

Sygn. akt: KIO 641/17

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe M. Sp. z o.o. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Z. U. K. Spółka z o.o. (...)**

przy udziale:

- wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

1) Przedsiębiorstwo Budowlane E. W. W. (...),

- wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

1) F. J. P. Sp. z o.o. (...)

2) I. Sp. z o.o. (...)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- a) dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez usunięcie wskazania znaków towarowych,
- b) sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, w tym także przedstawienie precyzyjnej, i jednakowej dla wszystkich wykonawców oceny spełnienia wymagań dla zastosowanych (przez wykonawców) urządzeń i konstrukcji, w tym jednoznaczne określenie parametrów i ich wartości granicznych dla poszczególnych urządzeń i konstrukcji, w jakich Zamawiający uzna spełnienie równoważności (na etapie badania i oceny ofert)

- c) uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o projekt wykonawczy w branży technologia, w tym projektów wykonawczych obejmujących: konstrukcje nośne, instalacje urządzeń i wyposażenia, konstrukcje nośne pomostów obsługowych, rysunki balustrad, schodów, zadaszenia i mocowania,

1.2 umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego postanowienia o możliwości odrzucenia oferty po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i w konsekwencji zatrzymania wniesionego przez wykonawcę wadium

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego Z. U. K. Spółka z o.o. (...)** i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe M. Sp. z o.o. (...)**,

2.2. zasądza od **Zamawiającego Z. U. K. Spółka z o.o. (...)** na rzecz Odwołującego **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Montażowe M. Sp. z o.o. (...)** kwotę **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Modernizacja oczyszczalni ścieków wraz z budową sieci kanalizacji sanitarnej w m. P.". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 51769 - 2017 w dniu 27 marca 2017 r.

Odwołujący Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Montażowe M. Sp. z o.o. zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz poprzez niezasadne posłużenie się w ramach opisu przedmiotu zamówienia odwołaniem się do znaków towarowych jednego z wykonawców, a także poprzez przewidzenie możliwości odrzucenia oferty po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i w konsekwencji zatrzymanie wniesionego przez wykonawcę wadium;
- 2) art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. 2013, poz. 1129) poprzez pominięcie w ramach opisu przedmiotu zamówienia projektu wykonawczego branża technologia;
- 3) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie części 1 określonego w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt VI. 3.1. lit. c) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i naruszający uczciwą konkurencję;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez usunięcie odwołań do znaków towarowych jednego z wykonawców oraz pozostałych postanowień utrudniających uczciwą konkurencję prowadzących do uprzywilejowania wykonawcy B.-T. Sp. z o.o., a także uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o projekt wykonawczy branża technologia, jak również usunięcie zapisu o możliwości odrzucenia oferty po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej

oferty i w konsekwencji zatrzymania wniesionego przez wykonawcę wadium; dokonanie zmiany określenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie części 1 określonego w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt VI. 3.1. lit. c) poprzez usunięcie wyrazu: „pionowego” w odniesieniu do osadnika wtórnego i określenie tego osadnika poprzez odwołanie się do funkcji, jaką ma on spełniać.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz 2. zarzut naruszenia art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.

Zgodnie z opisem równoważności zawartym przez Zamawiającego na str. 4-5 SIWZ:

„1. Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia ofert równoważnych w zakresie zaproponowanych materiałów i urządzeń wskazanych w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz w przedmiarach robót. Zamawiający dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji projektowej pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określonych w dokumentacji projektowej. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów potwierdzających parametry tych materiałów lub urządzeń oraz przedłożenia listy referencyjnej z obiektami, gdzie wbudowane zostały zaproponowane zamienniki. Na trzy dni przed podpisaniem umowy Wykonawca przedkłada Zamawiającemu zestawienie oferowanych urządzeń z podaniem nazwy urządzenia oraz dołącza stosowne dokumenty zawierające parametry techniczne zaproponowanych równoważnych materiałów i urządzeń. W przypadku wątpliwości Zamawiający może raz zwrócić się do oferenta o wyjaśnienia. *Oferent w terminie 3 dni składa wyjaśnienia do złożonej pod rygorem odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ i zatrzymania wadium. Zestawienie proponowanych urządzeń stanowi załącznik nr 12a do SIWZ. (...)*

4. Ocena możliwości zastosowania proponowanego urządzenia lub rozwiązania równoważnego powinna zawierać dla każdego urządzenia minimum analizę: parametrów technologicznych proponowanych urządzeń lub rozwiązań równoważnych,

