

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Aquatech Sp. z o.o., 18-400 Łomża, ul. Poznańska 148a** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wysokie Mazowieckie, 18-200 Wysokie Mazowieckie, ul. Mickiewicza 1a**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Aquatech Sp. z o.o., 18-400 Łomża, ul. Poznańska 148a i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Aquatech Sp. z o.o., 18-400 Łomża, ul. Poznańska 148a** 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 **Łomży**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Wysokie Mazowieckie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 05.07.2011 r., pod numerem 184700 - 2011.

W niniejszym postępowaniu wykonawca Aquatech Sp. z o. o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu nr 1, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), „dalej: Pzp”:

1. art. 7 ust. 1 poprzez przeprowadzenie postępowania przez Zamawiającego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez błędne przyjęcie, że treść oferty wnoszącego odwołanie nie odpowiada treści SIWZ,
3. art. 91 ust. 1 poprzez wybór oferty, która w rzeczywistości nie jest najkorzystniejsza, w świetle kryterium oceny ofert.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w zakresie zadania nr 1, powtórzenie czynności oceny oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie i uznanie jej za najkorzystniejszą, w zakresie zadania nr 1.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podaje, iż złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę w zadaniu nr 1, oferując rozwiązania równoważne (montaż oczyszczalni ścieków typoszereg BIOTIC), opisywanym przez Zamawiającego, co było zgodne z postanowieniami SIWZ, rozdziałem II. W celu udowodnienia, że materiał (wyrób) jest równoważny, w stosunku do wymogu określonego przez Zamawiającego, Odwołujący przedstawił dokumenty pozwalające na stwierdzenie tego faktu.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, przez ofertę równoważną należy rozumieć taką, która przedstawia opis przedmiotu zamówienia o takich samych parametrach lub zbliżonych do tych, które zostały określone w SIWZ, lecz oznaczone innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Produkt równoważny nie oznacza identyczności z produktem wskazanym w SIWZ, lecz musi mieć zbliżone cechy i parametry, które są istotne dla zamawiającego. Produkt zaoferowany przez Odwołującego takie cechy posiada i w ocenie Odwołującego spełnia kryteria równoważności. Zaoferowany

przedmiot zamówienia ma właściwości funkcjonalne i jakościowe takie same lub zbliżone do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ. Co więcej, jak podkreśla Odwołujący, w czterech na pięć kryteriów, określających skuteczność oczyszczania ścieków przez oczyszczalnię, chociażby w porównaniu z preferowanym przez projektanta wyrobem (Prox-Aquatec) ma parametry lepsze, co potwierdza, zdaniem Odwołującego, przedłożone przez niego porównanie produktów spełniających normę, dokonane przez Odwołującego także na podstawie załączonych europejskich deklaracji zgodności producentów Prox-Aquatec (wskazany przez projektanta), Aquatech (wnoszącego odwołanie), Traidenis, Sotralentz. . Tym samym Odwołujący umożliwia uzyskanie efektu założonego przez Zamawiającego za pomocą innych urządzeń. Przede wszystkim, tak jak wymagał Zamawiający, zaproponowane urządzenia równoważne (oczyszczalnie) spełniają wymagania polskiej normy, przenoszącej normę europejską PN-EN 12566-3+A1 (Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) do 50 - Część 3: Kontenerowe i/lub montowane na miejscu budowy domowe oczyszczalnie ścieków) i są oznakowane CE.

Wnoszący odwołanie przyznaje, iż miał świadomość tego, że zgodnie z Pzp i oczekiwaniami Zamawiającego, powołując się na rozwiązanie równoważne obowiązany jest wykazać za pomocą wymaganych dokumentów, iż faktycznie oferowane rozwiązanie jest rozwiązaniem równoważnym. W niniejszym stanie faktycznym, Odwołujący na potwierdzenie równoważności oferowanego rozwiązania załączył do oferty deklarację zgodności proponowanych urządzeń, a także raport z badań w notyfikowanym laboratorium (dotyczący efektywności oczyszczania), które w jego ocenie, w sposób wystarczający, potwierdzają równoważność oferowanych wyrobów. Deklaracja zgodności wskazuje wyniki badań wykonanych przez notyfikowane laboratorium ze wskazaniem numeru jednostki prowadzącej badania. Wykonawca załączył także oświadczenie, gdzie pracują proponowane oczyszczalnie ścieków.

Odwołujący podkreśla, że rozwiązanie równoważne nie może oznaczać, iż inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (np. wyrok KIO z 19 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 189/09). Przyjęcie więc, jak to zdaje się czynić Zamawiający, że równoważność oznacza *de facto* tożsamość każdego parametru, przeczyłoby istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby tak naprawdę w praktyce oferowanie produktów równoważnych, pozornym i niemożliwym do spełnienia. Parametry równoważności nie mogą uniemożliwiać zachowania uczciwej konkurencji. Stąd przyjęcie, że decyzja Zamawiającego jest prawidłowa oznaczałoby ponadto, że ta zasada nie została zachowana, ponieważ przedmiot zamówienia wskazywałby tylko na konkretny produkt, preferowany przez projektanta. Zapisy SIWZ, dotyczące możliwości składania

produktów równoważnych są wówczas iluzoryczne i mają na celu zachowanie zasad wynikających z Pzp jedynie formalnie („na papierze”).

Zdaniem Odwołującego, istniejące różnice, co do określonych parametrów, pomiędzy różnymi oferowanymi produktami nie powodują, że można stwierdzić, że nie są one równoważne. Wręcz przeciwnie, fakt, że każdy z nich spełnia wymagania normy i wymagane badania, powoduje że są one równoważne. Dla sprawdzenia właśnie - porównania ich ze sobą - wszystkie oczyszczalnie przechodzą identyczne badania, trwające tyle samo czasu. Oferta równoważna została w przedmiotowym przypadku niesłusznie wyeliminowana.

Dodatkowo, Odwołujący zwraca uwagę, że wymieniona powyżej norma dotyczy oczyszczalni ze zbiornikami wykonanymi z betonu, stali, PVC-U, polietylenu (PE), polipropylenu (PP) oraz poliestru wzmocnionego włóknem szklanym (GRP-UP). Metody badań podane w normie służą do określenia właściwości użytkowych oczyszczalni, koniecznych do potwierdzenia jej przydatności do przewidywanego zastosowania (pkt 1 normy w związku z jej pkt 3.1.), a oczyszczalnie są badane jako całość. Określa ona też elementy, które powinna zawierać deklaracja zgodności. Nie wymienia się tam informacji odnoszących się między innymi do określonego podziału komór, technologii, grubości ścian, czy też pojemności. Jednoznacznie wskazuje się przy tym, że zgodność z wymaganiami normy (postanowieniami zawartymi w poszczególnych jej rozdziałach) oznacza domniemanie, że wyroby budowlane (oczyszczalnie ścieków) są przydatne do przewidywanych w niej zastosowań. W ocenie wnoszącego odwołanie, porównanie równoważności oferowanych wyrobów powinno zatem być dokonane właśnie na podstawie wystawionej europejskiej deklaracji zgodności CE i przeprowadzonych badań. Nie bez znaczenia w tym zakresie jest fakt, że przed rozpoczęciem badań producent dostarcza do laboratorium oczyszczalnię oraz wymagania dotyczące projektowanej technologii, łącznie z kompletnym zestawem rysunków i obliczeń pomocniczych (pkt B.2.1. normy).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem II pkt 1 ppkt 1.1 „oczyszczalnie *biologiczno-mechaniczne pracujące na bazie niskoobciążonego osadu czynnego muszą spełniać wymagania Polskiej Normy przenoszącej normę europejską PN-EN 12566-3+A1. Wystawiona dla urzędzeń deklaracja zgodności z normą winna jednoznacznie wskazywać wyniki badań oraz identyfikować laboratorium które je wykonało. (...) Jednocześnie wskazano, iż „Zamawiający dopuszcza zastosowanie wyrobów równoważnych pod warunkiem spełniania przez nie parametrów równoważności określonych w dokumentacji i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Ciężar udowodnienia, że materiał (wyrób) jest równoważny w stosunku do wymogu określonego przez Zamawiającego spoczywa na składającym ofertę. W tym celu Wykonawca jest zobowiązany przedstawić karty katalogowe z rysunkami i*

opisem technicznym i certyfikaty urządzeń zamiennych, aby Zamawiający mógł ocenić równoważność tych urządzeń. Urządzenia równoważne pracujące na bazie niskoobciążonego osadu czynnego winny być wcześniej zastosowane i pracować prawidłowo w nie mniej jak 1 obiekcie. Informacje te należy przedstawić w formie oświadczenia ze wskazaniem lokalizacji urządzenia wraz z danymi teleadresowymi Użytkownika (Zamawiającego) oczyszczalni ścieków. (...) Użyte w dokumentacji projektowej i przedmiarach robót symbole firm i ich znaki towarowe należy traktować wyłącznie jako opis technologii i parametrów technicznych materiałów. Wykonawcy mogą stosować materiały i technologie przy zachowaniu określonych dokumentacją techniczną parametrów. Dopuszcza się rozwiązania równoważne z opisywanymi w dokumentacji technicznej. Oferta powinna zawierać szkice, cechy techniczne oraz technologiczne proponowanych urządzeń równoważnych z załączeniem dokumentów potwierdzających parametry zastosowanych urządzeń oraz dokumenty certyfikacyjne świadczące o wymaganej jakości proponowanych urządzeń, a także wymagań stawianych producentowi tych urządzeń.” Dodatkowo, w pkt 2.1.5 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Zamawiający zastrzegł m.in., iż „oczyszczalnie typu A muszą posiadać wydzieloną strefę atoksyczną (denitryfikacji).”

Do oferty Odwołującego dołączone zostały raporty z badań i zestawienie wyników.

Pismem z dnia 21.07.2011 . Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień, dotyczących treści oferty, tj. (...) „w ofercie proponowany jest montaż oczyszczalni ścieków typoszereg BIOTIC. Z przedłożonych do oferty dokumentów nie można stwierdzić jej równoważności w stosunku do wymogów określonych przez Zamawiającego zgodnie z Rozdziałem II SIWZ pkt. 1.1 (...)”

W odpowiedzi (pismo z dnia 21.07.2011 r.) Odwołujący przedłożył deklarację zgodności z kompletem badań wykonanych w notyfikowanym laboratorium pod kątem zgodności produktu – oczyszczalni BIOTIC z normą PN-EN 12566-3+A1. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż „Zamawiający w SIWZ określił wymóg aby oferowane przydomowe oczyszczalnie ścieków były zgodne z normą PN-EN 12566-3+A1. Oczyszczalnia oferowana – BIOTIC jest zgodna z normą i z uwagi na zapisy przedmiotowej normy i sposób badań – są to oczyszczalnie równoważne.” Dodatkowo Odwołujący podał, iż proponowane oczyszczalnie ścieków pracują w Gminie Płońsk i Płaska.

Pismem z dnia 27.07.2011 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdzając, iż „jej treść nie odpowiada treści SIWZ – Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ (Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót) pkt 2.1.5 Oczyszczalnie ścieków pracujące na bazie osadu czynnego wskazał: oczyszczalnie typu A muszą posiadać wydzieloną strefę anoksyczną (denitryfikacji)” w zaprojektowanych oczyszczalniach część denitryfikacji tworzy 40% całkowitej objętości aktywacji. Zgodnie z Rozdziałem II SIWZ pkt

1.1: (...). Wykonawca zarówno w złożonej ofercie, jak też przesłanych do Zamawiającego na pisemne wezwanie z dnia 21.07.2011 r. wyjaśnieniach treści oferty nie przekazał dokumentów na podstawie których Zamawiający mógłby jednoznacznie ocenić ich równoważność w stosunku do urządzeń zaprojektowanych – brak przekroju oczyszczalni i kart katalogowych. Ponadto z załączonego dokumentu: Europejska Deklaracja Zgodności CE – Opis produktu, jego przeznaczenie i sposób i sposób zastosowania na budowie wynika, iż proces nityfikacji oraz denityfikacji przebiega w jednej komorze napowietrzania – nie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 30 ust. 1 Pzp, Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Jednocześnie, opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1 – 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym (art. 30 ust. 4 Pzp). Zaś, wykonawca, który 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.

Powyższe pozwala na stwierdzenie, iż z jednej strony ustawodawca zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą tych cech jakościowych i technicznych, które są przedmiotem regulacji danej normy, z drugiej zaś strony daje możliwość wskazania rozwiązań pozwalających na osiągnięcie cech, określonych w użytych przez zamawiającego do opisu przedmiotu zamówienia, normach. Zamawiający podając rozwiązanie, które będzie posiadać wskazane cechy, zobowiązany jest jednocześnie dopuścić rozwiązania równoważne. Oznacza to obowiązek wskazania przez zamawiającego możliwych odstępstw od proponowanego przez zamawiającego rozwiązania i jednocześnie uprawnienie wykonawcy do zaproponowania przedmiotu zamówienia, który w tych ramach będzie się mieścił. Nie oznacza to jednakże, iż poprzez dopuszczenie równoważności zamawiający jest zobowiązany zrezygnować ze swoich oczekiwań co do cech, które mają dla niego istotne znaczenie.

Odnosząc powyższe rozwiązania do analizowanego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie oczyszczalni ścieków, pracujących na bazie osadu czynnego, za pomocą normy PN-EN 12566-3+A1, wskazując na możliwe do zastosowania oczyszczalnie i dokonując ich charakterystyki. Jednocześnie Zamawiający dokonując opisów poszczególnych typów oczyszczalni wskazał m.in., iż oczyszczalnie typu A muszą posiadać wydzieloną strefę anoksydacyjną (denityfikacji). Tym

samym każdy z wykonawców oferujących wskazany typ oczyszczalni, w tym również Odwołujący, uprawniony był do uczynienia odstępstw od rozwiązania zaproponowanego przez Zamawiającego w tym przedmiocie, za wyjątkiem wymogu, dotyczącego wydzielonej strefy anoksycznej. Oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie były bowiem jasno wyartykułowane.

W związku z powyższym nie można uznać, iż Odwołujący, który wykazał spełnienie przez oferowany produkt cech, podanej przez Zamawiającego normy, z przekroczeniem wymagań Zamawiającego, co do przyjętego rozwiązania w zakresie procesu denitryfikacji, złożył ofertę równoważną.

Odwołujący w niniejszym postępowaniu całkowicie pomija, iż wymogi Zamawiającego, dotyczące spełnienia cech określonych we wskazanej przez Zamawiającego normie nie były jedynymi, które wynikały z rozdziału II pkt 1 ppkt 1.1. SIWZ. Zamawiający wskazał bowiem ponadto, że opis technologii i parametrów technicznych materiałów musi uwzględniać wymagania wynikające z dokumentacji technicznej. Jednocześnie wskazać należy, iż zamawiający nie jest zobowiązany w każdym aspekcie proponowanego rozwiązania dopuszczać odstępstwa, nie można bowiem odmówić zamawiającemu prawa do określenia elementów istotnych i ważnych z punktu widzenia zamawiającego, których niezmienności w zaproponowanym przez wykonawców rozwiązaniu zamawiający wymaga. Stąd też, jeśli w niniejszym postępowaniu Zamawiający wskazał na konieczność zapewnienia wymogu co do strefy anoksycznej, wymóg ten nie może być przez wykonawców uważany za niewiążący, stanowił bowiem jeden z elementów rozwiązania, które wykonawca mógł w innych aspektach kształtować dowolnie, a przez to miał możliwość zaoferowania produktu równoważnego.

Powody, dla których Zamawiający zdecydował się na wprowadzenie tego wymogu nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Wskazywanie przez Odwołującego na rozprawie, iż wymóg ten nie prowadzi do uzyskania zamierzonych efektów, albo też, iż produkt zaproponowany przez Odwołującego również nie jest uciążliwy w użytkowaniu, nie mają znaczenia. Jeśli bowiem zdaniem Odwołującego, zaproponowane przez Zamawiającego rozwiązanie nie pozwalało w istocie na złożenie produktów równoważnych, albo ograniczało konkurencję, Odwołujący mógł je kwestionować na etapie SIWZ, na obecnym etapie zabieg ten jest już spóźniony.

Dołączone przez Odwołującego do odwołania porównanie parametrów produktów i deklaracje zgodności pozostają bez wpływu na dokonaną przez Izbę ocenę, bowiem służyły wykazaniu spełniania parametrów, których Zamawiający nie kwestionował.

Reasumując, jakkolwiek Odwołujący, uzupełniając na wezwanie Zamawiającego, brakującą część deklaracji zgodności, potwierdził zgodność oferowanego produktu ze wskazaną normą, to wymóg odrębnej strefy anoksycznej nie został przez Odwołującego

spełniony, co wynika z powołanego dokumentu, gdzie w opisie produktu wskazano, iż w komorze napowietrzania odbywa się proces denitryfikacji. Oznacza to, iż równoważność nie została spełniona w pełnym wymiarze, a zatem o zaoferowanym przez Odwołującego produkcie nie można powiedzieć, że jest on równoważny wobec produktu opisanego przez Zamawiającego. Powyższe uzasadnia czynność odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a tym samym nie daje podstaw do stwierdzenia naruszenia wskazanego przepisu, jak i przepisów art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł, odmawiając jednocześnie zaliczenia do rzeczonych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i kosztów związanych z dojazdem, gdyż nie zostały udokumentowane w sposób, o którym mowa w § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia. W ocenie Izby, posłużenie się przez ustawodawcę terminem „rachunek” oznacza obowiązek przedstawienia do akt sprawy dokumentu o znaczeniu podatkowym w rozumieniu art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r., Nr 8, poz. 60 ze zm.), z uwzględnieniem wymagań dotyczących w szczególności § 14 rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach z dnia 22 sierpnia 2005 r. (Dz.U. Nr 165, poz. 1373). Nadto, wskazać należy, iż posłużenie się przez ustawodawcę wskazanym terminem daje podstawy do twierdzenia, iż nie jest to tożsamy dokument z tym, o którym mowa w art. 109 k.p.c. i nazywanym przez ustawodawcę „spisem kosztów.” Z tych względów należało uznać, iż posłużenie się dokumentem w postaci spisu kosztów jest niewystarczające, na gruncie postępowania odwoławczego, do przyznania kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Przewodniczący: