

**Sygn. akt: KIO 694/12**

**WYROK**

**z dnia 24 kwietnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 kwietnia 2012 r. przez Krzysztofa Murawskiego prowadzącego działalność pod nazwą EMKAN-PRO, 18-300 Zambrów, Pstrągi Gniewoty 6 w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Krasne, 06-408 Krasne, ul. A. Mickiewicza 23

przy udziale wykonawcy Tomasza Gutowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GUTBRUK, 06-316 Krzynowłoga Mała, Kaki Mroczki 18 zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Krzysztofa Murawskiego prowadzącego działalność pod nazwą EMKAN-PRO, 18-300 Zambrów, Pstrągi Gniewoty 6 i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Krzysztofa Murawskiego prowadzącego działalność pod nazwą EMKAN-PRO, 18-300 Zambrów, Pstrągi Gniewoty 6 tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od Krzysztofa Murawskiego prowadzącego działalność pod nazwą EMKAN-PRO, 18-300 Zambrów, Pstrągi Gniewoty 6 kwotę **3920 zł 95 gr.** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) na rzecz Gminy Krasne, 06-408 Krasne, ul. A. Mickiewicza 23 stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Ostrołęce**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Krasne, 06-408 Krasne, ul. A. Mickiewicza 23 prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Poprawę gospodarki wodno-ściekowej poprzez budowę przydomowych oczyszczalni ścieków w Gminie Krasne*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 24 lutego 2012 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod poz. 45181.

Krzysztof Murawski prowadzący działalność pod nazwą EMKAN-PRO, 18-300 Zambrów, Pstrągi Gniewoty 6 (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 10 kwietnia 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania jak również odrzucenia jego oferty i w konsekwencji wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Tomasza Gutowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GUTBRUK, Kaki Mroczyki 18, 06-316 Krzynowłoga Mała.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp
- art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:
  - dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
  - dokonania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
  - dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
  - dokonania czynności ponownego badania ofert z udziałem oferty Odwołującego.

W dniu 5 kwietnia 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Tomasza Gutowskiego prowadzącego

działalność gospodarczą pod nazwą GUTBRUK, Kaki Mroczi 18, 06-316 Krzynowłoga Mała.

W dniu 5 kwietnia 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę Krzysztofa Murawskiego prowadzącego działalność pod nazwą EMKAN-PRO, 18-300 Zambrów, Pstrągi Gniewoty 6 o wykluczeniu go z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty.

Powyższe czynności Zamawiającego stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Krzysztof Murawski prowadzący działalność pod nazwą EMKAN-PRO, 18-300 Zambrów, Pstrągi Gniewoty 6.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Tomasz Gutowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GUTBRUK, Kaki Mroczi 18, 06-316 Krzynowłoga Mała.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy - Krzysztofa Murawskiego prowadzącego działalność pod nazwą EMKAN-PRO, 18-300 Zambrów, Pstrągi Gniewoty 6 - jak również oświadczenia i stanowiska stron 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 ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 10 kwietnia 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 13 kwietnia 2012 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Tomasz Gutowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GUTBRUK, Kaki Mroczi 18, 06-316 Krzynowłoga Mała (zwany dalej: „Przystępującym”).

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Tomasza Gutowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GUTBRUK, Kaki Mroczi 18, 06-316 Krzynowłoga Mała.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Zgodnie z SIWZ (pkt 6 Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków):

Pkt 1) W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp:

b) posiadają wiedzę i doświadczenie: wykonawca wykaże spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie posiadania doświadczenia przy realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych obejmujących jednorazowe zlecenie przynajmniej 120 przydomowych oczyszczalni na bazie osadu czynnego dla każdego zamówienia. Ocena powyższego warunku nastąpi poprzez weryfikację informacji ujętych w wykazie robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniu dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niespełnienie warunku wiedzy i doświadczenia.

Izba ustaliła dodatkowo, że Zamawiający pismem z dnia 16 marca 2012 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał, iż z załączonego wykazu nie wynika, że wykonawca posiada doświadczenie przy realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych obejmujących jednorazowe zlecenie przynajmniej 120 przydomowych oczyszczalni na bazie osadu czynnego dla każdego zamówienia. Wykonawca zaś wykazał realizację mechaniczno-biologicznych przydomowych oczyszczalni ścieków. Dodatkowo wykaz robót budowlanych oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i

wykształcenia oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami, nie zawierają dat, w związku z powyższym nie można stwierdzić, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Zatem Zamawiający wniósł w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy, o złożenie wyjaśnień przedłożonych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu- wykazu robót budowlanych wraz z referencjami oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami.