- zgodność parametrów technologicznych proponowanych urządzeń lub rozwiązań równoważnych z pozostałymi zaprojektowanymi urządzeniami lub rozwiązaniami technologicznymi oraz zaprojektowanymi instalacjami technologicznymi,
- gabarytów, kształtów i rozwiązań konstrukcyjnych proponowanych urządzeń równoważnych w stosunku do gabarytów zaprojektowanych pomieszczeń oraz przestrzeni na ich montaż w komorach zbiorników, w tym możliwość ich montażu, demontażu i podejść do czynności obsługowych i serwisowych, szerokości przejść dla pracowników obsługi,

wielkości otworów drzwiowych, włączników technologicznych itp.,

- rozwiązań materiałowych,
- podejść i połączeń z instalacjami technologicznymi,
- ciężaru urządzeń, sprawdzenia obliczeń wytrzymałości stropów, udźwigu urządzeń do czynności obsługowych itp.,
- innych informacji potwierdzających równoważność proponowanego urządzenia lub rozwiązania."

Na str. 60 - 70 Projektu budowlanego i wykonawczego Tom III - Projekt technologiczny Zamawiający zawarł charakterystykę przykładowego wyposażenia spełniającego podstawowe i szczegółowe parametry równoważności. Zgodnie z zawartą adnotacją: „Wszystkie urządzenia, układy i podzespoły technologiczne stosowane w niniejszym projekcie są przykładowymi. Stosując urządzenia równoważne należy uzyskać zgodę Inwestora i akceptację Projektanta na ich zamianę oraz ich jakość i parametry techniczno - użytkowe nie mogą być gorsze od podstawowych i szczegółowych parametrów równoważności. Za parametry równoważne uznaje się parametry techniczne i jakościowe urządzeń i wyposażenia podane w punktach 4, 6, 7, 9, 10 z rysunkami technicznymi projektu technicznego - branża technologia". Ww. charakterystyka przykładowego wyposażenia spełniającego podstawowe i szczegółowe parametry równoważności została również zawarta w dokumencie Opis i wykaz wymaganych parametrów urządzeń i materiałów równoważnych /str. 61 - 71/.

Odwołujący wskazał, że ww. zestawienia zawierają 188 pozycji przykładowych urządzeń, materiałów i rozwiązań technicznych, z czego 59 pochodzi z oferty spółki B.-T. Sp. z o.o. Co więcej, część z tych urządzeń stanowią powszechnie dostępne na rynku proste instalacje (składające się z np. rur, pomp, zaworów, rusztów napowietrzających, dyfuzorów, itp.), do których została dodana nazwa typu zawierająca określenie producenta (litery „BT”). W ocenie Odwołującego, posłużenie się poszczególnymi typami urządzeń odwołujących się do nazwy jednego z wykonawców jest tym bardziej dyskusyjne, iż nie można tu mówić o typach uniwersalnych, posiadających stałe właściwości. Właściwości i parametry poszczególnych typów różnią się w przypadku różnych zamówień.

Odwołujący wskazał, że wielokrotnie zwracał się do B.-T. Sp. z o.o. w sprawie zakupu poszczególnych urządzeń czy materiałów, jednakże firma ta konsekwentnie odmawiała. B.-T. Sp. z o.o. oferuje jedynie dostawę całej technologii, co w praktyce pozbawiałoby Odwołującego możliwości konkurencyjnego cenowego z B.-T. Sp. z o.o. na rynku zamówień publicznych.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że zgodnie z przytoczonym powyżej zapisem Opisu Przedmiotu Zamówienia „Stosując urządzenia równoważne należy uzyskać zgodę Inwestora i akceptację Projektanta na ich zamianę.” Projektantem technologii jest natomiast Pan L. Ż.,

który jednocześnie jest jednym z trzech wspólników B.-T. Sp. z o.o. Okoliczność ta powoduje, iż zachowanie zasady uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego staje się iluzoryczne.

Zdaniem Odwołującego, powyższe postanowienia Opisu Przedmiotu Zamówienia stawiają B.-T. Sp. z o.o. w pozycji monopolisty mającego decydujący wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co pozostaje w sprzeczności z przepisami art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie był uprawniony do posłużenia się metodą sporządzania opisu przedmiotu zamówienia określoną w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

W myśl art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający może zastosować określoną w tym przepisie metodę opisywania przedmiotu zamówienia jedynie w sytuacji, w której jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń.

W ocenie Odwołującego wskazane powyżej przesłanki nie zaistniały w przedmiotowej sprawie, a posłużenie się nazwami urzędów odwołujących się do jednego z wykonawców skutkuje sytuacją, o której mowa w ww. unormowaniu, tj. uprzywilejowaniem jednego wykonawcy i wyeliminowaniem innych wykonawców.

Odwołujący wskazał na brak projektu wykonawczego dla branży technologia. W zakresie technologii umieszczono konstrukcję nośną instalacji technologicznej, jednakże do dokumentacji składającej się na Opis Przedmiotu Zamówienia nie dołączono projektów wykonawczych, dokonując jedynie wskazania producenta - B.-T. Sp. z o.o. Okoliczność braku projektu wykonawczego dotyczy również przykrycia reaktora. Brak projektów wykonawczych potwierdzają również zapisy Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót /str. 14 pkt 1.7.2/, zgodnie z którymi Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do opracowania projektów wykonawczych.

Zdaniem Odwołującego, brak projektu wykonawczego w ramach dokumentacji składającej się na Opis przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. 2013, poz. 1129).

Odwołujący wskazał także, że w ramach opisu przedmiotu zamówienia w zakresie opisu równoważności Zamawiający zawarł postanowienie (cytowane powyżej), zgodnie z którym

przewidział możliwość odrzucenia oferty wykonawcy już po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej (przed podpisaniem umowy), co pozostaje w sprzeczności z podstawowymi regulacjami ustawy Pzp i założeniami procedury udzielania zamówień publicznych, zgodnie z którymi czynność odrzucenia oferty dokonywana jest w ramach czynności badania i oceny ofert, zatem przed wyborem najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Odwołującego, za niezasadne należy uznać zakwalifikowanie przez Zamawiającego ww. sytuacji jako przesłanki zatrzymania wadium. W tych bowiem okolicznościach może wprawdzie nie dojść do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ale nie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - lecz Zamawiającego, skoro przewidział przeprowadzenie badania oferty w zakresie spełniania parametrów równoważności nie w ramach czynności badania i oceny ofert, lecz po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej (tuż przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, jest rzeczą oczywistą, iż każda oczyszczalnia ścieków przepływowa zgodnie z przyjętą praktyką powinna posiadać osadnik wtórny, jednakże w praktyce stosuje się w tym zakresie bardzo zróżnicowane nazewnictwo. Pionowy osadnik wtórny to nazwa charakterystyczna dla B.-T. Sp. z o.o. Na rynku można spotkać osadniki wtórne o takiej nazwie jak: osadnik wtórny radialny, wzdłużny, okrągły, poziomy, kwadratowy, które spełniają tę samą funkcję. W ocenie Odwołującego, Zamawiający, określając warunek udział w postępowaniu powinien ograniczyć się do funkcji, jaką spełnia osadnik, a nie wskazywać nazwę, która jest charakterystyczna dla jednego wykonawcy. Taki sposób określenia warunku udziału w postępowaniu w sposób nieuzasadniony faworyzuje jednego z wykonawców, jednocześnie ograniczając czy wręcz uniemożliwiając innym wykonawcom wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego, opisane powyżej określenie warunku udziału w postępowaniu pozostaje w sprzeczności z zasadą proporcjonalności oraz zasadą zachowania uczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz poprzez niezasadne posłużenie się w ramach opisu przedmiotu zamówienia odwołaniem się do znaków towarowych jednego z wykonawców, a także poprzez przewidzenie możliwości odrzucenia oferty po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i w konsekwencji zatrzymanie wniesionego przez wykonawcę wadium.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jasny, jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia wskazał znaki towarowe konkretnych urzędzeń. Zamawiający twierdził, że wskazał znaki towarowe jedynie przykładowo. W dalszej kolejności wskazał, że jest mu wiadome, że urzędzenia tych konkretnych, podanych jako przykładowe firm, spełniają wymagania SIWZ. Nie podał jednocześnie przykładów innych firm, których urzędzenia także spełniają wymagania SIWZ. Zamawiający w treści tabeli używał sformułowania: „np. typ BT-KBAL-1500 prod. B.-T. lub inny równoważny.” W ocenie Izby jest to sformułowanie niejasne, nieprecyzyjne i jako takie nieprawidłowe – niezgodne z przepisami prawa. Takie postanowienie może bowiem sugerować, że „lub równoważny” odnosi się do konkretnego urzędzenia i w związku z powyższym nie jest jasne, w jaki sposób Zamawiający będzie dokonywał oceny tej równoważności – czy Zamawiający oceniał będzie równoważność w

stosunku do konkretnie wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia urządzeń, czy też w stosunku do wymogów SIWZ. W ocenie Izby, w świetle takiego zapisu nie jest jasne, czego dotyczy równoważność – czy wymaganych przez Zamawiającego parametrów urządzeń, czy też urządzeń wprost wskazanych przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Zamawiający może opisać przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, ale tylko w sytuacji, gdyby Zamawiający nie miał możliwości opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych określeń i gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu Zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia w inny sposób niż za pomocą znaków towarowych. Zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej. Na Zamawiającym ciążył ciężar wykazania braku możliwości innego opisanie przedmiotu zamówienia (niż za pomocą znaków towarowych).

Wskazywanie przez Zamawiającego, że na jego zlecenie opracowany został projekt budowlany i wykonawczy, nie wpływa na możliwość dokonania opisu przedmiotu zamówienia bez odwoływania się do konkretnych znaków towarowych w sytuacji, gdy Zamawiający dopuszcza równoważność i twierdzi stanowczo, że jedynie przykładowo użył wskazania producentów. Na str. 4 i 5 odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że użył wskazania producentów w sposób posiłkowy i przykładowy. Skoro tak, to Zamawiający tym samym potwierdził, że istnieje możliwość dokonania opisu bez wskazania znaków towarowych. Jeśli bowiem wskazane w treści SIWZ konkretne urządzenia konkretnych producentów są jedynie przykładami, to możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia bez odwoływania się do tych przykładów. Zamawiający zatem w sposób nieuprawniony używa sformułowań odnoszących się do określonego producenta (i określonych urządzeń oferowanych przez tego producenta). Co więcej, wskazywanie znaków towarowych uprzywilejowało określonych producentów. Tymczasem wszyscy wykonawcy powinni podlegać takim samym prawom: wykonawcy mają te same prawa i obowiązki i jednakowe powinny być warunki oceny ofert.

Należy także zauważyć, że Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia oferty wariantowej. Zatem wykonawcy nie mogą przedstawiać innych rozwiązań. Tym bardziej zatem, skoro Zamawiający dopuszcza równoważność, powinien precyzyjnie określić jej zakres i sposób dokonywania jej oceny, ocena ta powinna być dokonywana w taki sam sposób w odniesieniu do wszystkich wykonawców.

Skoro parametry dotyczą ogólnie urządzeń, to nie jest konieczne wskazywanie przykładowych urządzeń, które w ocenie Zamawiającego parametry te spełniają. Wylimitowanie nazw znaków towarowych spowoduje, że wszyscy wykonawcy zostaną potraktowani w ten sam sposób.

Co więcej, w dokumencie stanowiącym załącznik nr 7 – opis i wykaz wymaganych parametrów urządzeń i materiałów równoważnych, pkt 6 (charakterystyka przykładowego wyposażenia spełniającego podstawowe i szczegółowe parametry równoważności) znalazła się uwaga Zamawiającego: „Wszystkie urządzenia, układy i podzespoły technologiczne stosowane w niniejszym projekcie są przykładowymi. Stosując urządzenia równoważne należy uzyskać zgodę Inwestora i akceptację Projektanta na ich zamianę oraz ich jakość i parametry techniczno - użytkowe nie mogą być gorsze od podstawowych i szczegółowych parametrach równoważności. Za parametry równoważne uznaje się parametry techniczne i jakościowe urządzeń i wyposażenia podane w pkt 1, 2, 3, 4, 5 niniejszego opisu oraz punktach 4, 6, 7, 9, 10 z rysunkami technicznymi projektu technicznego – branża technologia”.

Powyższa uwaga w ocenie Izby jest niejasna i nieprecyzyjna. Zamawiający nie uzasadnił, dlaczego konieczne jest uzyskanie zgody projektanta na zastosowanie urządzeń równoważnych, skoro – jak twierdzi Zamawiający - wskazane w treści SIWZ urządzenia są urządzeniami jedynie przykładowymi. Jeśli wskazane przez Zamawiającego urządzenia są jedynie przykładami, to postawienie tego wymogu nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. Jeśli bowiem opisy urządzeń są obiektywne i niezależne od przykładowo (zdaniem Zamawiającego) wskazanych urządzeń, to nie jest jasne, czemu miałyby służyć wymóg konieczności uzyskania zgody Inwestora na zmianę tych przykładowych urządzeń. Nie jest także jasne, które wytyczne punktów 4, 6, 7, 9, 10 mają spełniać urządzenia równoważne. Zamawiający nie wyjaśnił tej kwestii ani w odpowiedzi na odwołanie, ani w trakcie rozprawy. Nadto Izba zauważa, że postawienie wymogu uzyskania zgody projektanta na zastosowanie urządzeń równoważnych powoduje, że możliwa jest sytuacja, w której projektant niezasadnie odmówi takiej zgody, co spowoduje, że wykonawcy zmuszeni będą do zastosowania urządzeń wprost wymienionych w treści SIWZ – pomimo, że jak twierdzi Zamawiający, wskazanie tych urządzeń ma charakter jedynie przykładowy.

Powyższe potwierdza, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób niejasny i nieprecyzyjny, a więc narusza art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt i na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. Zamawiający, dopuszczając równoważność produktów, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do równoważności produktów winny być 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. Precyzyjne określenie wymagań co do równoważności produktów pozwala prawidłowo ocenić i porównać złożone oferty. Brak podania minimalnych wymagań w zakresie równoważności produktów stanowi naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i równego dostępu do zamówienia publicznego.

Wykonawca w chwili przystępowania do postępowania przetargowego powinien mieć wiedzę, czy jego urządzenie lub oferowana przez niego konstrukcja spełnia wymagania SIWZ, w tym wymagania w zakresie równoważności. Opis przedmiotu zamówienia musi być bowiem jasny i jednoznaczny dla wszystkich w chwili wszczęcia postępowania.

Uwaga Zamawiającego, na którą powoływał się Odwołujący, jest zatem nieprecyzyjna. Wskazuje szereg punktów w miejsce dokładnych wytycznych równoważności. Tym właśnie charakteryzuje się równoważność, że Zamawiający szczegółowo wskazuje parametry, których spełnienia oczekuje. W niniejszej sytuacji Zamawiający, poza parametrami urządzeń, dopuścił opisy (także rysunki), które wymagania w zakresie tych parametrów rozszerzają. Tym samym niejasny pozostaje zakres oceny Zamawiającego.

Istotę niniejszego sporu stanowi brak jednoznacznego dokonania przez Zamawiającego wyznaczników i sposobu sprawdzenia równoważności zaoferowanych urządzeń.

Zamawiający miał możliwość dokonania ogólnego opisu przedmiotu zamówienia, a więc tym bardziej nie ma powodu do wskazywania znaków towarowych, które dodatkowo powodują uprzywilejowywanie poszczególnych wykonawców oferujących określone rozwiązania. Prace w zakresie wykazania spełnienia parametrów określonych przez Zamawiającego powinni wykonać wszyscy wykonawcy. Jeśli opis przedmiotu zamówienia nie wskazuje konkretnych urządzeń, to każdy z wykonawców ma te same prawa i obowiązki, a zatem możliwość i obowiązek wykazania, że oferowane przez niego urządzenie spełnia wymagania zamawiającego. Tymczasem w niniejszej sprawie wykonawcy, którzy zaoferowaliby wyłącznie urządzenia wprost wskazane w treści SIWZ, zwolnieni byłiby z obowiązku wykazywania, że zaoferowane przez nich urządzenia spełniają wymogi Zamawiającego. Uprzywilejowałoby to tych wykonawców w stosunku do wykonawców, którzy zdecydowaliby się na zaproponowanie urządzeń innych niż wskazane wprost w treści SIWZ. Narusza to zatem zasadę równości wykonawców.

Izba za zasadny uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. 2013, poz. 1129), poprzez pominięcie w ramach opisu przedmiotu zamówienia projektu wykonawczego branża technologia.

Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego, dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5 rozporządzenia. Zgodnie z § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia, projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania ofert przez wykonawcę realizacji robót.

Odwołujący wskazał, że w dokumentacji projektowej brakuje projektu wykonawczego w branży technologia. Doprecyzował, że dotyczy to projektów wykonawczych obejmujących: konstrukcje nośne, instalacje urządzeń i wyposażenia, konstrukcje nośne pomostów obsługowych, rysunki balustrad, schodów, zadaszenia i mocowania.

Zamawiający w trakcie rozprawy okazał przed Izbą rysunki pokrycia dachowego konstrukcji oraz wymiaru pomostu, schodów. Zamawiający nie wykazał jednak, aby sporządzony został projekt wykonawczy dla wszystkich obiektów objętych postępowaniem. Nie wykazał, aby został sporządzony projekt wykonawczy dla budynku 3a i 3b, w którym znalazłyby się dokładne dane ww. elementów. Odwołujący wskazywał, że szczegółowe dane dotyczące projektu wykonawczego w branży technologia, w tym projektów wykonawczych obejmujących konstrukcje nośne, instalacje urządzeń i wyposażenia, konstrukcje nośne pomostów obsługowych, rysunki balustrad, schodów, zadaszenia i mocowania, są niezbędne do realizacji budowy, aby można było wykonać te elementy. Wyjaśnił, że projekt budowlany nie zawiera szczegółowych danych, co uniemożliwia realizację i wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazywał, że z przepisów prawa nie wynika, jak szczegółowe mają być rysunki. W jego ocenie, w dokumentacji znalazły się wszystkie elementy potrzebne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że z przepisów prawa nie wynika, jak szczegółowe mają być rysunki. Przepisy prawa nie są bowiem skonstruowane tak szczegółowo. Zawierają jednak wyraźne wskazanie, że projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do przygotowania ofert przez wykonawcę, który realizować ma roboty. Dokumentacja projektowa na potrzeby postępowania przetargowego nie jest zatem kompletna. W dokumentacji projektowej przygotowanej dla potrzeb niniejszego postępowania znajduje się także projekt wykonawczy dla innych obiektów. Fakt ten oznacza, że Zamawiający miał świadomość, że niezbędne są jako osobne dokumenty projekty wykonawcze.

Projekt budowlany (na który wskazywał Zamawiający) nie zawiera wymaganych szczegółowych danych, a tym samym nie pozwala na wykonanie wskazanych przez Odwołującego elementów konstrukcyjnych.

W ocenie Izby, nazwa „projekt budowlany – wykonawczy” nie oznacza, że Zamawiający wykonał w pełni nałożone na niego wymagania wynikające z przepisów prawa w zakresie przekazania pełnej dokumentacji na potrzeby postępowania przetargowego. Ww. rozporządzenie rozróżnia bowiem dokumenty w postaci projektu budowlanego oraz w postaci projektu wykonawczego. Jako dokumentacja projektowa, powinien zostać przekazany każdy z tych dokumentów. Co więcej, każdy z tych dokumentów stanowi uzupełnienie dokumentacji i jest niezbędny dla wykonawców na czas realizacji zamówienia, a więc także dla prawidłowego i pełnego sporządzenia oferty.

W ocenie Izby, skoro dokumenty w postaci projektów wykonawczych są wymagane stosownie do przytoczonych przepisów prawa, a Zamawiający nie załączył wszystkich projektów wykonawczych do dokumentacji przetargowej, to w ocenie Izby naruszył przepisy prawa tj. ww. rozporządzenia. Izba miała na uwadze fakt, że Zamawiający ma świadomość, że projekty wykonawcze są niezbędne (jako oddzielne od projektu budowlanego dokumenty), jednak takiego dokumentu nie załączył do dokumentacji projektowej dla obiektu technologia. Co więcej, Zamawiający nie wykazał, aby wskazywane przez Odwołującego dane można było wyczytać z innych części dokumentacji projektowej. W tym zakresie ciężar dowodu leżał po stronie Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba nakazała Zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o projekt wykonawczy w branży technologia, w tym projektów wykonawczych obejmujących: konstrukcje nośne, instalacje urządzeń i wyposażenia, konstrukcje nośne pomostów obsługowych, rysunki balustrad, schodów, zadaszenia i mocowania.

W trakcie posiedzenia z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy

Prawo zamówień publicznych - poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie części 1 określonego w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt VI. 3.1. lit. c) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i naruszający uczciwą konkurencję.

W trakcie posiedzenia z udziałem Stron i uczestników postępowania Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie podnoszonej przez Odwołującego okoliczności dotyczącej możliwości odrzucenia oferty po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i w konsekwencji zatrzymania wniesionego przez wykonawcę wadium. Oświadczył, że w tym zakresie dokona zmian postanowień SIWZ. Przystępujący po stronie Zamawiającego nie zgłosili sprzeciwu. Tym samym Izba orzekła o umorzeniu postępowania w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 z późn. zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....