

WYROK

z dnia 23 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2011 r. przez **ECOKUBE Sp. z o.o., ul. Wólczyńska 128/134, 90-527 Łódź** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Gminę i Miasto Czerwionka-Leszczyny – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Ligonia 5c, 44-238 Czerwionka-Leszczyny**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

2. **kosztami postępowania obciąża Gminę i Miasto Czerwionka-Leszczyny – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Ligonia 5c, 44-238 Czerwionka-Leszczyny i:**
 - 2.1 **do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez ECOKUBE Sp. z o.o., ul. Wólczyńska 128/134, 90-527 Łódź oraz uzasadnione koszty ECOKUBE Sp. z o.o., ul. Wólczyńska 128/134, 90-527 Łódź obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),**

2.2 zasądza od **Gminy i Miasta Czerwionka-Leszczyny – Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Ligionia 5c, 44-238 Czerwionka-Leszczyny** na rzecz **ECOKUBE Sp. z o.o., ul. Wólczyńska 128/134, 90-527 Łódź** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obejmującą uiszczony przez Odwołującego wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z lokalną oczyszczalnią ścieków i przyłączami dla zespołu budynków komunalnych przy ul. Rybnickiej 42, 44, 46, 48, 50 w Czerwionce-Leszczynach*” zostało wszczęte przez Gminę i Miasto Czerwionka-Leszczyny – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, zwaną dalej Zamawiającym. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 25 stycznia 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 12232-2011.

W dniu 4 marca 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 8 marca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez ECOKUBE Sp. z o.o., zwaną dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i argumentację stron zaprezentowaną w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

Stanowisko Odwołującego – ECOKUBE Sp. z o.o.:

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę: ZUBIT Sp. z o.o. W ocenie Odwołującego działanie takie stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony nie uznał, że zaoferowane przez niego rozwiązanie (oczyszczalnia ścieków) nie spełnia warunków równoważności w rozumieniu ustawy Pzp. Twierdził on, że treść jego oferty odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a w szczególności zaoferowane przez niego rozwiązania spełniają wszystkie warunki uznania ich za równoważne,

które Zamawiający określił w odpowiedzi na pytania zawartych w piśmie z dnia 9 lutego 2011 r. Podkreślał jednocześnie, iż Zamawiający w żadnym z postanowień SIWZ nie sformułował zakazu rozwiązania opartego o odmienną od opisanej w SIWZ technologię oczyszczalni.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, uzasadniało wniesione przez niego odwołanie.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, a następnie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Stanowisko Zamawiającego – Gminy i Miasta Czerwionka-Leszczyny – Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez ECOKUBE Sp. z o.o. w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izłą.

Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, twierdził, że w jego ocenie zarzuty przez niego podnoszone są bezzasadne. Podtrzymał w całości, zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 4 marca 2011 r., własne stanowisko w zakresie uznania, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na zawarcie w niej oferty dostawy oczyszczalni, która nie może zostać uznana za równoważną opisanej w SIWZ. Za słusnością takiego stanowiska przemawiał w ocenie Zamawiającego fakt, iż oczyszczalnia zaoferowana przez Odwołującego pracuje w innej technologii niż opisana w projekcie stanowiącym integralną część opisu przedmiotu zamówienia. W oparciu o tak dokonane ustalenia Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego stanowi odstępstwo od technologii oczyszczania przewidzianej w SIWZ, co stanowiło spełnienie przesłanki odrzucenia oferty określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych

w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, jak też w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, iż w dniu 16 marca 2011 r. Wykonawca: ZUBIT Sp. z o.o. doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wobec faktu, iż Zamawiający informację o wniesionym odwołaniu wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 10 marca 2011 r., Izba uznała, iż ZUBIT Sp. z o.o. nie zachowała terminu przewidzianego na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tj. 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego wynika, jak już wskazano, iż Wykonawca ten otrzymał powołaną kopię odwołania w dniu 10 marca 2011 r. Fakt ten potwierdza również data, jaką opatrzony jest dokument zawierający oświadczenie o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz data jego nadania w placówce pocztowej operatora publicznego (stempel na kopercie). W świetle przepisów ustawy Pzp nadanie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora publicznego nie jest równoznaczne z jego doręczeniem Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Ustawa nie zawiera bowiem takiej regulacji, a stanowi jedynie o obowiązku doręczenia takiego zgłoszenia w ustawowo określonym terminie. ZUBIT Sp. z o.o. nie zachowała tegoż terminu, dlatego też Izba uznała, iż Spółka ta nie doręczyła zgłoszenia przystąpienia do postępowania w sposób skuteczny, a tym samym nie uzyskała statusu uczestnika postępowania.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, odpowiedź na odwołanie, a także dokumenty złożone w toku rozprawy przez Strony.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 3 SIWZ opisał przedmiot zamówienia, jego uszczegółowienie zawarł zaś w stanowiących załączniki do SIWZ specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej (opisanej w SIWZ, jako dokumentacja techniczna).

Izba ustaliła, iż w składającym się na dokumentację projektową *Projekcie Wykonawczym* na stronie 7 w pkt 3.3 określone zostało, iż w zbiorniku nityfikacji, stanowiącym jeden ze składników oczyszczalni, dochodzić ma do biologicznego usuwania zanieczyszczeń „*pod wpływem osadu aktywowanego*”. W tym samym dokumencie na stronie 12 w pkt 3.4 określone zostały odrębnie od siebie parametry techniczne oraz parametry technologiczne zamawianej oczyszczalni.

W dniu 9 lutego 2011 r., w wyniku pytań ze strony Wykonawców, Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień pkt 3 SIWZ w zakresie określenia podstawowych parametrów dotyczących jakości oczyszczonych ścieków. Wyjaśnił ponadto, że dopuszcza rozwiązanie równoważne dotyczące oczyszczalni ścieków „*pod warunkiem dotrzymania minimum parametrów technicznych oraz uzyskania wymaganych stężeń zanieczyszczeń w ściekach oczyszczonych określonych w SIWZ. Zastosowanie rozwiązania równoważnego nie może jednak spowodować istotnych odstępień od projektu budowlanego powodujących konieczność uzyskania dodatkowych pozwoleń na budowę. Po konsultacjach przeprowadzonych z projektantem i przeanalizowaniu zapisów SIWZ oraz projektu budowlanego, Zamawiający poniżej podaje parametry dotyczące oczyszczonych ścieków jakie zaproponowana oczyszczalnia powinna spełniać (zgodnie z pozwoleniem wodnoprawnym): BTZ5 - ≤ 25 mgO₂/l, CHZTcr - ≤ 125 mgO₂/l, zawiesina ogólna - ≤ 35 mg/l.*”

Izba ustaliła ponadto, iż Odwołujący zawarł w swej ofercie zobowiązanie do dostarczenia Zamawiającemu oczyszczalni BioKube Uran, załączając do swojej oferty opis tego rozwiązania zawierający m.in. podstawowe parametry techniczne oferowanej oczyszczalni.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego podnosił, jako główny powód stwierdzenia, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, okoliczność uznania przez biegłego powołanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, iż stanowi ona odstępstwo od technologii oczyszczania, którą przewiduje projekt stanowiący załącznik do SIWZ, a tym samym powinna ona zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż w rozstrzyganym przypadku zarzuty podnoszone przez Odwołującego znajdują oparcie w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym i prawnym.

Zamawiający, który, opisując przedmiot zamówienia, wskazuje na znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, zobowiązany jest na podstawie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp dopuścić rozwiązania równoważne. Zgodnie z dominującym w orzecznictwie i doktrynie poglądem, dopuszczają takie równoważne rozwiązania, zobowiązany jest on jednocześnie określić parametry, cechy zamawianego produktu, które w jego ocenie o tejże równoważności będą decydować. Określone tak parametry równoważności stają się potem, na etapie badania i oceny ofert punktem odniesienia dla badanej oferty.

W rozstrzyganym przypadku Zamawiający postanowił, iż o równoważności opisanej w SIWZ oczyszczalni będą decydowały następujące cechy: dotrzymanie minimum parametrów technicznych, uzyskanie wymaganych stężeń zanieczyszczeń w ściekach oczyszczonych określonych w SIWZ oraz okoliczność, że zastosowanie rozwiązania równoważnego nie spowoduje istotnych odstępień od projektu budowlanego powodujących konieczność uzyskania dodatkowych pozwoleń na budowę. W treści pisma z 9 lutego 2011 r. Zamawiający wyraźnie wskazał, iż powołane parametry równoważności zostały ustalone „*po konsultacjach przeprowadzonych z projektantem i przeanalizowaniu zapisów SIWZ oraz projektu budowlanego*”. Dlatego też Izba uznała, iż przedłożone przez Zamawiającego na rozprawie przed Izbą pismo z dnia 3 marca 2011 zawierające oświadczenie projektanta, nie można uznać, za potwierdzające zasadność argumentacji Zamawiającego. W powołanym piśmie mowa jedynie o tym, iż dopuszczalne jest zastosowanie produktów innych firm, ale spełniających warunek równoważności rozwiązań. Warunki te, jak już to powołano, Zamawiający ustalił po konsultacjach z projektantem i przekazał Wykonawcom w piśmie z 9 lutego 2011 r.

Na rozprawie przed Izbą Zamawiający wyjaśnił, że w żadnym z dokumentów, tak SIWZ, jak i późniejszych wyjaśnieniach jej treści, nie został zawarty zakaz zaoferowania oczyszczalni działającej w technologii innej niż ta opisana w SIWZ. Przyznał jednocześnie, że oferowane przez Odwołującego rozwiązanie spełnia opisane w SIWZ wymogi w zakresie wydajności, czy też jakości oczyszczanych ścieków. Oświadczył ponadto, iż nie badał oferty Odwołującego w celu sprawdzenia, czy w przypadku zaakceptowania opisanej tam oczyszczalni konieczne byłoby uzyskanie dodatkowych pozwoleń na budowę.

W oparciu o powyższe ustalenia, Izba uznała, iż Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wykazał, że opisane w tej ofercie rozwiązanie

nie jest równoważne rozwiązaniu przewidzianemu w SIWZ. Nie odniósł się on bowiem w tejże informacji do żadnego z trzech przywołanych powyżej cech stanowiących o równoważności. Wykazywał zaś, iż podstawą do odrzucenia tej oferty jest fakt, iż przewiduje oczyszczalnię w innej, niż opisana w SWZI, technologii.

Istotną dla rozstrzygnięcia jest okoliczność, iż w projekcie wykonawczym na stronie 12 w pkt 3.4 określone zostały odrębnie od siebie parametry techniczne oraz parametry technologiczne zamawianej oczyszczalni. Izba, przyjmując racjonalność działania Zamawiającego, uznała założenie o celowym rozróżnieniu tych dwóch rodzajów parametrów.

Parametry techniczne oferowanej przez Odwołującego oczyszczalni zawarte zostały w złożonym wraz z ofertą opisie tejże oczyszczalni. Zamawiający nie zarzucił ofercie Odwołującego, iż z uwagi na parametry techniczne zaoferowanej oczyszczalni, jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Odnosił się jedynie do parametrów technologicznych. W ocenie Izby działanie takie nie znajdowało oparcia w zapisach dokumentacji postępowania udostępnionej Wykonawcom. Jak już to przywołano, Zamawiający sam oświadczył, iż w żadnym z dokumentów, tak SIWZ, jak i późniejszych wyjaśnieniach jej treści, nie został zawarty zakaz zaoferowania oczyszczalni działającej w technologii innej niż ta opisana w SIWZ. Zamawiający, określając warunki równoważności, nie odnosił się do parametrów technologicznych oczyszczalni ścieków. Dlatego też Izba uznała, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że zaoferowane mu rozwiązanie nie jest równoważne opisanemu w SIWZ.

Na marginesie Izba pragnie zauważyć, iż Zamawiający nie zakwestionował w sposób bezpośredni przedłożonego przez Odwołującego oświadczenia producenta oczyszczalni zaoferowanej przez niego. Wynika z niego, że oczyszczalnia ta pracuje „w technologii osadu czynnego wspomaganego złożem biologicznym zanurzonym w celu zwiększenia zdolności systemu do sprostania zmiennym obciążeniom”. Zamawiający nie podważał także wynikających z tegoż oświadczenia twierdzeń Odwołującego o dwoistym charakterze technologii, w której pracuje oferowana Zamawiającemu oczyszczalnia. Spostrzeżenie to jednak nie ma doniosłego dla rozstrzygnięcia charakteru wobec powyższych ustaleń Izby.

Złożona przez Zamawiającego opinia prof. Janusza Ł. w swym założeniu wprowadza dychotomiczny podział na oczyszczalnie biologiczne dwóch technologii oraz ma na celu wykazanie, iż jedna z nich jest technologią bardziej wydajną. Wobec powyższych ustaleń, a w szczególności wobec oświadczenia Zamawiającego, iż z żadnego z dokumentów, tak SIWZ, jak i późniejszych wyjaśnień jej treści, nie wynika

zakaz zaoferowania oczyszczalni działającej w technologii innej niż ta opisana w SIWZ, Izba uznała powołaną opinię za nie istotną w swej treści dla rozstrzygnięcia.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba uznała, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony i nie mający oparcia w zapisach dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności SIWZ, odrzucił ofertę Odwołującego. Dlatego też Izba uznała, iż potwierdziły się zarzuty przez niego podniesione.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący:

.....