W wyniku wezwania Odwołujący pismem z dnia 19 marca 2012 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 21 marca 2012 r.) załączył wykaz robót (ten sam wykaz, który został złożony wraz z ofertą) z wyraźnym oświadczeniem, że roboty budowlane wskazane w załączniku nr 3 do siwz „Wykaz robót budowlanych” pkt 1 i 2 zostały wykonane na bazie osadu czynnego. Na potwierdzenie niniejszego załączył fragmenty siwz opublikowane przez Urząd Gminy Ostrów Mazowiecka dotyczące przedmiotowych zadań.

Zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2012 r. wykluczył Odwołującego z postępowania uznając, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku posiadania doświadczenia. Zamawiający wymagał wykazania posiadania doświadczenia przy realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych obejmujących jednorazowe zlecenie przynajmniej 120 przydomowych oczyszczalni na bazie osadu czynnego dla każdego zamówienia. Wykonawca w ofercie przedłożył wykaz robót budowlanych wraz z referencjami. W wykazie robót wykonawca wykazał wykonanie: w poz. 1 - 436 szt. mechaniczno - biologicznych przydomowych oczyszczalni ścieków, w poz. 2-164 szt. mechaniczno - biologicznych przydomowych oczyszczalni ścieków. Natomiast referencje potwierdzały wykonanie robót budowlanych jednak nie wskazywały w jakiej technologii zostały one wykonane. Zamawiający uznał, że z powyższego wykazu nie wynika, że wykonawca posiada doświadczenia przy realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych obejmujących jednorazowe zlecenie przynajmniej 120 przydomowych oczyszczalni na bazie osadu czynnego dla każdego zamówienia. W wyniku czego zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 PZP w związku z art. 26 ust. 4 PZP, wezwał w dniu 16 marca 2012r. do złożenia wyjaśnień przedłożonych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył stosowne wyjaśnienia jednak nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego do wyjaśnień złożonych w dniu 21 marca 2012 r. wykonawca ponownie załączył wykaz wykonanych robót, w którym po raz kolejny wykazał wykonanie w poz. 1 - 436 szt. mechaniczno - biologicznych przydomowych oczyszczalni ścieków, w poz. 2-164 szt. mechaniczno - biologicznych przydomowych oczyszczalni ścieków. Dodatkowo dołączył protokoły odbioru, które miały

potwierdzić wykonanie oczyszczalni w technologii osadu czynnego. Z załączonych protokołów nie wynikało jednak, w jakiej technologii zostały wykonane oczyszczalnie. Ponadto Wykonawca oświadczył w wyjaśnieniu złożonym w dniu 21 marca 2012r. iż roboty budowlane wykazane w zał. nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały wykonane na bazie osadu czynnego, czego potwierdzeniem ma być „wycinek” ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Gminie Ostrów Mazowiecka, z którego to wycinka w opinii Wykonawcy jednoznacznie wynika technologia zastosowanych przydomowych oczyszczalni ścieków. W ocenie Zamawiającego z załączonych wycinków wynikało jedynie, że przedmiotem zamówienia jest budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Ostrów Mazowiecka I etap. Wykonawca nie wykazał, w jaki sposób należy łączyć wycinki niepodpisanych specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z protokołami odbioru oraz wykazem robót. Zamawiający, zatem nie podzielił stanowiska wykonawcy jakoby z zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących innego postępowania przetargowego jednoznacznie wynikała technologia zastosowanych przydomowych oczyszczalni ścieków. Wykonawca wykazał wykonanie (montaż) ilościowy, ale nie potwierdził, że zamontowane przez niego oczyszczalnie oparte były na technologii osadu czynnego. W wyniku, czego należy stwierdzić, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zatem brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP wprost wskazuje, iż obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę. Wykonawca zobligowany jest przedłożyć dokumenty (w zakresie opisanym w SIWZ), w celu udowodnienia zamawiającemu, iż spełniając warunki udziału w postępowaniu daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Wykonawca pomimo wezwania do wyjaśnienia nie wykazał posiadania doświadczenia w wykonywaniu przydomowych oczyszczalni ścieków na bazie osadu czynnego, w wyniku czego podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut zasługuje na uznanie.

Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. Izba dokonując analizy materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, stwierdziła, że brak było podstaw prawnych uzasadniających wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenie oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 5 kwietnia 2012 r. (w części dotyczącej niespełnienia warunków udziału w postępowaniu). Izba stwierdziła, iż Zamawiający dokonując w sposób niewłaściwy interpretacji dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy doprowadził do niezgodnego z ustawą Pzp wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wzywa wykonawców, w którzy określonym terminie nie złożyli wymaganych

przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Należy przypomnieć, że czynność wykluczenia z postępowania może nastąpić jedynie po uprzednim obligatoryjnym wezwaniu Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, a dopiero niepotwierdzenie spełniania warunków po wezwaniu przez Zamawiającego uprawnia go do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Ponadto obowiązek wezwania do uzupełnienia spoczywa na Zamawiającym i obowiązkowi tego w żaden sposób nie można przerzucać na wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Izba podkreśla, że niezależnie czy wykonawca jest w stanie wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz czy posiada wymagane specyfikacją dokumenty wykonawca ma gwarantowaną prawem możliwość ich uzupełnienia, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, potwierdzić, spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bądź nie. Jednak Zamawiający nie jest zwolniony z zastosowania procedury wzywania do uzupełnienia, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dlatego też nawet jeśli z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów wynika, że wykonawca nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku, nie można arbitralnie wykluczyć, że wykonawca jest w posiadaniu innych niż przedłożonych wraz z ofertą dokumentów, które potwierdzają spełnienie postawionego warunku. Wykonawca może również potwierdzić spełnianie warunku innym, nieprzedstawionym wcześniej dokumentem. Taki zakres uzupełnienia został przewidziany w ustawie i nie powoduje naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Podkreślić przy tym należy, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp formułuje po stronie Zamawiającego bezwzględny obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia, a wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia



postępowania. Ponadto należy również jednoznacznie stwierdzić, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy nie tylko sytuacji nieprzedłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zatem interpretacja Zamawiającego, zawężająca obowiązek wezwania była nieprawidłowa, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i przyjęcie, że *„oświadczenie woli wykonawcy Odwołującego nie zawierało błędu, jednak biorąc pod uwagę wątpliwości Zamawiający wystąpił jedynie o wyjaśnienia jak również w zakresie braku daty i zastosowanej technologii”*.

Nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, że obowiązek określony w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega modyfikacji w zaistniałym stanie faktycznym. Powyższy przepis ma charakter ogólny oraz dotyczy wszystkich zaistniałych sytuacji, także takich które wskazywać mogą, na podstawie przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, że wykonawca nie spełnia postawionego warunku. Niezastosowanie przez Zamawiającego w niektórych wybranych przez sytuacjach procedury przewidzianej dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadzić może do dowolności w ocenie czy wykonawca de facto jest w stanie wykazać się spełnianiem warunków udziału i uzależnianie od tego możliwości stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadzić może w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji. (Podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2010 r., sygn. KIO 2505/10).

Mając powyższe na względzie Izba uznała, że w konsekwencji przyjęcia przez Zamawiającego błędnej interpretacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i niewzwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów (a jedynie wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) czynność wykluczenia z postępowania została dokonana niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zgodnie z siwz (ust. 3 pkt 10) Zamawiający dopuścił zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji projektowej pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w tej dokumentacji.

Zgodnie z Opisem Technicznym (EGZ. 1) pkt 8 *„Parametry techniczne POŚ i zalecenia montażowe”*: Dopuszcza się zastosowanie równoważnych technologii oczyszczania ścieków. Parametry równoważności należy wykazać na podstawie porównania założeń projektowych przedstawionych w dokumentacji projektowej odnoszących się do budowy, schematu działania, schematu technologicznego, parametrów pracy, parametrów

zużycia mediów oraz wszelkich innych możliwych do porównania elementów składowych przydomowych oczyszczalni ścieków.

Ponadto zamawiający udzielał również odpowiedzi na pytania wykonawców, m. in.:

Pytanie nr 3: Czy zamawiający dopuszcza urządzenia POŚ z materiałów innych niż PP typ H?

Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż nie dopuszcza urządzenia POŚ z materiałów innych niż PP typ H.

Pytanie nr 4: Czy Zamawiający dopuści urządzenia pracujące w innej równoważnej lub o wyższych parametrach technologii oraz wykonane są z innego materiału, które spełniają wszystkie wymogi normy PN-EN 12566-3+A1 potwierdzone badaniami wykonanymi przez notyfikowane laboratorium oraz spełniające wymagania ww. rozporządzenia?

Zamawiający udzielił odpowiedzi, że zależy mu na osiągnięciu jak najlepszego efektu ekologicznego, który ma zagwarantować norma PN-EN 12566-3+A1. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia musiał wybrać technologie wykonania. Nie mniej jednak umożliwia wykonawcom zaoferowanie innych rozwiązań równoważnych pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w dokumentacji (Ust. 3 pkt 10 SIWZ).

Zamawiający pismem z dnia 27 marca 2012 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień uwzględniając okoliczność, że wykonawca zobowiązany był do wykazania równoważności oferowanych urządzeń/robót i maszyn, które to nie mogą być gorsze niż opisane w siwz. Zatem zamawiający wezwał w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wykazanie równoważności oferowanych urządzeń/robót celem wykazania parametrów technicznych porównywalnych do opisanego przedmiotu zamówienia.

Wykonawca w odpowiedzi w piśmie z dnia 30 marca 2012 r. przedstawił w zestawieniu tabelarycznym porównanie najważniejszych parametrów w oczyszczalni opisanej przez Zamawiającego oraz oczyszczalni proponowanej przez Odwołującego.

I tak Odwołujący m. in. wskazał na następujące parametry: wydajność: BIOCLAR B 6 do 0,6 m<sup>3</sup>/d zaś M-BOŚ 6 do 0,6 m<sup>3</sup>/d; schemat technologiczny: odpowiednie komory – BIOCLAR, M-BOŚ – strefy.

Zamawiający w piśmie z dnia 5 kwietnia 2012 r. wskazał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, gdyż wykonawca nie wykazał równoważności oferowanych urządzeń a tym samym treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zaoferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że parametry równoważności należy wykazać na podstawie porównania założeń projektowych przedstawionych w dokumentacji projektowej odnoszących się do budowy, schematu działania, schematu technologicznego, parametrów pracy, parametrów zużycia mediów oraz wszelkich innych możliwych do porównania elementów składowych przydomowych oczyszczalni ścieków.

Ponadto deklaracja zgodności w punkcie opis i przeznaczenie wyrobu wskazywała, że materiał z jakiego produkowane są urządzenia typoszeregu M-BOŚ jest materiałem niezgodnym z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wymagał, zgodnie z zapisem w dokumentacji projektowej pkt. 8. - Parametry techniczne POŚ i zalecenia montażowe, ażeby urządzenia były wykonane z materiału PP (polipropylen), natomiast wykonawca zaproponował urządzenia wykonane z PE (polietylen). Dodatkowo jak twierdził Zamawiający - w odpowiedziach do zapytań wykonawców, - jednoznacznie określił, iż nie dopuszcza wykonania urządzeń przydomowych oczyszczalni ścieków z materiałów innych niż polipropylen. Zamawiający umożliwił wykonawcom zaoferowanie innych rozwiązań równoważnych pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w dokumentacji, z jednoczesnym wskazaniem, że wykazanie równoważności leży po stronie wykonawcy a wykonawca całkowicie pominął w uzupełnieniach i wyjaśnieniach fakt proponowanych urządzeń wykonanych z innego materiału niż wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem Zamawiający nie mógł znaleźć podstaw do uznania, że wykonawca, który wykazał spełnienie przez oferowany produkt cechy innej niż podana przez Zamawiającego, co do przyjętego rozwiązania w zakresie materiału z jakiego mają być wykonane podstawowe urządzenia, złożył ofertę równoważną.

Izba przychyliła się również do stanowiska Zamawiającego, że w złożonym wyjaśnieniu (tabelarycznym porównaniu oczyszczalni), wykonawca błędnie przyjął, że maksymalna wydajność projektowanej oczyszczalni ścieków TYP I B6 wynosi 0,6m<sup>3</sup>/d. Maksymalna wydajność projektowanego urządzenia TYP I B6 wynosi 0,9m<sup>3</sup>/dobę. Maksymalna wydajność zaproponowanego urządzenia równoważnego M-BOŚ6 (wg tabeli 0,6 m<sup>3</sup>/d); (projektowane 0,9 m<sup>3</sup>/d – „pkt 5 wymagane parametry ścieków oczyszczonych, podstawowe parametry wybranych oczyszczalni BIOCLAR)”.

Odwołujący na rozprawie przyznał, że w zestawieniu tabelarycznym pojawiła się omyłka i zamiast współczynnika 0,6 m<sup>3</sup>/d powinno znaleźć się 0,9 m<sup>3</sup>/d, przedstawiając jednocześnie „*Technologię oczyszczania ścieków w oczyszczalniach typoszeregu M-BOŚ*”.

Izba zauważyła, że równoważność oferowanych urządzeń należało wykazać na wezwanie Zamawiającego w terminie i zakresie ściśle przez niego zakreślonym. Odwołujący nie może zatem teraz na etapie postępowania odwoławczego powoływać się na „*Technologię oczyszczania ścieków w oczyszczalniach typoszeregu M-BOŚ*”, skoro powyższego dokumentu nie przedstawił Zamawiającemu w wyznaczonym terminie, wskazując jednocześnie zamiast współczynnika 0,9 m<sup>3</sup>/d współczynnik 0,6 m<sup>3</sup>/d. Wyjaśnienia Odwołującego, złożone w takim kształcie nie dawały Zamawiającemu innej możliwości jak tylko uznanie, że wykonawca nie wykazał równoważności oferowanych urządzeń.

Dodatkowo Izba wzięła pod rozwagę wyjaśnienia Zamawiającego, że przy projektowaniu przydomowych oczyszczalni ścieków TYP I B6 - projektant przeliczył i dobrał je dla równoważnej liczby mieszkańców {RLM} 6. Maksymalne ilości ścieków dopływające do zaprojektowanych oczyszczalni B6 dobrano na podstawie: ilość mieszkańców w gospodarstwie {6 osób} x ilość wyprodukowanych ścieków (150 l/osobę/dobę). Z rachunku matematycznego wynika wprost: 6 osób \* 150 litrów = 900 litrów/na dobę {ilość ścieków dopływających}, czyli 0,9 m<sup>3</sup>/dobę. W zaproponowanych urządzeniach typ M-BOŚ6 maksymalna możliwa ilość ścieków dopływających wynosi : 600 litrów/dobę {ilość ścieków dopływających}, czyli 0,6 m<sup>3</sup>/dobę. Różnica pomiędzy ilością ścieków zaprojektowanych i zaproponowanych wynosi: 0,9 - 0,6 = 0,3 m<sup>3</sup>/dobę, czyli 300 litrów na dobę. Przeliczeniowo zaprojektowane przydomowe oczyszczalnie ścieków Typ I B6 muszą być w stanie oczyścić miesięcznie 31 dni \* 900 litrów = 27 900 litrów / miesiąc. Proponowane przez wykonawcę urządzenia M-BOŚ6 oczyszczą maksymalnie w ciągu miesiąca: 31 dni \* 600 litrów = 18 600 litrów/miesiąc. Różnica pomiędzy projektowaną a proponowaną równoważną oczyszczalnią wynosi: 27 900 litrów / miesiąc- 18 600 litrów/miesiąc = 9300 litrów, czyli 9,3 m<sup>3</sup>/miesiąc. Zatem zaprojektowane przydomowe oczyszczalnie ścieków TYP I B6 muszą oczyścić w ciągu miesiąca 27,9 m<sup>3</sup> ścieków, zaś zaproponowane przez wykonawcę urządzenia oczyszczą w ciągu miesiąca tylko 18,6m<sup>3</sup> ścieków.

Wątpliwości może również budzić, zaproponowana technologia oczyszczania ścieków wewnątrz zbiornika oczyszczalni, wobec tabelarycznego porównania przez Odwołującego komory denitryfikacyjnej (rozwiązanie projektowane) ze strefą niedotlenioną denitryfikacji (rozwiązane podane przez Odwołującego w wyjaśnieniu) i jednoznacznym uznaniu przez Odwołującego, że są to rozwiązania równoważne.

Należy podzielić pogląd reprezentowany przez Zamawiającego, że 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. Nie oznacza to jednakże, iż poprzez dopuszczenie równoważności Zamawiający jest zobowiązany zrezygnować ze swoich oczekiwań co do cech, które mają dla niego istotne znaczenie. Zatem Odwołujący nie wykazał powyższego w wyniku czego jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zaoferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Wobec stwierdzenia przez Izbę, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa, zatem potwierdzenie się naruszenia art.

24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik tego postępowania, zatem odwołanie należało oddalić.

Wobec powyższego (jak również wobec cofnięcia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w tym także co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika oraz w kosztów dojazdu na rozprawę na podstawie § 3 pkt 2 a) i b) niniejszego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....