

Sygn. akt: KIO/UZP 458/10

**WYROK**  
**z dnia 14 kwietnia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

**Członkowie: Ewa Sikorska**

**Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Produkcyjno- Usługowy „Markostal”, Marek Tyniec, 99-300 Kutno, ul. Powstania Styczniowego 21** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Kutno, 99-300 Kutno, ul. Witosa 1** protestu z dnia **3 marca 2010 r.**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Produkcyjno- Usługowy „Markostal”, Marek Tyniec, 99-300 Kutno, ul. Powstania Styczniowego 21** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Produkcyjno - Usługowy „Markostal”, Marek Tyniec, 99-300 Kutno, ul. Powstania Styczniowego 21**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Zakład Produkcyjno - Usługowy „Markostal”, Marek Tyniec, 99-300 Kutno, ul. Powstania Styczniowego 21** na rzecz **Gminy**

**Kutno, 99-300 Kutno, ul. Witosa 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakład Produkcyjno - Usługowy „Markostal”, Marek Tyniec, 99-300 Kutno, ul. Powstania Styczniowego 21**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający, Gmina Kutno prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" na budowę przepompowni strefowej w miejscowości Leszno gm. Kutno.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 13.01.2010 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 26.02.2010 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Zakładu Produkcyjno-Usługowego „Markostal”, Marek Tyniec, zwanego danej „Markostal”, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Markostal zamawiający podał:

„ (...) w złożonej ofercie załączone schematy proponowanej zamiennie szafy sterowniczej nie zawierają elementów w rozdzielni zasilająco-sterującej dotyczących ogrzewania, oświetlenia oraz instalacji elektrycznej budynku kontenera. Brak zasilania UPS - zastosowano zamiennie mniejszy zasilacz buforowy. Zaproponowane rozwiązania jako niezgodne z wymaganiami dokumentacji projektowej nie spełniają wymogu równoważności. (...)”.

W dniu 3 marca 2010 r. Markostał złożył w siedzibie Gminy Kutno protest.

W uzasadnieniu protestu protestujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, tj. naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji w związku z art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Protestujący wnosi o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego,
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty protestującego.

Odnosząc się do poszczególnych twierdzeń i ustaleń zamawiającego zawartych w informacji o odrzuceniu oferty, w proteście podniesiono:

„(...)

Zamawiający określił przedmiot zamówienia wskazując produkt i producenta -Instalcompact Tarnowo Podgórne. Jednocześnie dopuścił składanie ofert równoważnych, zaś kwestię swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia zawarł w SIWZ, dokumentacji projektowej i STWiOR. Uznać zatem należy, że wymagania Zamawiającego zostały określone w zakresie parametrów technicznych jak i jakościowych. Wyposażenie szafy sterowniczej Zamawiający opisał: na stronach 4, 5, 6, 9 oraz 12 dokumentacji projektowej, na stronie 4 STWiOR. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty protestującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, podając uzasadnienie prawne - art. 89 ust. 1 pkt. 2 (...). W opisach szafy sterowniczej zarówno w dokumentacji projektowej jak i STWiOR nie ma zapisów dotyczących cyt. „elementów dotyczących ogrzewania, oświetlenia oraz instalacji elektrycznej budynku kontenera”. Nie ma tam również jakichkolwiek zapisów wskazujących na konieczność zamieszczenia w szafie sterowniczej „zasilania UPS”. Wynika z tego, że odrzucając ofertę protestującego Zamawiający albo nie wiedział jakie wymagania zawarł w SIWZ i dokumentach towarzyszących, albo uzyskał fałszywą opinię od firmy projektującej. Wystawiona opinia w zakresie równoważności oferty protestującego również wskazuje, że projektant albo nie

wiedział jakie urządzenie projektuje, albo rozmyślnie zataił i zafałszował część informacji by utrudnić uczciwą konkurencję i faworyzować jednego producenta zestawów pompowych tj. Instalcompact. Nie może wszakże wynikać z niewiedzy projektanta stwierdzenie, że zasilanie UPS było w zaprojektowanym rozwiązaniu, a szafa sterownicza ma być wyposażona w elementy do obsługi oświetlenia, ogrzewania itd. Nieprawdziwe stwierdzenie odnośnie równoważności oferty protestującego zawarte w piśmie Dyrekcji Inwestycji wynika z celowego działania i jest zamierzonym wprowadzeniem w błąd Zamawiającego. Opinia przekazana Zamawiającemu preferuje jednego wykonawcę, negując wszystkie oferty zawierające rozwiązania równoważne, co budzi podejrzenia, że dopuszczenie ofert równoważnych było pozorne. Skoro Zamawiający określił w SIWZ wymagania związane z wyposażeniem szafy sterowniczej, nie może na etapie oceny ofert doprecyzowywać stawianych produktowi wymogów, ale winien dokonać oceny w oparciu o postanowienia zawarte w SIWZ i dokumentach stanowiących załączniki do SIWZ. (...) Protestujący sporządził ofertę zgodną z wymaganiami Zamawiającego, ważną i niepodlegającą odrzuceniu. Zastosowany sterownik mikroprocesorowy Simatic S7-200 CPU 224XP firmy Siemens o napięciu zasilania 24 V DC, jest najwyższej klasy sterownikiem swobodnie programowalnym do obsługi procesów technologicznych.(...)”.

W dniu 13 marca 2010 r. zamawiający milcząco oddalił protest Markostał.

W dniu 18.03.2010 r. Markostał wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy, art. 29 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Odwołujący wnosił o:

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Instalcompact Sp. z o.o. Tarnowo Podgórne,
- dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono:

„(...) W piśmie z dnia 26 lutego 2010 r. Zamawiający zarzucił ofercie odwołującego niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający podał cyt. „w złożonej ofercie, załączone schematy proponowanej zamiennie szafy sterowniczej nie zawierają elementów w rozdzielni zasilająco-sterowniczej dotyczących ogrzewania, oświetlenia oraz instalacji elektrycznej budynku kontenera. Brak zasilania UPS - zastosowano zamiennie niniejszy zasilacz buforowy. Zaproponowane rozwiązania jako niezgodne z wymaganiami dokumentacji projektowej nie spełniają wymogu równoważności”. (...) Zamawiający winien wskazać zapisy w dokumentacji projektowej i STWiOR, które potwierdzają ową niezgodność treści oferty wykonawcy z dokumentami odniesienia. Zamawiający nie udowodnił w żaden sposób, że dokumentacja projektowa czy też STWiOR zawierają odmienne rozwiązania, aniżeli rozwiązania wskazane przez odwołującego w ofercie. W dokumentacji projektowej Zamawiający określił:

1. parametry doboru zestawu pompowego (str. 3-4 dokumentacji projektowej) (...).

Powyższe informacje zawarte w dokumentacji projektowej nie traktują, (podobnie jak STWiOR, która zawiera te same zapisy co dokumentacja projektowa i nie ma sensu jej w tym miejscu cytować) o wyposażeniu szafy sterującej w „elementy do obsługi ogrzewania, oświetlenia oraz instalacji elektrycznej budynku kontenera” jak również nie ma wzmianki o konieczności zastosowania zasilania UPS. Projektant nie wspomina o zasilaniu UPS, ponieważ wyposażanie szafy sterującej w zasilacz UPS byłoby konieczne wyłącznie w sytuacji, kiedy zastosowany sterownik byłby starej generacji i przy każdym wyłączeniu zasilania groziłoby to utratą danych i nastaw pracy zestawu. Być może opisywany przez projektanta sterownik IC 2001 jest sterownikiem starej generacji i wymaga, dla podtrzymania pamięci, zasilania UPS. Ponadto, gdyby zamiarem projektanta było wyposażenie szafy sterującej w zasilacz UPS, to jako profesjonalista, podałby podstawowe parametry owego zasilania tj. moc czynną i bierną, pojemność zastosowanych w zasilaczu akumulatorów oraz czas na jaki ma zabezpieczać zasilanie w razie zaniku napięcia. Zaproponowany przez Odwołującego w szafie sterującej sterownik Simatic S7-200 CPU 224XP firmy Siemens jest najwyższej klasy sterownikiem swobodnie programowalnym, dedykowanym m.in. do obsługi niewielkich obiektów takich jak przepompownie. Zawarty na schematach zasilacz buforowy 24 V DC, służy do zasilania modułów rozszerzeń takich jak np. modem GSM, co dla profesjonalisty powinno być oczywiste.

Wszelkie dane dotyczące sterownika Simatic S7-200 są powszechnie dostępne, w przeciwieństwie do przywołanego przez projektanta sterownika IC-2001. O możliwościach technicznych sterownika IC-2001 mogliśmy się dowiedzieć wyłącznie z opisu zawartego w dokumentacji przetargowej. Zarzut „braku zasilania UPS - zastosowano zamiennie mniejszy zasilacz buforowy” odwołujący uważa również za chybiony(...). Podobnie zarzut iż „załączone schematy proponowanej zamiennie szafy sterowniczej nie zawierają elementów w rozdzielni zasilająco-sterowniczej dotyczących ogrzewania, oświetlenia oraz instalacji elektrycznej budynku kontenera”, nijak się ma zarówno do tego co zawiera projekt, jak i do tego co zawiera STWiOR, co znajduje swe potwierdzenie w całej dokumentacji przetargowej. Z tego powodu odwołujący podtrzymuje swoje stanowisko, iż odrzucenie oferty ZPU Markostal było bezprawne. Skoro Zamawiający nie określił, iż szafa sterownicza ma posiadać elementy do obsługi ogrzewania, oświetlenia i instalacji elektrycznej budynku kontenera oraz, że ma być wyposażona w zasilanie UPS, nie może wymagać, iż wykonawca „odgadnie” intencje Zamawiającego, które nie zostały wyartykułowane w pisemnych postanowieniach SIWZ. Nie mogą zatem stanowić zgodnie z przepisami ustawy PZP podstawy czynności Zamawiającego tj. odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2, ponieważ będzie to stanowiło naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień określonych w art. 7 przedmiotowej ustawy. Stąd odrzucenie oferty z ww powodów jest chybione, a złożona przez Odwołującego oferta, jest ofertą równoważną. Odwołujący może zrozumieć, iż Zamawiający może nie posiadać wiedzy technicznej w zakresie prowadzonego postępowania przetargowego. Jednak biorąc pod uwagę, iż bazował na opinii (wydawać by się mogło) profesjonalisty tj. Dyrekcji Inwestycji w Kutnie (projektanta), powinien wymagać, aby ocena równoważności odbyła się na podstawie wymagań określonych w dokumentacji projektowej i STWiOR. Tymczasem okoliczności, które stanowiły podstawę odrzucenia oferty odwołującego zostały przez Zamawiającego doprecyzowane dopiero na etapie oceny ofert, a ich podstawę stanowiła opinia, która rzeczywiście postawiła nowe, wcześniej nie określone w SIWZ wymagania, którym miało odpowiadać oferowane urządzenie równoważne. (...) Zatem przedstawiony odwołującemu zarzut - tj. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy - PZP należy uznać za chybiony tak pod względem formalnym jak i merytorycznym”.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestników postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Rozdziale III – Opis Przedmiotu zamówienia – podano m.in.: „8. Z uwagi na wskazanie w dokumentacji projektowej oraz kosztorysach nakładczych znaków towarowych oraz nazw producentów w stosunku do określonych materiałów, urządzeń, itp. – Zamawiający informuje, że dopuszcza składanie ofert, w których poszczególne urządzenia bądź materiały wymienione w dokumentacji projektowej oraz kosztorysie nakładczym mogą być zastąpione urządzeniami bądź materiałami równoważnymi. Za urządzenia bądź materiały równoważne Zamawiający uzna te, które posiadają takie same parametry techniczne i jakościowe, a zastosowanie ich w żaden sposób nie wpłynie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz warunkach zawartych w pozwoleniu na budowę. 9. W przypadku zaoferowania urządzeń bądź materiałów równoważnych, wykonawca jest zobowiązany do załączenia do oferty wykazu wyspecyfikowanych wszystkich tych urządzeń wraz z podaniem nazwy producenta, dokładnego i jednoznacznego typu urządzenia oraz załączenia stosownych dokumentów (...). 10. Brak w ofercie któregośkolwiek z wymaganych dokumentów dotyczących urządzeń równoważnych lub zaoferowanie urządzeń równoważnych nie posiadających tych samych lub lepszych parametrów technicznych i jakościowych uwzględnionych, przewidzianych w projekcie i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót będzie powodowało odrzucenie oferty.”

W Ogólnej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych zadania budowa strefowej pompowni w Lesznie w Tabeli do oceny technicznej oferty w pkt. 1 kolumny „Element zaprojektowany” wskazano: PW-IC/MP 5.32.4.4+GSM+UPS/30,0kW.

W załączniku do oferty Markostal „Tabela do oceny technicznej oferty” w kolumnie „Element zaprojektowany” podano „ZH-CR/M 4.32-4/7,5kW+GSM+UPS+COW” w kolumnie „Typ oferowany” podano: „ZH MVC 32.4.4SP+M/GSM”.

W dokumentacji postępowania znajduje się pismo - opinia Dyrekcji Inwestycji w Kutnie Sp. z o.o. w sprawie analizy ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. W przedmiotowym piśmie L.dz. 87/2010 z dnia 24.02.2010 r. stwierdzono, że „załączone do oferty Markostal schematy proponowanej zamiennie szafy sterowniczej nie zawierają elementów w rozdzielni zasilająco - sterowniczej dotyczących ogrzewania, oświetlenia oraz instalacji elektrycznej budynku kontenera . Istnieje również rozbieżność taka jak np. brak zasilania UPS (które było w zaprojektowanym rozwiązaniu). W to miejsce zastosowano zamiennie mniejszy zasilacz buforowy. W związku z tym zaproponowane rozwiązanie jako niezgodne z wymaganiami dokumentacji projektowej nie spełnia wymogu równoważności. (...)”

