

Sygn. akt: KIO 1231/19

WYROK
z dnia 18 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2019 r. przez wykonawcę **Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Jawor**,

przy udziale wykonawcy **HYDRO – MARKO Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Jarocinie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1231/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych** na rzecz Zamawiającego – **Gminy Jawor** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 **Legnicy**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1231/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Jawor [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę przepompowni ścieków przy ul. Starojaworskiej w Jaworze w ramach zadania pn.: „Modernizacja gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji jaworskiej”* (znak postępowania: ZP.271.1.2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 kwietnia 2019 r. pod numerem 2019/S 072-169304.

W dniu 1 lipca 2019 r. wykonawca Miko – Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Jarocinie [dalej „HYDRO-MARKO”] i Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [dalej „Envirotech”], mimo, że oferty tych wykonawców były niezgodne z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, polegające na uznaniu, iż HYDRO-MARKO i Envirotech wykazali spełnienie wszystkich warunków równoważności,
3. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty HYDRO-MARKO jako najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem przepisów PZP, ewentualnie, działając z ostrożności:
4. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 91 ust. 2d oraz art. 29 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo występowania w nim wady postępowania w zakresie niejednoznacznego sformułowania kryteriów równoważności, stanowiących jednocześnie jakościowe kryterium oceny ofert, co uniemożliwia Zamawiającemu zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec ww. zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenie ofert HYDRO-MARKO i Envirotech jako niezgodnych z SIWZ,
3. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty złożonej w niniejszym postępowaniu, ewentualnie
4. unieważnienia postępowania z uwagi na niewłaściwe sformułowanie zasad równoważności stanowiących również kryterium oceny ofert, które stanowiło niemożliwą do usunięcia wadę, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż pismem z dnia 17 czerwca 2019 r. (opublikowanym na stronie internetowej i przekazanym wykonawcom w dniu 19 czerwca 2019 r.) Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego, najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu okazała się oferta HYDRO-MARKO, która uzyskała łączny wynik wynoszący 95,31 pkt., na drugim miejscu uplasowała się oferta Envirotech z wynikiem punktowym wynoszącym 93,80. Trzecie miejsce zajęła oferta złożona przez Odwołującego z wynikiem 90 pkt. Cena zaoferowana przez Odwołującego była najniższa, jednak Odwołujący nie otrzymał punktów w kryterium *Parametry techniczne kluczowych urządzeń technologicznych*, w którym Zamawiający przyznawał punkty za zaoferowanie „*równoważnego zestawu technologicznego urządzeń nie wymagającego wody do płukania części cedzącej*” względem referencyjnego zestawu urządzeń opisanego w dokumentacji projektowej, a składającego się z: (i) sita bębnowego, (ii) piaskownika poziomego napowietrzanego, zintegrowanego ze zbiornikiem sita, (iii) separatora, (iv) płuczki piasku, (v) prasopłuczki skratek, (vi) przenośników i transporterów [dalej „Zestaw równoważny”].

Odwołujący wskazał, że zaoferowany przez HYDRO-MARKO i Envirotech zestaw równoważny o jakim mowa wyżej nie spełnia wszystkich wymogów równoważności opisanych w SIWZ, w konsekwencji oferta tych wykonawców pozostaje niezgodna z SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż warunki równoważności systemu urządzeń podlegających punktacji zostały opisane w załączniku nr 6 - *Wykaz urządzeń kluczowych* i w załączniku nr 6a) - *Karta danych*. Załącznik nr 6 - *Wykaz urządzeń kluczowych* zawiera kolumnę „*Wymagane minimalne parametry techniczne i cechy jakościowe urządzenia jako podstawa spełnienia wymogów Zamawiającego lub równoważności*”. Jednocześnie w Załączniku nr 6a wskazano, iż względem Zestawu równoważnego „*Wymagane minimalne parametry techniczne i cechy jakościowe kompletu urządzeń jako podstawa równoważności podano w Tabeli Nr 6 w pkt od 4 do 10.*” Powyższe oznacza, iż zestaw równoważny musi posiadać wszystkie parametry techniczne i cechy jakościowe jakie zostały opisane w Tabeli 6 (Załączniku nr 6) w pkt. 4-10.

Odwołujący wskazał, iż zarówno HYDRO-MARKO, jak i Envirotech zaoferowało w ofercie Zestaw równoważny w postaci: kratopiaskownika KT11600/F wraz z prasopłuczka PPS250 i płuczka piasku PP500 producenta Stalbudom Sp. z o.o. Oba rozwiązania nie spełniają jednak minimalnych parametrów dotyczących równoważności opisanych w pkt. 4 Załącznika nr 6 (wymogi minimalne dotyczące rozwiązania równoważnego względem sita bębnowego).

Odwołujący wskazał, iż zestawy równoważne nie są wyposażone w system płukania

i prasowania skratek, tymczasem Zamawiający wymagał, by urządzenie równoważne do sita wyposażone było w zintegrowaną praskę skratek oraz zintegrowany system odwadniania skratek do max. 35-40%. Odwołujący wskazał, iż płukanie skratek ma istotny wpływ na skład ścieków po części mechanicznej oczyszczania. Dzięki płukaniu zawierają one więcej węgla organicznego niezbędnego dla procesów oczyszczania biologicznego. W konsekwencji brak płukania skratek zmienia skład produktu końcowego oczyszczania mechanicznego (ścieku) i odpadu wynikającego z tego oczyszczania (skratki).

Nadto, wymogiem SIWZ było, by wszystkie elementy mające kontakt ze ściekami/skratkami wykonane zostały ze stali nierdzewnej 1.4307 lub równoważnej wytrawiane (za wyjątkiem armatury, napędów i łożysk). W ofercie HYDRO-MARKO i Envirotech zaoferowano kratę wyposażoną w taśmę filtracyjną wykonaną z tworzywa sztucznego, co jest niezgodne z wymogiem pkt. 4 Załącznika nr 6 do SIWZ.

Przedmiotowe rozwiązanie, zawarte w ofercie HYDRO-MARKO i Envirotech nie spełnia również wymagań dotyczących średnicy sita określonej na 1200 mm (szerokość rozwinięcia 3768 mm). Zaoferowana krata jest płaska i ma szerokość zaledwie 900 mm, a tym samym posiada diametralnie mniejszą powierzchnię czynną cedzenia.

Odwołujący wyjaśniał, że sito ma kształt długiego walca, co powoduje, że przy pełnej szerokości rozwinięcia jego średnica wynosi aż 3768 mm. W konsekwencji jego powierzchnia cedzenia jest ok. czterokrotnie większa niż powierzchnia kraty oferowanej przez HYDRO-MARKO i Envirotech. Przykładowo, gdyby wypełnić ściekami kanał o wysokości 1 m, to powierzchnia cedzenia urządzenia referencyjnego z SIWZ (sita) wynosiłaby: $1,2 \text{ m} \times 3,14 \times 1 = 3,768 \text{ m}^2$, podczas gdy powierzchnia cedzenia kraty byłaby równa: $0,9 \text{ m} \times 1 = 0,9 \text{ m}^2$.

Zamawiający wymagał również w SIWZ, by skratki w ramach sita były przenoszone przy pomocy transportera ślimakowo-wałowego o średnicy 273 mm. Tymczasem krata w ogóle nie jest wyposażona w taki transporter, co jest wprost sprzeczne z wymogami SIWZ.

Nie budzi zatem żadnych wątpliwości okoliczność, iż oferta HYDRO-MARKO oraz oferta Envirotech w zakresie zaoferowanego Zamawiającemu Zestawu równoważnego (kraty zamiast sita bębnowego) nie spełniają wszystkich wymogów równoważności opisanych w Załączniku nr 6 pkt. 4. Tym samym oferty te nie mogą zostać uznane za zgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie, działając z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek uznania, że zapisy SIWZ nie były dostatecznie jednoznaczne w zakresie odnoszącym się do kryteriów równoważności (stanowiącym zarazem kryterium oceny ofert), co uniemożliwia odrzucenie ofert wykonawców, Odwołujący wnosił o unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Uzasadniał, iż zarówno przepisy art. 29 ust. 1 ustawy Pzp odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, jak i przepis art. 91 ust. 2 d ustawy Pzp odnoszące się do kryteriów

oceny ofert, nakazują Zamawiającemu jednoznaczne i precyzyjne opisanie wymogów odpowiednio opisu przedmiotu zamówienia, jak i kryteriów oceny ofert. Nadto, z bogatego orzecznictwa KIO odnoszącego się do kryteriów równoważności wynika, że także rozwiązania równoważne powinny zostać opisane w sposób zrozumiały i jednoznaczny, pozwalający na zerojedynkową ocenę tego, czy określony parametr/cecha/funkcjonalność spełnia, czy nie spełnia, kryterium równoważności. Ewentualne naruszenie tych przepisów, powodujące nieporównywalność ofert lub nierówne traktowanie wykonawców, nie może doprowadzić do zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto Odwołujący przywołał stanowiska wynikające z orzecznictwa KIO dotyczące unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w sytuacji gdy zasady równoważności nie zostały w prawidłowy sposób ustalone (wyrok z dnia 19 sierpnia 2014 r. sygn. akt: 1607/14, wyrok z dnia 6 czerwca 2016 r. sygn. akt: 883/16, wyrok z dnia 14 października 2011 r. sygn. akt: KIO 2093/11, wyrok z dnia 17 sierpnia 2009 r. sygn. akt: KIO 980/09, wyrok z dnia 27 maja 2014 r. sygn. akt: KIO 914/14, uchwała KIO/KD 95/14).

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż nie budzi wątpliwości okoliczność, iż niejednoznaczne wymogi odnoszące się do kryteriów jakościowych oceny ofert mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W niniejszym postępowaniu kryterium to przeważało o wybraniu oferty HYDRO-MARKO jako najkorzystniejszej i jednocześnie doprowadziło do niewybrania oferty Odwołującego, który złożył w niniejszym postępowaniu ofertę najkorzystniejszą w zakresie pozostałych kryteriów oceny ofert. Gdyby - zdaniem Izby - okoliczność ta wynikała z niejednoznacznych zapisów dotyczących kryteriów równoważności i kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, koniecznym byłoby unieważnienie postępowania z uwagi na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i nieporównywalności złożonych ofert.

Odwołujący podnosił także, iż ma interes prawny w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp w alternatywnym domaganiu się unieważnienia postępowania w świetle stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zob. wyrok TSUE z dnia 11 maja 2017 r. C-131/16 w sprawie Archus et Gama).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 lipca 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie w zakresie zarzutu czwartego Zamawiający wskazał, że został on podniesiony po czasie przysługującym na jego wniesienie. Uzasadniał, że przedmiotowy zarzut podniesiony został przez Odwołującego nie tylko po terminie składania i otwarcia ofert, lecz dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, kiedy okazało się, że jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący nie przedstawia w odwołaniu jakaż to niejednoznaczność występowała w opisie przedmiotu zamówienia w

zakresie „równoważności”, stanowiących jednocześnie jakościowe kryterium oceny ofert. Zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący tego nie kwestionował przed terminem składania ofert. Ponadto, Zamawiający nie opisywał przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co nie doprowadzało do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Odwołujący nie przedstawił także, jaka niejednoznaczność występowała w zakresie kryterium „Parametry techniczne kluczowych urządzeń technologicznych” (art. 91 ust. 2d ustawy Pzp), gdzie zasady przyznawania punktów były jednoznaczne. Za uzyskanie określonych parametrów Zamawiający przyznawał punkty, a za ich brak nie przyznawał punktów. Gdyby nawet było inaczej, to powyższy (ewentualny - jak to określił Odwołujący) zarzut powinien być podniesiony w terminie ustawowym tj. nie później niż 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, iż jeżeli w ocenie danego wykonawcy treść SIWZ jest niejednoznaczna (powodując sytuację uniemożliwiającą złożenie oferty) winien on złożyć odwołanie (postanowienie KIO z dnia 13 czerwca 2013 r. sygn. akt: KIO 1164/12). W ocenie Izby (wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1099/14), przyjęcie odmiennej interpretacji rodziłoby niebezpieczną praktykę obchodzenia przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu pierwszego Zamawiający wskazał, że jednoznacznie określił zasady równoważności. W tym celu w załącznikach do SIWZ: nr 6.1 zatytułowanym „Karta Danych” i załączniku nr 6 zatytułowanym „Wykaz urządzeń kluczowych”, Zamawiający wskazał wymagane parametry do oceny zarówno zgodności zaoferowanych urządzeń z opisem przedmiotu zamówienia jak i minimalne parametry techniczne i funkcjonalne urządzeń podlegających ocenie punktowej.

Dla zachowania zasad zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający dokonał opisu przedmiotu dla urządzeń kluczowych w załączniku nr 6 w kolumnie nr 3 „Wymagane minimalne parametry techniczne i cechy jakościowe urządzenia jako podstawa spełnienia wymogów Zamawiającego lub równoważności”. Dla zestawu urządzeń: Sito bębnowe Piaskownik poziomy napowietrzany, zintegrowany ze zbiornikiem sita Separator Płuczka piasku Prasopłuczka skratek, przenośniki i transportery w załączniku nr 6.1 do SIWZ w podtytule: „Wymagane minimalne parametry techniczne i cechy jakościowe kompletu urządzeń jako podstawa równoważności podano w Tabeli Nr 6 w pkt od 4 do 10.” Dodatkowo

wyjaśniając - patrz zapis: „*Parametry techniczne i cechy jakościowe kompletu urządzeń równoważnego do sitopiaskownika. Dopuszcza się rozwiązanie, które jest równoważne pod kątem parametrów technologicznych z zachowaniem zapisów w projekcie co do parametrów np. wydajność, efekt a odmienne pod kątem walorów eksploatacyjnych*”. Załącznik nr 6.1 zatytułowany „*Karta Danych*” był podstawowym dokumentem dla potwierdzenia kryterium jakościowego ofert „*Parametry techniczne kluczowych urządzeń technologicznych*”.

Zamawiający wskazał, iż wymogi co do równoważności urządzeń kluczowych zostały podane w sposób przejrzysty i jasny, tak, aby z jednej strony Zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaoferowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań Zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia - urządzeń kluczowych. Zamawiający nadmieniał, iż jednocześnie w części III dokumentacji Zamawiającego – (OPZ III/7 równoważność rozwiązań) oraz w treści załącznika 6 i 6.1. wyjaśnił zasady dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Bez określenia w treści załącznika 6 i 6.1 minimalnych wymagań technicznych w zakresie parametrów oferowanych wyrobów Zamawiający nie byłby w stanie ocenić zaproponowanych zamienników pod kątem ich równoważności, dlatego koniecznym było wskazanie minimalnych warunków progowych dla kluczowych urządzeń. Zamawiający wskazał, iż opisując przedmiot zamówienia kierował się ukształtowaną wykładnią zawartą m.in. w wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2009 r. KIO/UZP 967/09.

Zamawiający nadto wskazał, iż odrębnym zagadnieniem jest określenie tzw. „lepszości” dla oczekiwanych urządzeń. Wpisanie do warunków podstawowych parametrów technicznych: „zestaw technologiczny urządzeń nie wymagający wody do płukania części cedzącej” - byłoby właśnie naruszeniem uczciwej konkurencji. Ponieważ większość producentów nie wypełnia tych wymogów, co eliminowałoby ich z postępowania o zamówienie publiczne. Celem udzielenia zamówienia jest bowiem nie tyle nabycie dobra zgodnego z określonymi wspólnymi specyfikacjami lub normami, ile zaspokojenie konkretnych potrzeb Zamawiającego. Wykonawcy w świetle zapisów SIWZ są w stanie tak zrealizować zamówienie, by zaspokoić minimalne wymagania Zamawiającego przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji. W doktrynie podkreśla się, iż sam fakt niemożności zaoferowania przez odwołującego urządzeń o parametrach świadczących o wyższej sprawności czy w rozpatrywanym przypadku oszczędności w zużyciu wody wodociągowej do celów technologicznych podczyszczania ścieków i z tego tytułu nie otrzymanie dodatkowych punktów w kryterium oceny oferty nie stanowi naruszenia uczciwej konkurencji, bowiem wykonawca ma możliwość zaoferowania urządzenia spełniającego wymogi opisu przedmiotu zamówienia, również równoważnego (posiadającego równoważne cechy techniczne i jakościowe) - co Odwołujący uczynił składając ofertę niepodlegającą

odrzuconiu. Zauważył, iż Odwołujący myli czynność opisu przedmiotu zamówienia, z czynnością opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej. Nadto Zamawiający wskazał, że w złożonej ofercie wykonawcy wygrywającego HYDRO-MARKO jak i Envirotech, w wypełnionym Załączniku nr 6 w kolumnie 4 - „*Oferowane parametry/cechy techniczne i jakościowe - opisy, schematy DTR/Producent itp*” odczytujemy dane techniczne i jakościowe dla oferowanych urządzeń kluczowych. Należy stwierdzić, że wręcz są identyczne jak w wymaganiach minimalnych z kolumny nr 3.

Zamawiający zacytował również fragment z zapisów oferty wykonawcy HYDRO-MARKO oraz wyjaśnień z dnia 11 czerwca 2019 r. i wskazał, że zarzut:

- „*nie są wyposażone w system płukania i prasowania skratek*” jest nietrafiony - w kolumnie nr 4 zał. nr 6 odczytujemy „*Stopień odwodnienia skratek: 35 - 45% Sm*”;
- „*zaoferowano kratę wyposażoną w taśmę filtracyjną wykonaną z tworzywa sztucznego*” jest nietrafiony - w załączniku 6.1 do Oferty czytamy „*z taśmą wykonaną z tworzywa sztucznego, a składającą się z połączonych ze sobą za pomocą dystansów - specjalnych paneli zbierających skratki*”. Taśma jest jednocześnie napędem do elementów zbierających skratki;
- „*nie spełnia również wymagań średnicy sita określonego na 1200 mm*” jest nietrafiony. Zważyć należy, że dopuszcza się rozwiązanie, które jest równoważne pod kątem parametrów technologicznych z zachowaniem zapisów w projekcie co do parametrów np. wydajność, efekt a odmienne pod kątem walorów eksploatacyjnych”. Zaoferowany kratopiaskownik ma identyczne parametry techniczne i technologiczne: przepustowość kraty max 200 l/s i szerokość szczelin kraty 3 mm (parametry procesowe) - zgodne z wymaganiami Zamawiającego;
- „*powierzchnia cedzenia (sita) wynosiłaby 3,768 m² a powierzchnia cedzenia kraty 0,9 m²*” jest nietrafiony. Istotne dla równoważności są parametry techniczne i technologiczne: przepustowość kraty max 200 l/s i szerokość szczeliny kraty 3 mm (parametry procesowe) - zgodne z wymaganiami Zamawiającego;
- „*zamawiający wymagał również w SIWZ, by skratki w ramach sita były przenoszone przy pomocy transportera ślimakowo-wałowego o średnicy 273 mm*” jest nietrafiony. Zintegrowany zaoferowany układ posiada dwa przenośniki do skratek - poz. 2 i 10 w kol. 4 o wymaganych parametrach technologicznych.

Reasumując Zamawiający wskazał, iż wywód że zarzuty nie spełniły równoważności w odniesieniu do sita bębnowego jest nietrafiony. Parametry techniczne i jakościowe procesu technologicznego są identyczne - zał. 6. i 6.1 i technologiczne jak wyżej zacytowano a dopuszczono w zapisach SIWZ zablokowane urządzenia (zał. 6.1) „*odmienne pod kątem walorów eksploatacyjnych*”. Po ocenie oferty wygrywającej Zamawiający jednoznacznie stwierdza, że na oferowanych urządzeniach równoważnych - zestawu urządzeń: Sito bębnowe, Piaskownik poziomy napowietrzany, zintegrowany ze zbiornikiem sita Separator

Płuczka piasku Prasopłuczka skratek, przenośniki i transportery uzyskano identyczne parametry techniczne i jakościowe oraz udokumentowano oczekiwany efekt technologiczny podczyszczania ścieków - funkcjonalność układu urządzeń technologicznych. Nietrafiony jest także zarzut zastosowania materiału, z którego wykonano urządzenie tj. elementy mające kontakt ze ściekami. Jak Odwołujący zaznaczył wymagania stali nierdzewnej 1.4307 nie dotyczą napędów. Taśma filtracyjna z tworzywa sztucznego jest jednocześnie napędem dla paneli zbierających skratki. Porównywanie powierzchni sita bębnowego do powierzchni kratopiaskownika jest niezrozumieniem technologii cedzenia i parametrów podstawowych zaprojektowanego układu. Układ urządzeń ma zapewnić m.in. wydajność i efekt techniczno-technologiczny a nie cechy indywidualne konstrukcyjne danego urządzenia i producenta. Zwrócić należy jeszcze raz uwagę, że równoważność to nie identyczność. Dopuszczenie w SIWZ rozwiązania równoważnego nie oznacza, iż inne zaproponowane w ramach tej równoważności roboty, czy urządzenia, mają spełniać wszystkie parametry i cechy indywidualne konkretnego urządzenia, określonego producenta a przyjęte przez projektanta. Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że przywołane w odwołaniu oferty nie podlegają odrzuceniu.

W przedmiocie zarzutu drugiego Zamawiający podniósł, że istotnym jest, iż wywody zawarte w treści odwołania stanowią nieprawdziwe teorie o równoważności i ocenie ofert. Sugestia o nie spełnieniu użytego materiału na elementy mające kontakt ze ściekami/skratkami jest nietrafiona, jak porównanie powierzchni urządzeń - sita bębnowego i kratopiaskownika. Istotą jest uzyskanie funkcji celu dla układu technologicznego i podstawowych parametrów technicznych i jakościowych - jak zaznaczono w SIWZ efekt technologiczny można uzyskać „*odmiennie pod kątem walorów eksploatacyjnych*”. A zatem powyższy zarzut nie ma uzasadnienia tj. jest nietrafiony. Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że przywołane w odwołaniu oferty nie podlegają odrzuceniu.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego Zamawiający wskazał, iż uznaje się, że wywód spełnienia wymogów technicznych i jakościowych oraz technologicznych tylko na urządzeniach zaprojektowanych przez projektanta i tylko jednego producenta jest świadomy i wprowadzający w błąd zabieg Odwołującego, mającą wywodzić o niezachowaniu przez Zamawiającego uczciwej konkurencji. A zatem powyższy zarzut nie ma uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 2 lipca 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę HYDRO – MARKO Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Jarocinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 4 lipca 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz oferty wykonawców HYDRO-MARKO oraz Envirotech.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 lipca 2019 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XIV SIWZ, kryteriami oceny w niniejszym postępowaniu były: cena – 60%, doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – 15%, gwarancja i rękojmia – 15% oraz parametry techniczne kluczowych urządzeń technologicznych – 10%.

Zgodnie z punktem 6 ww. rozdziału, Zamawiający przyznawał punkty w kryterium - Parametry techniczne kluczowych urządzeń technologicznych, za „*zastosowanie równoważnego zestawu technologicznego urządzeń nie wymagającego wody do płukania części cedzącej*” względem referencyjnego zestawu urządzeń opisanego w dokumentacji projektowej, a składającego się z: (i) sita bębnowego, (ii) piaskownika poziomego napowietrzanego, zintegrowanego ze zbiornikiem sita, (iii) separatora, (iv) płuczki piasku, (v) prasopłuczki skratek, (vi) przenośników i transporterów.

W części III/7 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający opisał kwestię związaną z równoważnością rozwiązań. W ww. części wskazano m.in., że Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym (nie znaczy, że identyczne opisywanym), a więc przykładowo takie, które spełniają te same funkcje przy zastosowaniu innej technologii. Nadto Zamawiający wskazał, że dopuszczenie w SIWZ rozwiązania równoważnego nie oznacza, iż inne zaproponowane w ramach tej równoważności roboty, czy urządzenie, ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjęte przez

projektanta. Wykazanie równoważności nie polega również na dowodzeniu, że zaoferowany produkt jest lepszy, lub że nie jest gorszy niż ten, którego wymaga zamawiający, ale że umożliwi uzyskanie efektu założonego przez Zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych.

W punkcie 5 formularza ofertowego Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia oświadczenia, czy wykonawca oferuje równoważny zestaw technologiczny urządzeń niewymagający wody do płukania poprzez odpowiednie skreślenie odpowiedzi „TAK/NIE”, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej wskazania obiektu, gdzie ww. zestaw został zamontowany. Ponadto dla potwierdzenia parametrów ww. zestawu Zamawiający wymagał od wykonawców wypełnienia Tabeli 6 i 6.1 w Załączniku nr 6 do IDW wraz z kartami katalogowymi/innymi dokumentami potwierdzającymi spełnienie parametrów technicznych i cech jakościowych urządzeń.

W załączniku nr 6 - *Wykaz urządzeń kluczowych*, w kolumnie trzeciej, Zamawiający podał *„Wymagane minimalne parametry techniczne i cechy jakościowe urządzenia jako podstawa spełnienia wymogów Zamawiającego lub równoważności”*. W pozycji dotyczącej sita bębnowego (lp. 4) Zamawiający wskazał m.in. następujące wymagania: 1) zintegrowana praska skratek, 2) zintegrowany system odwadniania skratek do maks. 35-40%, 3) średnica sita: 1200 mm, 4) transporter ślimakowo – wałowy o średnicy 273 mm oraz 5) wszystkie elementy mające kontakt ze ściekami/skratkami wraz z transporterem skratek wykonane ze stali nierdzewnej 1.4307 lub równoważnej wytrawianej (za wyjątkiem armatury, napędów i łożysk). Ponadto Zamawiający postawił wymóg prześwitu – 3 mm oraz przepływu – 180 l/s.

Z kolei w załączniku nr 6a - *Karta danych*, wskazano *„Wymagane minimalne parametry techniczne i cechy jakościowe kompletu urządzeń jako podstawa równoważności podano w Tabeli Nr 6 w pkt od 4 do 10”*. Nadto w ww. załączniku, dla zestawu urządzeń: sito bębnowe, piaskownik poziomy napowietrzany, zintegrowanego ze zbiornikiem sita, separator, płuczka piasku, prasopłuczka skratek, przenośniki i transportery Zamawiający podał, że *„dopuszcza się rozwiązanie, które jest równoważne pod kątem parametrów technologicznych z zachowaniem zapisów w projekcie co do parametrów np. wydajność, efekt a odmienne pod kątem walorów eksploatacyjnych”*.

Ponadto w treści ww. załącznika Zamawiający wskazał, że wykazanie równoważności zaoferowanego przedmiotu leży po stronie wykonawcy. Wykonawca stosując rozwiązania równoważne jest w pełni odpowiedzialny za taki dobór maszyn, urządzeń, sprzętu, armatury i innych by uzyskać wymagane parametry technologiczne pompowni, oraz by dostosować je do istniejących i projektowanych obiektów bez zmiany ich istniejącej/zaprojektowanej powierzchni, kubatury i układu przestrzennego, tak by nie zachodziła konieczność zmiany tych budynków/obiektów i zmiany pozwolenia na budowę (zaoferowanie urządzeń/materiałów równoważnych nie może prowadzić do zmiany projektu).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, oferty złożyło czterech wykonawców. Wykonawca HYDRO-MARKO oraz wykonawca Envirotech w punkcie 5 formularza ofertowego dotyczącego oceny oferty w kryterium „*Parametry techniczne kluczowych urządzeń technologicznych*” zaoferowali zastosowanie równoważnego zestawu technologicznego urządzeń niewymagającego wody do płukania części cedzącej.

Wykonawcy HYDRO – MARKO oraz Envirotech zaoferowali zestaw równoważny składający się z: Kratopiaszkownika KT11600/F wraz z prasopłuczką PPS250 i płuczką piasku PP500 producenta Stalbudom Sp. z o.o. W pozycji 4 załącznika nr 6 dotyczącej sita bębnowego podali następujące dane: 1) przepustowość kraty max = 200 l/s, 2) szerokość szczeliny kraty = 3mm, 3) kąt zainstalowania = 85, 4) napęd taśmy N = 0,18 kW, 5) napęd zgarniaka N = 0,12 kW, 5) zbiornik kraty z kompletnym okapturzeniem higienicznym z odchyloną pokrywą i miejscem instalacyjnym kraty, krata nie kotwiona do dna komory – możliwość łatwego demontażu, 6) krata nie wymaga wody do płukania taśmy – układ szczotki oraz denny system czyszczenia haków eliminuje konieczność występowania dysz płuczających, 7) oczyszczony ze skratek ściek wpada do komory piaskownika na którego dnie umiejscowiona jest spirala zgarniająca piasek do kieszeni transportera gdzie zabudowana jest pompa pulpy piaskowej. Powyższe dane zostało powtórzone w załączniku nr 6a wypełnionym przez ww. wykonawców. Nadto wykonawca HYDRO – MARKO w załączniku nr 6 wskazał, iż wszystkie elementy mające kontakt ze ściekami wykonane ze stali nierdzewnej AISI3016 poddane pasywacji. Z karty technicznej kratopiaszkownika KT11600/F wraz z prasopłuczką PPS250 i płuczką piasku PP500 złożonej przez obu ww. wykonawców wynika, że „sama krata to konstrukcja ramowa wykonana ze stali AISI316, z taśmą wykonaną z tworzywa sztucznego a składającą się z połączonych ze sobą za pomocą dystansów – specjalnych paneli zbierających skratki”.

Pismem z dnia 17 czerwca 2019 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy HYDRO-MARKO, która otrzymała 95,31 punktów. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta wykonawcy Envirotech z 93,80 pkt. Na miejscu trzecim znalazła się oferta Odwołującego z 90 pkt. Jak wynika z ww. pisma wszyscy wykonawcy, poza Odwołującym, w kryterium „*Parametry techniczne kluczowych urządzeń technologicznych*” otrzymali maksymalną liczbę punktów (10).

Izba zważyła, co następuje:

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców HYDRO – MARKO oraz Envirotech mimo, że oferty

tych wykonawców były niezgodne z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także zarzut naruszenia art. 30 ust. 5 ustawy Pzp polegający na uznaniu, iż ww. wykonawcy wykazali spełnienie wszystkich warunków równoważności.

W ocenie Odwołującego zaoferowany przez wykonawców HYDRO – MARKO oraz Envirotech zestaw równoważny, tj. kratopiaskownik KT11600/F wraz z prasopłuczką PPS250 i płuczką piasku PP500 producenta Stalbudom Sp. z o.o. względem rozwiązania referencyjnego określonego w SIWZ nie spełnia minimalnych parametrów dotyczących równoważności opisanych w pkt. 4 Załącznika nr 6 (wymogi minimalne dotyczące rozwiązania równoważnego względem sita bębnowego), przez co w konsekwencji oferty ww. wykonawców winny zostać odrzucone jako niezgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż rozwiązania zaoferowane przez ww. wykonawców, równoważne względem sita bębnowego: 1) nie są wyposażone w system płukania i prasowania skratek, 2) krata wyposażona jest w taśmę filtracyjną wykonaną z tworzywa sztucznego, a nie ze stali nierdzewnej 1.4307 lub równoważnej wytrawianej, 3) krata jest płaska i ma szerokość 90 mm, przez co posiada mniejszą powierzchnię czynną cedzenia, podczas gdy Zamawiający wymagał średnicy sita określonej na 1200 mm (szerokość rozwinięcia 3768 mm) oraz 4) krata nie jest wyposażona w transporter, a Zamawiający wymagał, aby skratki w ramach sita były przenoszone przy pomocy transportera ślimakowo – wałowego o średnicy 273 mm.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Następnie zauważyć należy, iż w przypadku, gdy wykonawca powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego (art. 30 ust. 5 ustawy Pzp). W tym miejscu za wyrokiem KIO z dnia 10 stycznia 2019 r. sygn. akt: KIO 2638/18 wskazać należy, iż „Rozwiązanie równoważne nie musi być rozwiązaniem identycznym z rozwiązaniem referencyjnym. Dostrzec należy, że co do zasady urządzenia referencyjne składają się z całego konglomeratu cech technicznych, z których niektóre mają charakter kluczowy, inne zaś są pozbawione większego znaczenia. Konieczność aby wszystkie bez wyjątku parametry techniczne były równe lub lepsze jest niewykonalne i wymusza na wykonawcach obowiązek zaoferowania wyłącznie rozwiązania referencyjnego, czyniąc dopuszczenie równoważności pozornym. Nawet bowiem urządzenie o klasę wyższe od referencyjnego może zawierać jakiś nieistotny parametr techniczny, który będzie gorszy od parametrów rozwiązania referencyjnego, co może skutkować ryzykiem odrzucenia takiej oferty.”

Odnosząc się do ww. zarzutów, w ocenie Izby, Odwołujący nie dokonał kompleksowej analizy postanowień SIWZ w zakresie zasad równoważności oraz opisu jakościowego

kryterium oceny ofert – Parametry techniczne kluczowych urządzeń technologicznych, wywodząc w konsekwencji nieprawidłowe wnioski. Odwołujący w złożonym odwołaniu skupił się na treści załączników 6 i 6a, pomijając jednak wytyczne Zamawiającego zawarte w części III/7 SIWZ, w której Zamawiający określił, co rozumie pod pojęciem równoważności rozwiązań oraz w jaki sposób wykonawca obowiązany był wykazać spełnienie wymogów specyfikacji przez zaoferowane rozwiązanie równoważne. To ww. części Zamawiający wskazał, iż rozwiązania równoważne opisywanym (nie znaczy, że identyczne opisywanym), a więc przykładowo takie, które spełniają te same funkcje przy zastosowaniu innej technologii. Nadto Zamawiający wskazał, że dopuszczenie w SIWZ rozwiązania równoważnego nie oznacza, iż inne zaproponowane w ramach tej równoważności roboty, czy urządzenie, ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjęte przez projektanta. W świetle postanowień SIWZ, wykazanie równoważności nie polegało również na dowodzeniu, że zaoferowany produkt jest lepszy, lub że nie jest gorszy niż ten, którego wymaga zamawiający, ale że umożliwia uzyskanie efektu założonego przez Zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych.

Z kolei w załączniku nr 6 – Wykaz urządzeń kluczowych, w kolumnie trzeciej pn. *„Minimalne parametry techniczne i cechy jakościowe urządzenia jako podstawa spełnienia wymogów Zamawiającego lub równoważności”* Zamawiający podał oprócz parametrów technicznych oraz cech jakościowych urządzenia referencyjnego, opis jego funkcjonalności i zastosowanych rozwiązań konstrukcyjnych. Natomiast w załączniku nr 6a - *Karta danych*, Zamawiający wskazał: *„Wymagane minimalne parametry techniczne i cechy jakościowe kompletu urządzeń jako podstawa równoważności podano w Tabeli Nr 6 w pkt od 4 do 10”*. Jednocześnie w treści ww. załącznika Zamawiający wyjaśnił, że *„dopuszcza się rozwiązanie, które jest równoważne pod kątem parametrów technologicznych z zachowaniem zapisów w projekcie co do parametrów np. wydajność, efekt a odmienne pod kątem walorów eksploatacyjnych”*. Ponadto w treści ww. załącznika Zamawiający podał, że wykonawca stosując rozwiązania równoważne jest w pełni odpowiedzialny za taki dobór maszyn, urządzeń, sprzętu, armatury i innych by uzyskać wymagane parametry technologiczne pompowni, oraz by dostosować je do istniejących i projektowanych obiektów bez zmiany ich istniejącej/zaprojektowanej powierzchni, kubatury i układu przestrzennego, tak by nie zachodziła konieczność zmiany tych budynków/obiektów i zmiany pozwolenia na budowę (zaoferowanie urządzeń/materiałów równoważnych nie może prowadzić do zmiany projektu).

Z powyższego wynika zatem, iż Zamawiający oczekiwał, by zastosowane przez wykonawcę rozwiązanie równoważne względem zestawu referencyjnego, składającego się z: sita bębnowego, piaskownika poziomego napowietrzanego, zintegrowanego ze zbiornikiem sita, separatora, płuczki piasku, prasopłuczki skratek, przenośników i transporterów spełniało wymagane parametry technologiczne pompowni, zakładany przez

Zamawiającego efekt i wydajność techniczno-technologiczną, a nie konkretne cechy indywidualne, konstrukcyjne danego urządzenia.

Nie było sporne między Stronami postępowania odwoławczego, iż zaoferowany przez wykonawców HYDRO – MARKO oraz Envirotech zestaw równoważny oparty był na innym założeniu technologicznym, gdyż nie wymagał wody do płukania części cedzącej, w przeciwieństwie do zestawu referencyjnego opisanego w SIWZ. Nadto z treści załączników 6 i 6a złożonych przez ww. wykonawców wynika, iż zaoferowane przez wykonawców rozwiązanie zamiast sita bębnowego zawierało kratę taśmowo – panelową KTH. Z kolei jak wyjaśnił w piśmie procesowym z dnia 15 lipca 2019 r. wykonawca HYDRO – MARKO, a co nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego, proces cedzenia prowadzony jest na elementach o różnych rozwiązaniach konstrukcyjnych, przy czym najczęściej stosowane są rozwiązania oparte o kraty (taśmowo panelowe, schodkowe, zgrzebłowe itp.) oraz sita (bębnowe, pionowe, membranowe, itp.). Tym samym nie sposób przyjąć za prawidłowego stanowiska Odwołującego sprowadzającego się w istocie do konieczności zaoferowania przez ww. wykonawców rozwiązania posiadającego identyczne parametry konstrukcyjne jak zestaw referencyjny opisany w SIWZ. Inaczej rzecz ujmując, podnoszona przez Odwołującego konieczność spełnienia wszystkich elementów opisu zawartego w tabeli załącznika nr 6 dotyczących sita bębnowego uczyniłaby dopuszczoną przez Zamawiającego równoważność zestawu referencyjnego iluzoryczną i pozorną, a następnie sprowadzałyby się do konieczności przedstawienia urządzeń identycznych, a nie równoważnych.

W świetle powyższego, w szczególności wobec przywołanych wyżej zapisów specyfikacji dotyczących rozumienia równoważności rozwiązań, za nieprawidłowe Izba uznała stanowisko Odwołującego, które sprowadzało się w istocie do konieczności oceny zaoferowanego przez ww. wykonawców rozwiązania równoważnego w świetle zapisów dotyczących rozwiązania referencyjnego, mimo że, jak już wskazano powyżej, Zamawiający jednoznacznie podał, że rozwiązania równoważne opisywanym to nie znaczy, że identyczne opisywanym oraz, że rozwiązanie równoważne nie oznacza, iż inne zaproponowane w ramach tej równoważności roboty, czy urządzenie, ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjęte przez projektanta, lecz istotnym było uzyskanie efektu założonego przez Zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych.

Ponadto na szczególną uwagę zasługiwała okoliczność, iż Odwołujący nie kwestionował tego, że parametry techniczne i jakościowe procesu technologicznego rozwiązania zaoferowanego przez wykonawców HYDRO – MARKO oraz Envirotech nie odpowiadają wymogom Zamawiającego zawartym w załączniku nr 6 i 6a do SIWZ, jak również że ww. wykonawcy nie udokumentowali oczekiwanego efektu technologicznego

podczyszczania ścieków. Innymi słowy, Odwołujący nie twierdził w toku rozprawy przed Izbą, że zaoferowane przez ww. wykonawców rozwiązanie uniemożliwia Zamawiającemu uzyskanie wyjściowych parametrów technicznych takich samych lub lepszych niż rozwiązanie referencyjne. Odwołujący nie podważał tego, że zaoferowane przez wykonawców HYDRO – MARKO oraz Envirotech rozwiązanie równoważne umożliwia osiągnięcie m.in. wydajności w wysokości 200 l/s, zapewnia spełnienie parametru szerokości szczeliny 3 mm oraz stopnia odwodnienia skratek na poziomie 35 – 40% sm.

Podsumowując, już samo założenie Odwołującego sprowadzające się do porównania, czy urządzenie zaoferowane przez ww. wykonawców, tj. krata taśmowo – panelowa KTH, jako równoważne względem urządzenia referencyjnego, tj. sita bębnowego spełnia wszystkie parametry techniczne sita opisane w SIWZ, było nieprawidłowe.

Przechodząc następnie do poszczególnych aspektów podnoszonej przez Odwołującego niezgodności zaoferowanych rozwiązań równoważnych względem rozwiązania referencyjnego Izba wskazuje, co następuje.

Odnosząc się do braku systemu płukania i prasowania skratek przez zaoferowane przez wykonawców HYDRO - MARKO i Envirotech rozwiązania równoważne, przede wszystkim podkreślić należy, iż w rozwiązaniu referencyjnym opisanym w SIWZ elementem cedzącym ścieki jest sito bębnowe, a w rozwiązaniu zaoferowanym przez ww. wykonawców jest krata taśmowo panelowa KTH. Zastosowane przez ww. wykonawców rozwiązanie było odmiennym rozwiązaniem pod względem technologicznym niż opisane w SIWZ, jednakże w ramach zaoferowanego zestawu równoważnego, na który składał się kratopiaskownik KT11600/F wraz z prasopłuczką PPS250 i płuczką piasku PP500, system płukania i prasowania skratek gwarantujący ich odwodnienie do max 35 – 40% sm i redukcję ich masy ok. 60 – 70% jako końcowy wynik działania systemu odwadniania i prasowania skratek zapewnia prasopłuczka PPS250, co też zostało potwierdzone w załączniku nr 6.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący zaoferowania przez wykonawców HYDRO – MARKO i Envirotech taśmy filtracyjnej wykonanej z tworzywa sztucznego, nie zaś ze stali nierdzewnej 1.4307 lub równoważnej wytrawianej, jak wymagał w specyfikacji Zamawiający. Wykonawca HYDRO – MARKO w treści załącznika nr 6 oświadczył, iż wszystkie elementy mające kontakt ze ściekami wykonane są ze stali nierdzewnej AISI3016 poddane pasywacji. Nadto z karty technicznej kratopiaskownika KT11600/F wraz z prasopłuczką PPS250 i płuczką piasku PP500 złożonej przez obu ww. wykonawców wynika, że *„sama krata to konstrukcja ramowa wykonana ze stali AISI316, z taśmą wykonaną z tworzywa sztucznego a składającą się z połączonych ze sobą za pomocą dystansów – specjalnych paneli zbierających skratki”*. Jak wyjaśnił w toku rozprawy przed Izbą Zamawiający oraz wykonawca HYDRO – MARKO ww. taśma jest napędem paneli zbierających skratki.

Wobec braku dowodu przeciwnego ze strony Odwołującego, na którym spoczywał ciężar dowodu, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała ww. zarzut za niewykazany.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego mniejszej powierzchni cedzenia w rozwiązaniach zaoferowanych przez ww. wykonawców z uwagi na okoliczność, iż krata taśmowo panelowa KTH posiada szerokość 90 cm, zaś średnica sita bębnowego zgodnie z wymogiem SIWZ to 120 cm Izba wskazuje, że porównywanie szerokości kraty ze średnicą sita bębnowego, zatem dwóch różnych urządzeń, z góry wydaje się nieprawidłowe. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący HYDRO – MARKO podnosili, iż dla równoważności tego elementu istotne znaczenie mają parametry funkcjonalne, warunkujące skuteczność cedzenia, którymi są wielkość przepływu/przepustowość oraz wielkość szczeliny elementu cedzącego. Podnoszony przez Odwołującego zarzut nie znajduje potwierdzenia w parametrze przepływu na poziomie 200 l/s, zatem wyższym niż dla urządzenia referencyjnego (180 l/s) oraz szerokości szczeliny kraty 3 mm (identycznie jak dla urządzenia referencyjnego).

W końcu odnosząc się do zarzutu braku transportera ślimakowo – wałowego o średnicy 273 mm do przenoszenia skratek w ramach sita wskazać należy, iż zaoferowane przez ww. wykonawców rozwiązanie równoważne posiada przenośnik do skratek TB355 służący do odbioru skratek z krat taśmowo – panelowych i transportu do prasopłuczki skratek, co potwierdza treść załącznika nr 7, poz. 6 – Transporter ślimakowy w obudowie korytowej oraz karta techniczna przenośnika TB355.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż wykonawcy HYDRO – MARKO oraz Envirotech wykazali, iż zaoferowane przez nich zestawy równoważne stanowiące układ urządzeń spełniają wymogi Zamawiającego określone w SIWZ w świetle zakładanego przez Zamawiającego celu w zakresie wydajności i efektów techniczno - technologicznych przepompowni ścieków.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty HYDRO-MARKO jako najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem przepisów Pzp.

W ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 91 ust. 2d oraz art. 29 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo występowania w nim wady w zakresie niejednoznacznego sformułowania kryteriów równoważności, stanowiących jednocześnie jakościowe kryterium oceny ofert, co uniemożliwia Zamawiającemu zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem składu orzekającego Izby ww. zarzut nie został przez Odwołującego wykazany. Za wyrokiem Izby z dnia 31 sierpnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 1613/18) podnieść należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, jest postępowaniem kontradyktoryjnym, nie zaś reklamacyjnym, ze wszystkimi tego konsekwencjami dla stron postępowania. Tym samym w ramach toczącego się przed Izbą procesu strony są zobligowane do popierania swoich twierdzeń stosownymi dowodami, jak również powinny reagować na oświadczenia oraz zarzuty formułowane przez przeciwników procesowych. W takim procesie rola organu orzekającego ogranicza się w zasadzie do stania na straży gwarancji procesowych stron, tj. udzielania głosu na równych zasadach, dopuszczaniu i przeprowadzaniu wnioskowanych przez uczestników postępowania dowodów i w zakresie merytorycznego rozpoznania ocena zgromadzonego materiału dowodowego oraz dokonanie subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod adekwatne normy prawne (wskazane w odwołaniu jako zarzuty) – tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r. sygn. akt II UK 286/09. Charakter postępowania (kontradyktoryjność) powoduje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy Pzp i przechodząc do art. 6 ustawy Kodeks cywilny ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Należy zatem wskazać, iż właśnie z tej zasady wywodzi się reguła procesowa ujęta w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy Izba zauważa, że Odwołujący nawet nie wskazał w odwołaniu jaka to niejednoznaczność występowała w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie zasad równoważności. Nie wskazał również na czym polegała niejednoznaczność postanowień specyfikacji dotyczących pozacenowego kryterium oceny ofert - Parametry techniczne kluczowych urządzeń technologicznych. Odwołujący stwierdził jedynie w odwołaniu, iż gdyby - zdaniem Izby - okoliczność ta (wybór oferty HYDRO – MARKO w oparciu o niejednoznaczne wymogi odnoszące się do kryteriów jakościowych) wynikała z niejednoznacznych zapisów dotyczących kryteriów równoważności i kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, koniecznym byłoby unieważnienie postępowania z uwagi na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i nieporównywalności złożonych ofert. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnej argumentacji na potwierdzenie postawionego zarzutu. Co więcej, Odwołujący nie wskazał nawet w ramach ww. zarzutu żadnych odnośnych postanowień SIWZ dotyczących zasad równoważności oraz jakościowego kryterium oceny ofert, które w jego ocenie były nieprecyzyjne.

Tym samym, w ocenie Izby, przedmiotowy zarzut odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 3600 zł stanowiącej wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury.

Przewodniczący: