choć może system oferowany przez odwołującego jest systemem dobrym, sprawdzonym, a na pewno certyfikowanym nie oznacza, że jego zastosowanie zostało dopuszczone przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym nie potwierdził się również zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: