

Sygn. akt: KIO 949/11

WYROK

z dnia 17 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2011 r. przez wykonawcę **ECOKUBE Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, 90-527 Łódź, ul. Wólczańska 128/13** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dywity, 11-001 Dywity, ul. Olsztyńska 32,**

przy udziale wykonawcy **Andrzeja Banaszek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „TECHNIKA” Andrzej Banaszek z siedzibą w Olsztynie, 10-165 Olsztyn ul. Artyleryjska 12** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża ECOKUBE Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, 90-527 Łódź, ul. Wólczańska 128/13 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ECOKUBE Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, 90-527 Łódź, ul. Wólczańska 128/13 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **ECOKUBE Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, 90-527 Łódź, ul. Wólczańska 128/13** na rzecz **Gminy Dywity, 11-001 Dywity, ul. Olsztyńska 32** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Dywity, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę oczyszczalni ścieków w Spręcowie, Gmina Dywity”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 marca 2011 r., poz. 38158.

W dniu 28 kwietnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę ECOKUBE Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej „Odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W piśmie tym także wskazał, iż - zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp - wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne obowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W ofercie Odwołującego zaproponowano do unieszkodliwiania zanieczyszczeń metodę osadu złożeń biologicznych zanurzanych, natomiast Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ określił oczyszczalnię ścieków pracującą w oparciu o technologię niskoobciążonego osadu czynnego. Zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie nie jest równoważne w ocenie sporządzającego ekspertyzy.

W dniu 2 maja 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 2 maja 2011 r.) wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności podjętych przez Zamawiającego i zaniechania dokonania czynności, do których był zobowiązany, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

Jednocześnie wnosząc o nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Andrzeja Banaszek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU TECHNIKA Andrzej Banaszek, zwanego dalej „PPHU TECHNIKA”, jako najkorzystniejszej,
2. dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż zaoferował rozwiązanie równoważne w pełni wyczerpujące wymagania Zamawiającego. Z odpowiedzi łącznej na pytania nr 1 i 13 nie wynika, że zachowano jakiegokolwiek wymogi równoważności określone

w załączniku nr 2 do SIWZ, jak również iż te wymogi są rozszerzeniem lub uzupełnieniem wymogów z załącznika nr 2 do SIWZ. Wymogi wskazane w odpowiedzi na odwołanie są – w jego ocenie - wymogami samoistnymi, w pełni wyczerpującymi oczekiwania Zamawiającego w zakresie równoważności urządzeń. Natomiast zaoferowana przez Odwołującego metoda oczyszczania ścieków, podobnie jak metoda w zaprojektowanej oczyszczalni typu SC 300 opisana w załączniku nr 2 do SIWZ, należą do tej samej grupy, czyli do metod biologicznych unieszkodliwiania zanieczyszczeń w warunkach tlenowych, a fakt ten potwierdza także treść uzyskanej przez Zamawiającego ekspertyzy. Od ewentualnego rozwiązania równoważnego Zamawiający wymagał zachowania wskazanych i określonych przez niego parametrów i żaden z nich nie odnosił się do metody oczyszczania ścieków, ani nawet do rodzaju oczyszczalni.

Pismem z dnia 5 maja 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca PPHU TECHNIKA otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 9 maja 2011 r. (pismem z dnia 6 maja 2011 r.) wykonawca PPHU TECHNIKA przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również Izba stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w załączniku nr 2 do SIWZ zamieścił opis przedmiotu zamówienia, w punkcie IV którego zawarł informację, że

„dopuszcza możliwość zastosowania urządzeń i materiałów, bądź rozwiązań systemowych zamiennych (w świetle zapisów art. 30 Pzp rozwiązania równoważne), równoważnych o parametrach technicznych zgodnych z urządzeniami i materiałami określonymi w dokumentacji projektowej i Specyfikacji technicznej dotyczącej technologii oczyszczalni ścieków . (...)”. A ponadto odpowiadając na pytania wykonawców (pismem z dnia 24 marca 2011 r.) wskazał, iż „wymagania odnośnie równoważności dotyczą zachowania przyjętych w dokumentacji projektu technologicznego parametrów co do ilości, składu ścieków surowych i oczyszczonych z zapewnieniem redukcji zanieczyszczeń do wymaganych – Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 24 lipca 2006 r. (Dz. U. z 2006 r., Nr 137, poz. 984). Zamawiający oczekuje zastosowania ciągu technologicznego procesu oczyszczania ścieków zlokalizowanych w budynku technicznym zlokalizowanym w pobliżu zwartej zabudowy mieszkaniowej. Rozwiązanie technologii i budynku powinno umożliwiać przyszłą rozbudowę i podwojenie przepustowości oczyszczalni ścieków oraz nie wymagać stałej obsługi”. W przypadku zaproponowania technologii równoważnej do technologii zaprojektowanej, żądając „na potwierdzenie cech jakościowych załączenia następujących dokumentów:

- deklaracja zgodności do normy EN 1.4301 na użyty materiał do wyposażenia technologicznego oczyszczalni,
- certyfikacji ISO: EN ISO 3834-2, ISO 9001 oraz ISO 14001”.

Odwołujący w załączeniu do oferty – jak wskazał w pkt 10 „Formularza oferty” - złożył „ulotki urządzeń”, tj. „Problem ścieków z głowy” (str. 63 oferty), „Oczyszczalnia Jupiter od 15 m³ - 75 m³” (str. 64 oferty) i „Oczyszczalnie Bioreaktory od 75 m³/d do 1000 m³/d” (str. 65 oferty). Nadto Odwołujący w pozycji 13 „Zestawienia materiałów” (str. 10 zestawienia materiałów - str. 59 oferty) podał „oczyszczalnia ścieków typu Bioblock 75 system B”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż oferta równoważna to taka oferta, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ. Istotne jest przy tym to, aby to rozwiązanie (produkt) równoważne było rozwiązaniem, które nie jest identyczne ani też tożsame z rozwiązaniem referencyjnym, ale aby posiadało pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które zostały przez Zamawiającego określone w treści SIWZ. Zamawiający wskazując z jednej strony w SIWZ konkretne rozwiązanie, konkretne urządzenia i materiały, a z drugiej strony dopuszczając w tym zakresie możliwość rozwiązania równoważnego, winien określić przynajmniej minimalne parametry albo oczekiwane rozwiązania technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to rozwiązanie, urządzenia i materiały, a co niewątpliwie Zamawiający uczynił w niniejszym stanie faktycznym. Zamawiający zastrzegł bowiem równoważność parametrów technicznych zgodnych z urządzeniami i materiałami określonymi w dokumentacji

projektowej i Specyfikacji technicznej, dotyczącej technologii oczyszczalni ścieków, jak również określił stawiane - w takim przypadku - wymogi, wskazując m.in. na istotność parametrów, dotyczących ilości, składu ścieków surowych i oczyszczonych z zapewnieniem redukcji zanieczyszczeń, zgodnie z obowiązującym w tym zakresie rozporządzeniem a także podkreślając, iż przewidziane rozwiązanie technologii i budynku powinno umożliwiać przyszłą rozbudowę i podwojenie przepustowości oczyszczalni ścieków oraz nie wymagać stałej obsługi. Nadto podniósł (w treści załącznika nr 2 do SIWZ), iż przedmiotem zamówienia jest oczyszczalnia pracująca w oparciu o technologię niskoobciążonego osadu czynnego, szczegółowo opisując zastosowaną metodę działania oczyszczalni i następnie, zastrzegając zachowanie wskazanego projektu technologicznego.

Okoliczność stanowiąca pierwszą przesłankę odrzucenia oferty Odwołującego (brak wymaganych dokumentów potwierdzających zaferowanie urządzeń i materiałów równoważnych), wbrew twierdzeniom Odwołującego, została wyraźnie wyartykułowana w treści informacji o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający powołał bowiem pełną treść art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z jego treścią to wykonawca powołujący się na rozwiązanie równoważne obowiązany jest wykazać za pomocą wymaganych dokumentów, iż faktycznie oferowane rozwiązanie jest rozwiązaniem równoważnym. W niniejszym stanie faktycznym, na potwierdzenie równoważności oferowanego rozwiązania, wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wskazane przez Zamawiającego dokumenty (deklarację zgodności do normy EN 1.4301 na użyty materiał do wyposażenia technologicznego oczyszczalni oraz certyfikacje ISO: EN ISO 3834-2, ISO 9001 oraz ISO 14001). Dokumentów takich (wskazanych powyżej) Odwołujący nie złożył wraz z ofertą, załączając do niej – wbrew żądaniom Zamawiającego - jedynie „ulotki urządzeń” (str. 63-65 oferty), zawierające szereg ogólnych informacji, w tym dotyczących oczyszczalni typu „Jupiter od 15 m³ - 75 m³”, jak również oczyszczalni typu „Bioreaktor od 75 m³/d do 1000 m³/d”. Nie wykazał natomiast, iż zaoferowane przez niego rozwiązanie jest rozwiązaniem równoważnym. W tym stanie faktycznym nie można więc twierdzić, wobec faktycznego braku w ofercie Odwołującego, dokumentów wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 8, iż nie było wiadomo do czego ten przepis (art. 30 ust. 5 ustawy Pzp) należy odnieść. Izba, w tym zakresie, nie dała wiary wyjaśnieniom Odwołującego. Jak wynika bowiem z oferty Odwołującego poza „ulotkami urządzeń” faktycznie nie przedłożył on dokumentów potwierdzających fakt równoważności. Okoliczności tej (równoważności zaoferowanych urządzeń i materiałów), w treści złożonych „ulotek”, Odwołujący nie potrafił wskazać w trakcie rozprawy. Nie potwierdziły jej także dokumenty (deklaracja zgodności – WE oraz wyciąg z karty katalogowej BioKube Jupiter – opis) przedłożone przez Odwołującego na rozprawie. Resumując stwierdzić należy, iż Odwołujący nie wykazał równoważności zaoferowanego rozwiązania, mimo iż to na wykonawcy obowiązek taki ciąży.

Natomiast wskazany przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu wymóg (zastosowania określonej metody) – jak podniósł Zamawiający - wynika z części I załącznika nr 2 do SIWZ, stanowiącego „Opis przedmiotu zamówienia”, którego nie należy czytać oddzielnie od pełnej treści tego załącznika, jak również odpowiedzi udzielonych na pytania wykonawców (odpowiedź na pytania nr 1, 8 i 13). Tak więc Zamawiający wymagał zastosowania przez wykonawców konkretnie określonej technologii, opartej na wskazanej metodzie (technologia niskoobciążonego osadu czynnego, pracująca przy zastosowaniu metody dwufazowego osadu czynnego z osadnikiem wtórnym). Natomiast Odwołujący, co jest bezsporne, zaoferował inną, niż wymagana, technologię unieszkodliwiania zanieczyszczeń opartą na metodzie osadu złożeń biologicznie zanurzonych. Mimo, iż obie te metody (wymagana przez Zamawiającego i zaoferowana przez Odwołującego) są metodami biologicznymi unieszkodliwiania odpadów to jednak – jak wskazano w treści uzyskanej przez Zamawiającego ekspertyzy, a co jest bezsporne pomiędzy stronami – metody te różnią się między sobą jedynie mechanizmami usuwania związków węgla, a także związków biogennych. Mogłyby więc zostać uznane za równoważne technologicznie o ile Zamawiający w tym zakresie dopuściłby równoważność. Tymczasem Zamawiający dopuszczając równoważność urządzeń i materiałów, nie zrezygnował z określonej metody usuwania zanieczyszczeń, fakt ten jednoznacznie podkreślając w „opisie przedmiotu zamówienia” i, określając równoważność jako równoważność urządzeń i materiałów.

Tym samym stwierdzić należy, że Zamawiający wyraźnie wskazał w treści SIWZ i odpowiedziach na pytania wykonawców jakie elementy decydować będą o uznaniu zaoferowanego rozwiązania za równoważne. To Odwołujący nie wykazał, iż zaoferowane przez niego rozwiązanie nosi cechy równoważności w stosunku do rozwiązania wymaganego przez Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów świadczących o równoważności zaoferowanego rozwiązania, mimo iż to wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisanemu przez Zamawiającego, zobowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołującego, tj. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: