

**WYROK**

**z dnia 3 kwietnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Katarzyna Brzeska</b>
	<b>Anna Chudzik</b>
	<b>Anna Wojciechowska</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Rafał Komoń</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 19 marca 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POLAQUA Sp. z o.o. oraz TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Piasecznie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Dęblinie**

przy udziale **wykonawcy Instal Warszawa S. A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie**
- Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POLAQUA Sp. z o.o. oraz TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Piasecznie** i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POLAQUA Sp. z o.o. oraz TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Piasecznie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POLAQUA Sp. z o.o. oraz TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Piasecznie** kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Dęblinie** stanowiącą 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. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Dęblinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków komunalnych w Dęblinie w ramach realizacji projektu pn: Modernizacja i rozbudowa systemu odprowadzania ścieków oraz zaopatrzenia w wodę na terenie Dęblin – Etap II*”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: POLAQUA Sp. z o.o. oraz TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Piasecznie (zwani dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 19 marca 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego za niezgodność z treścią SIWZ, t.j. zaoferowanie suszarni solarnej nie spełniającej podstawowe wskaźniki równoważności oraz art. 46 ust. 4a ustawy Pzp poprzez zatrzymanie wadium Odwołującemu z uwagi na niezłożenie przez Odwołującego z przyczyn leżących po jego stronie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu zwrotu wadium Odwołującemu, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POLAQUA Sp. z o.o. oraz TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Piasecznie, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu

na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Instal Warszawa S. A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: *„Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków komunalnych w Dęblinie w ramach realizacji projektu pn: Modernizacja i rozbudowa systemu odprowadzania ścieków oraz zaopatrzenia w wodę na terenie Dęblin – Etap II”.*

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/34/.*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Pkt 3.9 – Informacje dodatkowe:

Ppkt 6: Wszystkie ewentualne nazwy wyrobów (urządzeń, materiałów, surowców) użyte w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej, przedmiarach robót są podane przykładowo i określają jedynie minimalne oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard. Zamawiający dopuszcza w każdym przypadku zastosowanie wyrobów lub technologii równoważnych pod warunkiem spełniania przez nie parametrów równoważności określonych w dokumentacji i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót. Ciężar udowodnienia zachowania tych parametrów spoczywa na Wykonawcy.

Ppkt 7: Pod pojęciem równoważności należy rozumieć, że zagwarantują one realizację zamówienia w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę i opisem przedmiotu zamówienia oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w ww. dokumentach.

Ppkt 8: Wykonawca stosując rozwiązania równoważne jest w pełni odpowiedzialny za taki dobór maszyn, urządzeń, sprzętu, armatury i innych, aby uzyskać wymagane parametry technologiczne oczyszczalni, oraz by dostosować je do istniejących i projektowanych obiektów, bez zmiany ich istniejącej lub zaprojektowanej powierzchni, kubatury i układu przestrzennego, tak aby nie zachodziła konieczność zmiany tych obiektów i zmiany pozwolenia na budowę.

Ppkt 9: Zaleca się, aby Wykonawca stosując rozwiązania równoważne stosował maszyny i urządzenia podobnego typu i tego samego producenta (tam, gdzie jest to możliwe), tak aby Zamawiający w trakcie eksploatacji mógł korzystać z jak najmniejszej liczby podmiotów serwisowych i naprawczych.

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 8/34/*

Ponadto Zamawiający w toku niniejszego postępowania udzielał wykonawcom odpowiedzi m. in. na zadawane przez nich pytania, t.j.:

#### Pytanie nr 81

Prosimy o zdefiniowanie kryteriów uznania innych technologii słonecznego suszenia osadów za równoważne do opisanej technologii cienkowarstwowej, gdyż wybrana przez Zamawiającego technologia jest zastrzeżonym wzorem przemysłowym, co wyklucza wszelką konkurencję. Poza poniższym rozwiązaniem nie są nam znane i nie udało nam się dotrzeć do jakichkolwiek innych technologii opartych o ustawione w tunelach suszarniczych przenośniki taśmowe, na których suszenie odbywałoby się w cienkiej warstwie do 20 mm.

#### Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 81 z dnia 21 listopada 2017 r.

Zgodnie z SIWZ Zamawiający dopuszcza zastosowanie urządzeń i technologii równoważnych pod warunkiem spełniania przez nie parametrów równoważności określonych w dokumentacji i w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót. Muszą one zagwarantować realizację zamówienia w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę i opisem przedmiotu zamówienia oraz zapewnić uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w ww. dokumentach. Ciężar udowodnienia tych parametrów spoczywa na Wykonawcy. Wykonawca stosując rozwiązania równoważne jest w pełni odpowiedzialny za taki dobór urządzeń i technologii, aby uzyskać wymagane parametry technologiczne, aby dostosować je do istniejących i projektowanych obiektów, bez zmiany powierzchni, kubatury, układu przestrzennego, tak aby nie zachodziła konieczność zmiany pozwolenia na budowę. W przypadku suszarni podstawowymi wskaźnikami równoważności są: uwodnienie nie wyższe niż 20%, zużycie energii elektrycznej nie wyższe niż wykazane w dokumentacji, zużycie terenu nie większe w dokumentacji.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 21 listopada 2017 r./*

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Odwołującego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia uzupełnionego lub poprawionego załącznika nr 10 – „Wykaz oferowanych urządzeń” oraz złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane

urządzenie w poz. 26 przedmiotowego załącznika spełnia wymagania określone przez zamawiającego. Zgodnie z pkt 7.3. SIWZ wykonawca zobowiązany był złożyć zamawiającemu opis oferowanych maszyn, urządzeń i wyposażenia wg załącznika nr 10 do SIWZ — „Wykaz oferowanych urządzeń”, Do wykazu należało dołączyć karty katalogowe oraz inne dokumenty na potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę maszyny, urządzenia i wyposażenie określone w w/w załączniku spełniają wymagania zamawiającego. Zamawiający w załączniku nr 10 — „Wykaz oferowanych urządzeń” w poz. 26 dla opisanej suszarni solarnej taśmowej cienkowarstwowej, powierzchnia czynna 378 m<sup>2</sup>, wydajność suszenia 1150 kg 1-120/m<sup>2</sup>, wymagania zgodne z ST-0.5, wymagał wskazania przez wykonawcę parametrów, cech technicznych, jakościowych, typu i producenta dla oceny zgodności zaoferowanego urządzenia z opisaniem przez zamawiającego. Wykonawca w złożonym na wezwanie zamawiającego załączniku nr 10 — „Wykaz oferowanych urządzeń” w poz. 26, wskazał, w kol. 4 Oferowane parametry/cechy techniczne i jakościowe. HUBER SE SOLSTICE SRTI 1; STAL AISI 304 L, w kol. 5 TYP wskazał SRTI 1 i w kol. 6 wskazał producenta HUBER SE. Wykonawca do przedstawionych informacji o oferowanym urządzeniu nie dołączył kart katalogowych oraz dokumentów oferowanych urządzeń, potwierdzających spełnienie założeń projektowych. Z poz. 26 załącznika 10 — „Wykaz oferowanych urządzeń”, nie wnika, że oferowana przez wykonawcę suszarnia jest suszarnią solarną taśmową cienkowarstwową o powierzchni czynnej 378 m<sup>2</sup> i wydajności suszenia 1150 kg 1-120/m<sup>2</sup> oraz, że spełnia wymagania zgodnie z ST-O.5.

*/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 13 lutego 2018 r./*

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: POLAQUA Sp. z o.o. oraz TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Piasecznie w dniu 19 lutego 2018 r. uzupełnił wymagane przez Zamawiającego dokumenty.

*/dokumentacja postępowania: Uzupelnienie dokumentacji z dnia 19 lutego 2018 r./*

Zamawiający w dniu 7 marca 2018 r. odrzucił ofertę Odwołującego.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 7 marca 2018 r. /.*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: POLAQUA Sp. z o.o. oraz TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Piasecznie wnieśli odwołanie w dniu 19 marca 2018 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie*

zamówienia: POLAQUA Sp. z o.o. oraz TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Piasecznie z dnia 19 marca 2018 r./

Pismem z dnia 28 marca 2018 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 28 marca 2018 r. /.*

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut odnoszący się do niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ. W ocenie Izby zgodzić należało się z Zamawiającym, że Zgodnie z pkt 3.9. ppkt 7 i 8 SIWZ *pod pojęciem równoważności należało rozumieć, że zagwarantują one realizację zamówienia w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę i opisem przedmiotu zamówienia oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w w/w dokumentach. Wykonawca stosując rozwiązania równoważne jest w pełni odpowiedzialny za taki dobór maszyn, urządzeń, sprzętu, armatury i innych, aby uzyskać wymagane parametry technologiczne oczyszczalni, oraz by dostosować je do istniejących i projektowanych obiektów, bez zmiany ich istniejącej lub zaprojektowanej powierzchni, kubatury i układu przestrzennego, tak aby nie zachodziła konieczność zmiany tych obiektów i zmiany pozwolenia na budowę.* W ocenie Zamawiającego zaoferowana przez wykonawcę suszarnia słoneczna: 1) wymaga zmiany wydanego pozwolenia na budowę z uwagi na zmianę planu zagospodarowania terenu w rejonie suszarni (wykonawca zmienił ilość i wielkość tuneli suszarniczych, nastąpi również zmiana układu komunikacyjnego) oraz zmianę w rozwiązaniu konstrukcyjnym suszarni. Konieczne będzie wykonanie nowego projektu konstrukcyjnego w poniższym zakresie: a) konstrukcji ław i fundamentów i posadowienia obiektu (całkowicie nowe rozwiązanie, nowe obliczenia np. ław fundamentowych i fundamentów w miejsce słupków, słupów, kotw itd.), b) konstrukcji posadzki spełniającej funkcje konstrukcyjne, izolacyjne, pełniących także funkcje nośne ale i przenoszące obciążenia statyczne z warstw gromadzonego osad. Obecnie brak takiego projektu, c) ścian nośnych przenoszących obciążenia z posadzek do ścian ryglowych. Przedstawione rozwiązanie technologiczne dodatkowo zakłada, iż posadzki będą w układzie konfiguracji (żelbetowe pionowe boki) i rozwinięciem, oparciem lub punktem oporu dla

nowego rodzaju konstrukcji ścian i zadaszania. Te kwestie wymagają całkowicie nowego rozwiązania konstrukcyjnego, d) zmiany układu konstrukcyjnego, gdyż wskazana przez wykonawcę technologia zakłada wymaganą szerokość tunelu ok. 11 m. Powoduje to potrzebę całkowicie nowych obliczeń obciążeń stałych, zmiennych obliczeń rozstawu konstrukcji ścian i dachu. Nowe rozwiązania będą dotyczyły całkowicie nowego projektu (tj. płatwi, obliczeń graniczność, rygle, obciążenia prostopadłe); e) nowych projektów i rozwiązań konstrukcji wykraczających poza istniejące pozwolenie na budowę z uwagi na dynamiczną pracę przewracarki Hubera na specjalnie mocowanych do betonowych ścian profilach prowadzących.

Zgodzić należało się z Zamawiającym i Przystępującym, że oferowane urządzenia nie mogły zmierzać do zmiany pozwolenia na budowę. Izba zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym, że w opisanym stanie faktycznym niewątpliwie doszłoby do zmiany projektu zagospodarowania działki, zamiast czterech obiektów powstałyby dwa obiekty, zmieniłaby się kubatura, szerokość i wysokość obiektu, czyli istotne jego elementy. Zgodzić należało się z Przystępującym, że wybudowanie dwóch budynków, zamiast czterech jest zmianą układu przestrzennego, a parametry które ulegną zmianie są charakterystycznymi parametrami zabudowy. Nie może być również wiarygodnym złożony dowód, t.j. rysunek sporządzony przez pracownika Odwołującego. Zgodzić należało się że z powyższego rysunku nie można jednoznacznie wywnioskować, że Odwołujący przy wprowadzanych zmianach nie przekroczy 2%, tak aby funkcja obiektu nie uległa zmianie. Ponadto Odwołujący w żaden inny sposób nie wykazał, że zmieści się ze zmianą w 2% wynikających z przepisów, powyższego nie potwierdza również złożona przez niego opinia. Złożona przez Odwołującego opinia w swej treści nie jest kategoryczna, nie wskazuje wprost, że wprowadzane zmiany nie przekroczą wymaganych 2%.

Ponadto Izba również zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym, że Odwołujący poprzez podane parametry nie uzyska wymaganego efektu technologicznego. Wykonawca zadeklarował w przedstawionej specyfikacji technicznej maksymalną wydajność suszenia 1200 kg H<sub>2</sub>O/m<sup>2</sup>, gdzie będzie można odparować z osadu 1560 m<sup>3</sup> wody zamiast wymaganych wg obliczeń projektowych 1800 m<sup>3</sup>. Zgodzić należało się z Przystępującym, że Odwołujący nie udowodnił wskazanej równoważności, którą miał wykazać, zgodnie z SIWZ. Wykonawca miał złożyć karty katalogowe, poprzez które należało powyższą równoważność wykazać. Skoro wykonawca zadeklarował określone dane do wykazania równoważności, to mogły być one zweryfikowane przez Zamawiającego – co miało miejsce w niniejszej sprawie, a Zamawiający po weryfikacji powyższych danych doszedł do wniosku, że wymóg równoważności nie został spełniony. Izba uznała za trafne złożone przez Przystępującego wyliczenia. Ponadto Odwołujący zbagatelizował odpowiedź Zamawiającego na pytanie 81,



nie uwzględnił stanowiska Zamawiającego dopuszczającego zastosowanie urządzeń i technologii równoważnych pod warunkiem spełniania przez nie parametrów równoważności określonych w dokumentacji i w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót. Jak zauważył Zamawiający muszą one zagwarantować realizację zamówienia w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę i opisem przedmiotu zamówienia oraz zapewnić uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w ww. dokumentach. Zamawiający wyraźnie wskazał, że ciężar udowodnienia tych parametrów spoczywa na wykonawcy, Co Odwołującemu nie udało się wykazać w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego co do niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, Izba zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego w tej sprawie. W ocenie Izby Zamawiający zatrzymał Odwołującemu wadium z naruszeniem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Zgodzić należało się z Odwołującym, że w przedmiotowej sprawie nie można w ogóle mówić o niezłożeniu jakichkolwiek dokumentów przez Odwołującego. Odwołujący wzywany był przez Zamawiającego dwukrotnie do przedłożenia określonych dokumentów - pismami z dnia 2 stycznia 2018 roku oraz z dnia 13 lutego 2018 roku. Na każde z tych wezwań Odwołujący odpowiadał w wyznaczonych terminach (odpowiednio pismami z dnia 15 stycznia 2018 roku oraz z dnia 19 lutego 2018 roku). Zgodzić należało się również z Odwołującym, iż brak jest podstaw do przyjęcia, by sankcja utraty wadium mogła zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który - działając w dobrej wierze - doręczył Zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak, w ocenie Zamawiającego, spełnienie wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu. Odwołujący każdorazowo przedkładając niezbędne dokumenty na wezwanie Zamawiającego pozostawał w przeświadczeniu, iż oferowana suszarnia spełnia narzucone wymogi – co wykazywał również w toku postępowania odwoławczego Odwołujący dopełnił obowiązku złożenia wymaganych dokumentów oraz działał w przekonaniu, że oferowane przez Odwołującego rozwiązanie techniczne spełnia wszystkie zdefiniowane przez Zamawiającego podstawowe wskaźniki równoważności. Brak było przy tym podstaw do przypisania Odwołującemu niedochowania należytej staranności oraz celowego działania, w sytuacji gdy za każdym razem terminowo i wyczerpująco ustosunkowywał się do wszelkich wezwań Zamawiającego. Jednak z uwagi na to że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, zatem zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp ze względu na brak wpływu na wynik tego postępowania należało odwołanie oddalić.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....