### **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W przedmiocie zarzutów protestu i odwołania dotyczących: opisu przedmiotu zamówienia w sposób który naruszałby uczciwą konkurencję oraz nieprawidłowej oceny okoliczności i zastosowania podstawy prawnej skutkujących odrzuceniem oferty odwołującego, tj. naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Izba stwierdza, że zarzuty takie nie zasługują na uwzględnienie.

W trakcie przedmiotowego postępowania treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia była przedmiotem pytań i protestów ze strony wykonawców, a także odpowiedzi i wyjaśnień ze strony zamawiającego. W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż zarzuty dotyczące konstrukcji przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, który miałyby utrudnić uczciwą konkurencję i faworyzować jednego producenta zestawów pompowych tj. Instalcompact, są zarzutami nietrafnymi i spóźnionymi.

Zamawiający co prawda opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie w dokumentacji projektowej oraz kosztorysach nakładczych znaków towarowych oraz nazw producentów w stosunku do określonych materiałów, urządzeń nie mniej jednak



dopuszczył składanie ofert, w których poszczególne urządzenia bądź materiały wymienione w dokumentacji projektowej oraz kosztorysie nakładczym mogły być zastąpione urządzeniami bądź materiałami równoważnymi.

Zamawiający w siwz jasno i precyzyjnie zdefiniował jakie urządzenia będzie uważał za urządzenia równoważne, tj. takie urządzenia, które posiadają takie same parametry techniczne i jakościowe, a zastosowanie ich w żaden sposób nie wpłynie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz warunkach zawartych w pozwoleniu na budowę.

Ponadto postanowieniami pkt. 9 Rozdziału III siwz w takim przypadku nałożył na wykonawców obowiązek załączenia do oferty wykazu wyspecyfikowanych wszystkich tych urządzeń wraz z podaniem nazwy producenta, dokładnego i jednoznacznego typu urządzenia oraz załączenia stosownych dokumentów. Jak wynika z załącznika do oferty Markostal „Tabela do oceny technicznej oferty” odwołujący dokonał zamiany urządzenia ZH-CR/M 4.32-4/7,5kW+GSM+UPS+COW” na urządzenie „ZH MVC 32.4.4SP+M/GSM”.

Oceniając przedstawione na rozprawie dowody oraz dowody znajdujące się w dokumentacji postępowania Izba stwierdziła, iż odwołujący nie udowodnił, iż przedstawione przez niego w ofercie rozwiązanie równoważne które zamierza dostarczyć zamawiającemu jest w rzeczywistości zgodne z wymaganiami zawartymi w siwz. Tym samym Izba uznała, iż dowody, którymi dysponuje zamawiający są w tym zakresie bardziej wiarygodne.

W tej kwestii Izba podzieliła zdanie zamawiającego jak również opinię Dyrekcji Inwestycji w Kutnie Sp. z o.o., iż taka zmiana nie posiada charakteru rozwiązania równoważnego, ponieważ brak jest zasilania UPS (które było w zaprojektowanym rozwiązaniu). Rozwiązanie przedstawione przez zamawiającego zawiera wyłącznie urządzenie tj. zasilacz buforowy (24V), gdy tym czasem w dokumentacji projektowej jak również w ogólnej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych w „Tabeli do oceny technicznej oferty” (str. 2) zamawiający jasno wskazał, iż będzie wymagał zasilania UPS.

W związku z powyższym nie sposób również uznać za prawidłową ofertę przedłożoną w takim kształcie i tylko na podstawie złożonych wyjaśnień przyjąć, że oferta odpowiada treści siwz oraz dokumentacji technicznej wbrew wskazanym w jej treści informacjom (brak zasilania UPS). Późniejsze wywodzenie i podnoszenie, że zasilanie UPS jest ujęte w ofercie w pozycji kosztorysu 2.33 – dostawa i montaż kontenera, jest w sytuacji niniejszego postępowania bezprzedmiotowe i nie może konwalidować ewidentnych niezgodności treści oferty (przedmiotu roboty budowlanej) z wymaganiami siwz oraz dokumentacji technicznej. W związku z powyższym Izba potwierdziła prawidłowość uznania przez zamawiającego oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz w wyżej wskazanym zakresie i tym samym podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu braku w opisach szafy sterowniczej (zarówno w dokumentacji projektowej jak i STWiOR) określenia wymagań w zakresie elementów ogrzewania, oświetlenia oraz instalacji elektrycznej budynku kontenera Izba, po zbadaniu na rozprawie dowodów oraz dowodów znajdujących się w dokumentacji postępowania, nie wyklucza, iż zarzuty wykonawcy w przedmiotowym zakresie mogą być uzasadnione. Nie mniej jednak ich potwierdzenie wymagałoby specjalistycznej wiedzy wyrażonej w opinii biegłego we wskazanym zakresie co w przedmiotowej sytuacji jest niezasadne z uwagi na oddalenie odwołania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....