

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2012 roku przez wykonawcę ECOKUBE Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Wólczańskiej 128/134, 90-527 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kamionkę z siedzibą w Kamionce przy ulicy Lubartowskiej 1, 21-123 Kamionka

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża ECOKUBE Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Wólczańskiej 128/134, 90-527 Łódź i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ECOKUBE Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ulicy Wólczańskiej 128/134, 90-527 Łódź tytułem wpisu od odwołania;**

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Kamionka z siedzibą w Kamionce przy ulicy Lubartowskiej 1, 21-123 Kamionka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego „*Rozbudowa oczyszczalni ścieków w Kamionce*” zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 28 lutego 2012 roku pozycja 46483.

Pismem z 5 kwietnia 2012 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że do realizacji zamówienia wybrano ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Gutkowski Jan Gutkowski (lider) i Gutkowski Sp. z o.o.. Zamawiający jednocześnie powiadomił Odwołującego, iż jego oferta została odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) z uwagi na to, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) .

11 kwietnia 2012 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu, że w wyniku podjętej czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający w szczególności naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie czynności ponownego badania ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący pismem z dnia 5 kwietnia 2012 roku został powiadomiony o wyborze najkorzystniejszej oferty (Zamawiający wcześniejszym pismem z dnia 20 marca 2012 roku zawiadomił Odwołującego, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, następnie w dniu 29 marca 2012 roku faksem Zamawiający zawiadomił Odwołującego o powtórzeniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty). Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze

najkorzystniejszej oferty wskazał, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w zakresie regulacji zawartej w pkt 3.4. SIWZ, który brzmi: *Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych oraz częściowych.* W ocenie Odwołującego ten zarzut jest zupełnie bezpodstawny, bowiem regulacja SIWZ dotycząca ofert wariantowych oraz częściowych nie ma najmniejszego odniesienia do oferty Odwołującego. Odwołujący złożył ofertę jednoznaczną i spójną, jest ona z całą pewnością ofertą jedno wariantową. Oferta Odwołującego obejmuje cały przedmiot zamówienia, a nie jego część, nie jest zatem ofertą częściową. Wskazywanie przez Zamawiającego niezgodności treści oferty Odwołującego z postanowieniem pkt 3.4 SIWZ jest nieuprawnione. Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty napisał także, że dopuścił zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych tylko w tym przypadku, gdy w dokumentacji projektowej lub kosztorysach nakładczych są wskazane nazwy producentów. Zastrzegł również, aby ich zastosowanie nie wpłynęło na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych opisanych w dokumentacji projektowej i zawartych w pozwoleniu na budowę. Zamawiający napisał dodatkowo, że Odwołujący złożył ofertę zmieniającą technologię wykonania zamówienia. Zamawiający w dodatku do SIWZ nazwanym - *Równoważne urządzenia* zapisał, że: *Z uwagi na wskazanie w dokumentacji projektowej oraz kosztorysach nakładczych znaków towarowych oraz nazw producentów Zamawiający informuje, że dopuszcza składanie ofert w których poszczególne urządzenia bądź materiały wymienione w dokumentacji projektowej oraz kosztorysie nakładczym mogą być zastąpione urządzeniami bądź materiałami równoważnymi. Za urządzenia bądź materiały równoważne Zamawiający uzna te, które posiadają takie same parametry techniczne i jakościowe, a zastosowanie ich w żaden sposób nie wpłynie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz warunkach zawartych w pozwoleniu na budowę. W przypadku zaoferowania urządzeń bądź materiałów równoważnych, Wykonawca jest zobowiązany do załączenia do oferty wykazu wyspecyfikowanych wszystkich tych urządzeń wraz z podaniem nazwy producenta, dokładnego i jednoznacznego typu urządzenia oraz załączenia stosowanych dokumentów takich jak atest PZH, deklaracja zgodności producenta / aprobaty technicznej, karta katalogowa producenta zawierająca wszystkie parametry techniczno-eksploatacyjne ujęte w dokumentacji projektowej. W przypadku, gdy zamiana urządzeń spowoduje konieczność wykonania nowej dokumentacji projektowej zamienniej - Wykonawca zobowiązany będzie na własny koszt do jej wykonania oraz uzyskania wszelkich dokumentów niezbędnych dla realizacji Inwestycji w oparciu o tę dokumentację.* Innych niż powyższe postanowień dotyczących równoważności materiałów i urządzeń w SIWZ nie ma, zatem warunki

równoważności należy postrzegać wyłącznie przez pryzmat treści tego załącznika. Odwołujący zaoferował rozwiązanie równoważne w zakresie oczyszczalni ścieków proponując oczyszczalnię o innej technologii oczyszczania niż oczyszczalnia ujęta w projekcie. Odwołujący w związku z zaoferowaniem oczyszczalni innej niż w projekcie przewiduje potrzebę wykonania dokumentacji projektowej zamiennej, a jeżeli niezbędny zakres zmian dokumentacji projektowej wywoła obowiązek pozyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę lub pozyskania innych dokumentów, to także nie uchyla się od pozyskania tych dokumentów na własny koszt. Koszt ten Odwołujący przewidział w cenie swojej oferty. Odwołujący miał prawo zaoferować równoważną oczyszczalnię ścieków, którą jest oczyszczalnia BLOKUBE System 170 m³/d -2 x 85 m³/d, bowiem w dokumentacji projektowej w projekcie budowlanym w zakresie technologii na w tabelce stronie 4 dokumentu nazwanego „technologia_opis” oraz na stronie 18 tego dokumentu wskazany jest typ zaprojektowanej oczyszczalni ścieków, jest nią oczyszczalnia BIOVAC SBR 0260+0144-1(22)+1(44) produkowana przez autora dokumentacji projektowej w przedmiotowym postępowaniu spółkę Bionor Sp. z o.o. z Kielc. Zatem skoro Zamawiający wskazał w dokumentacji projektowej nazwę i typ zaprojektowanej oczyszczalni, to Odwołującemu przysługiwało prawo zaoferowania oczyszczalni równoważnej, zgodnie z treścią załącznika do SIWZ -Równoważne urządzenia. Zamawiający nie wskazał w SIWZ, że nie dopuszcza możliwości zaoferowania oczyszczalni, która pracowałaby w innej technologii niż oczyszczalnia zaprojektowana. Dla Odwołującego zrozumiałym było, że zachowanie tej samej technologii i takich samych parametrów technicznych oczyszczalni jest konieczne w sytuacji, gdy wykonawca pomimo zaoferowania oczyszczalni równoważnej nie zamierza wykonać dokumentacji projektowej zamiennej i pozyskać, w związku ze zmianą dokumentacji projektowej, ewentualnej decyzji o zmianie pozwolenia na budowę i ewentualnych innych niezbędnych dokumentów. W takiej sytuacji zaoferowana przez wykonawcę oczyszczalnia musi posiadać takie same parametry techniczne i jakościowe, a zastosowanie jej w żaden sposób nie może wpłynąć na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz warunkach zawartych w pozwoleniu na budowę. Zatem technologia oczyszczania takiej oczyszczalni równoważnej musi być tożsama z technologią oczyszczalni zaprojektowanej. Oczyszczalnia zaoferowana przez Odwołującego wypełnia wymagania równoważności określone przez Zamawiającego w załączniku do SIWZ - *Równoważne urządzenia*. Wypełni także w całości cel, dla którego jest budowana. Obsłuży zakładaną liczbę mieszkańców (RLM 1700), bowiem posiada wydajność tożsamą z wydajnością oczyszczalni zaprojektowanej (Q_{śr} = 170 m³/d) oraz wypełni wymagania Zamawiającego i wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 lipca 2006 r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy

wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego dotyczące efektu oczyszczania, w zakresie stopnia oczyszczania ścieków. Podstawowe dane techniczne oczyszczalni zaprojektowanej i zaoferowanej przez Odwołującego są takie same: RLM 1700; Q_{sr} = 170 m³/d; parametry ścieków oczyszczonych: BZT₅ = 40 g O₂/m³, ChZTCr = 150 g O₂/m³, zawiesina ogólna = 50 g/m³. Odwołujący zobowiązany jest odnieść się także do literalnego brzmienia zarzutu postawionego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, mianowicie: „Wykonawca złożył ofertę zmieniającą technologię wykonania zamówienia”. Odwołujący pozostaje w przekonaniu, że Zamawiający pisząc to stwierdzenie miał na myśli technologię pracy oczyszczalni, stąd powyższa argumentacja uzasadniająca prawo Odwołującego do zaoferowania równoważnej oczyszczalni ścieków. Żeby jednak nie pozostać w błędzie na wypadek, gdyby Zamawiającemu chodziło o technologię wykonania zamówienia w znaczeniu technologii wykonywania prac budowlanych, odniesie się także do literalnego znaczenia słów Zamawiającego. Z oferty Odwołującego nie można wprost wyczytać odmienności technologii wykonywania robót budowlanych w stosunku do określonych w dokumencie „technologia_opis” i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (STWiOR). Zamawiający pisząc powyższe stwierdzenie nie mógł oprzeć się na ofercie Odwołującego. Odwołujący roboty budowlane w znacznej mierze wykonywać będzie zgodnie z technologią opisaną w STWiOR. Odmienność technologii wykonywania robót wystąpi jedynie w zakresie realizacji samej oczyszczalni. Odmienność technologii wymuszają zmiany w projekcie technicznym w związku zaoferowaniem oczyszczalni równoważnej w stosunku do zaprojektowanej. Te zmiany nie mogą stanowić o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, gdyż będą zmianami naturalnymi i wynikającymi z treści SIWZ. Zamawiający odrzucając zgodną z SIWZ ofertę Odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu tylko dlatego, że możliwe było zaoferowanie oczyszczalni równoważnej pracującej w innej technologii oczyszczania niż oczyszczalnia opisana w projekcie. Gdyby nie było takiej możliwości, to Odwołujący nie składałby oferty. Jednak skoro już złożył ofertę, to chciałby przedmiotowe zamówienie pozyskać, w szczególności dlatego, że poniósł koszty finansowe i organizacyjne w związku z przygotowaniem i złożeniem oferty, a nadto Odwołujący zrezygnował ze składania ofert w innych przetargach pozostając w przekonaniu, że jego dobra oferta zawierająca najniższą cenę zostanie przez Zamawiającego wybrana. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z wnioskiem

Zamawiający 23 kwietnia 2012 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przesłał faksem Odpowiedź na odwołanie, 24 kwietnia 2012 roku przed posiedzeniem Zamawiający złożył Odpowiedź na odwołanie w oryginale. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający powołując się na regulację zamieszczoną w punkcie 3.4 SIWZ podniósł, że nie dopuszczał składania ofert wariantowych oraz częściowych. Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa istniejącej oczyszczalni ścieków tj. zwiększenie wydajności istniejącej oczyszczalni ścieków w technologii SBR do łącznej wydajności z częścią istniejącą $Q_{d\dot{s}r} = 170m^3/d$. Zamawiający wskazał, że zgodnie z dokumentacją przetargową oczyszczalnia ścieków po rozbudowie ma pracować również w technologii SBR tj. na bazie osadu czynnego realizowanego w reaktorach sekwencyjnych. Zamawiający podniósł, że Odwołujący w treści odwołania wskazał, że proponuje budowę nowej oczyszczalni ścieków w innej technologii, jednocześnie uważając, że budowa oczyszczalni ścieków w innej technologii stanowi równoważne urządzenie a tym samym daje możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych w zakresie oczyszczalni ścieków. Zamawiający odwołując się do art. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane wskazał, że oczyszczalnia ścieków stanowi budowlę rozumianą jako obiekt budowlany wraz z instalacjami i urządzeniami stanowiącymi całość techniczno-użytkową, dlatego pojęcie równoważności urządzeń należy rozumieć jak równoważność urządzeń stanowiących wyposażenie technologiczne, a nie jako możliwość zastosowania innej technologii oczyszczania ścieków. Zamawiający podniósł, że oferta Odwołującego obejmuje wykonanie oczyszczalni ścieków o wydajności $Q_{d\dot{s}r} = 170m^3/d$ w technologii BLOKUBE tj. technologii biologicznego złoża zanurzonego.

W technologii SBR, zgodnie z projektem, rozbudowa oczyszczalni ścieków zakłada pracę oczyszczalni ścieków w oparciu o część projektową tj. wykonanie dwóch reaktorów SBR o poj. $2 \times 60m^3$ w wersji naziemnej, oraz w oparciu o część istniejącą tj. jeden reaktor SBR istniejący o powierzchni $44m^3$ w wersji naziemnej i dwa zbiorniki stabilizacji tlenowej osadu STO. Budowa oczyszczalni ścieków w technologii BLOKUBE obejmuje wykonanie ciągu technologicznego składającego się z dwóch osadników wstępnych o poj. $2 \times 50m^3$ oraz czterech bioreaktorów Jupiter stanowiących dwa ciągi technologiczne o przepływie $Q_{\dot{s}r} = 2 \times 85m^3/d$ z systemem sterowania przepływem ścieków będącego przedmiotem zgłoszenia patentowego BLOKUBE. Zamawiający wskazał, że nie zachodzi równoważność urządzeń technologii BLOKUBE tj. dwóch podziemnych osadników wstępnych o poj. $2 \times 50m^3$ oraz czterech podziemnych bioreaktorów o pojemności nie podanej w ofercie w stosunku do dwóch nadziemnych reaktorów w technologii SBR o pojemności $V = 2 \times 60m^3$.

Zamawiający odniósł się do zaoferowanych w ofercie Odwołującego urządzeń równoważnych tj.: Zbiorniki SBR $V=60\text{m}^3$ – szt. 2 (poz. 84 kosztorysu ofertowego); Dmuchawa do napowietrzania SBR $Q_p=3\text{m}^3/\text{min}$, $p=600$ mbar, $N_s=5,5$ kW szt. 2 (poz. 86 kosztorysu ofertowego); Dmuchawa do napowietrzania reaktora Sto $Q_p=1,32\text{m}^3/\text{min}$, $p=600$ mbar, $N_s=3,0$ kW szt. 1 (poz. 87 kosztorysu ofertowego).

Zamawiający wskazał, że Odwołujący oferując budowę oczyszczalni ścieków w innej technologii złożył ofertę wariantową, której Zamawiający nie dopuszczał. Zamawiający wskazał, że nie można przyjąć równoważności pomiędzy urządzeniami i materiałami zaproponowanymi przez Odwołującego a urządzeniami i materiałami przyjętymi w projekcie. Zaproponowana technologia BLOKUBE różni się parametrami technicznymi oraz posiada inne cechy funkcjonalne.

Zamawiający odwołał się do orzecznictwa Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie rozumienia oferty wariantowej oraz równoważności ofert.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 kwietnia 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczo złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowód złożony przez Odwołującego na okoliczność wykazania, że wskazujący na nazwę i typ danej oczyszczalni ścieków w dokumentacji Zamawiający wskazał również producenta BIONOR Sp. z o.o. co powoduje, że możliwym było zaoferowanie równoważnego rozwiązania, czyli złożenie oferty równoważnej do podanego przez Zamawiającego typu oczyszczalni – wydruk ze strony internetowej oraz schemat technologiczny oczyszczalni ścieków SBR BIOVAC. Izba dopuściła dowody złożone przez Zamawiającego tj.: kserokopię decyzji nr 529/2011 oraz plan zagospodarowania terenu oczyszczalni ścieków według projektu zgodnego z decyzją i plan zagospodarowania terenu oczyszczalni znajdujący się w ofercie odwołującego na okoliczność wykazania, że oferta odwołującego wskazuje na inny sposób zagospodarowania terenu oczyszczalni i stanowi ofertę wariantową

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* – przez odrzucenie oferty Odwołującego. Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty na tej podstawie wskazując, że *Oferta nie odpowiada treści SIWZ (zapis w pkt 3.4 SIWZ – Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych oraz częściowych). Zamawiający dopuścił zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych tylko w tym przypadku, gdy w dokumentacji projektowej lub kosztorysach nakładczych są wskazane nazwy producentów. Zastrzegł również, że ich zastosowanie nie wpłynie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych opisanych w dokumentacji projektowej i zawartych w pozwoleniu na budowę. Wykonawca złożył ofertę zmieniającą technologię wykonania zamówienia.*

Izba ustaliła, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w punkcie 3 *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia* w podpunkcie 3.4 Zamawiający wskazał, że *nie dopuszcza możliwości składania ofert wariantowych oraz częściowych*. W dokumencie *Równoważne urządzenia* załączonym do SIWZ Zamawiający zawarł następujące uregulowanie:

Z uwagi na wskazanie w dokumentacji projektowej oraz kosztorysach nakładczych znaków towarowych oraz nazw producentów Zamawiający informuje, że dopuszcza składanie ofert w których poszczególne urządzenia bądź materiały wymienione w dokumentacji projektowej oraz kosztorysie nakładczym mogą być zastąpione urządzeniami bądź materiałami równoważnymi. Za urządzenia bądź materiały równoważne Zamawiający uzna te, które posiadają takie same parametry techniczne i jakościowe, a zastosowanie ich w żaden sposób nie wpłynie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz warunkach zawartych w pozwoleniu na budowę. W przypadku zaoferowania urządzeń bądź materiałów równoważnych, Wykonawca jest zobowiązany do załączenia do oferty wykazu wyspecyfikowanych wszystkich tych urządzeń wraz z podaniem nazwy producenta, dokładnego i jednoznacznego typu urządzenia oraz załączenia stosowanych dokumentów takich jak atest PZH, deklaracja zgodności producenta / aprobatę techniczną, karta katalogowa producenta zawierająca wszystkie parametry techniczno-eksploatacyjne ujęte w dokumentacji projektowej. W przypadku, gdy zamiana urządzeń spowoduje konieczność wykonania nowej dokumentacji projektowej zamiennej - Wykonawca zobowiązany będzie na własny koszt do jej wykonania oraz uzyskania wszelkich dokumentów niezbędnych dla realizacji Inwestycji w oparciu o tę dokumentację.

Powstały spór pomiędzy Stronami postępowania odwoławczego opiera się na rozstrzygnięciu tego, czy oferta Odwołującego stanowi ofertę wariantową czy też zaoferowane przez Odwołującego urządzenia są równoważnymi w stosunku do określonych przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy (definicja) przez ofertę wariantową należy rozumieć *ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego*. Zamawiający, zgodnie z art. 83 ust. 1 ustawy *może dopuścić możliwość złożenia oferty wariantowej, jeżeli cena nie jest jedynym kryterium wyboru*. Przez ofertę wariantową należy rozumieć możliwość zaoferowania w złożonej ofercie innego, niż określony w SIWZ, sposób wykonania zamówienia. Źródłem możliwości złożenia oferty wariantowej zawsze jest SIWZ, gdzie Zamawiający, w przypadku, gdy dopuszcza składanie

ofert wariantowych, zobowiązany jest zawrzeć szczegółowy opis sposobu przedstawienia tej oferty, czyli przynajmniej jej minimalne warunki, związane z alternatywnym sposobem wykonania przedmiotu zamówienia, co ma w konsekwencji bezpośredni wpływ na ocenę złożonych ofert.

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie rozbudowy oczyszczalni ścieków w Kamionce Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych (pkt 3.4 SIWZ), a jedynym kryterium oceny ofert ustalonym przez Zamawiającego była cena (pkt 14.1 SIWZ).

Izba podziela stanowisko Zamawiającego przedstawione w piśmie z 23 kwietnia 2012 roku *Odpowiedź na odwołanie* oraz na rozprawie wskazujące, że oczyszczalnia ścieków stanowi budowlę w rozumieniu ustawy Prawo budowlane (art. 3 pkt 3 (...) *budowli - należy przez to rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni wiatrowych, elektrowni jądrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową*) (Dz. U. z 2010 r. nr 243 poz. 1623) – tj. obiekt budowlany wraz z instalacjami i urządzeniami stanowiący całość techniczno użytkową. Definicja „budowli” zawarta w Prawie budowlanym stanowi połączenie definicji negatywnej (każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury) oraz przykładowego wyliczenia, w którym ustawodawca podaje *oczyszczalnie ścieków*.

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa istniejącej oczyszczalni ścieków, która to oczyszczalnia wykonana jest w technologii SBR, co nie było kwestionowane przez Odwołującego a wynika z regulacji SIWZ. Projekt budowlany zakłada, że istniejąca oczyszczalnia ścieków, która oczyszcza ok. ¼ docelowych ścieków będzie pracowała po rozbudowaniu, natomiast nowa część oczyszczalni, ta rozbudowywana, docelowo będzie oczyszczać ¾ z 170m³/d ścieków. Znajduje to odzwierciedlenie w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych gdzie na str. 8 czytamy *istniejąca oczyszczalnia ścieków w m. Kamionka została zrealizowana w technologii SBR. Aktualnie do oczyszczalni ścieków dopływają ścieki w ilości 40m³/d. (...) Istniejąca oczyszczalnia ścieków*

w miejscowości Kamionka, w technologii SBR zostanie rozbudowana do łącznej wydajności z częścią istniejącą Qdśr=170m³/d (tak samo Projekt Budowlany, część Technologia opis str.4).

Argumentacja Odwołującego, który powołał się na wskazany w dokumentacji technicznej na str. 146 i 160 typ oczyszczalni ścieków BIOVAC SBR 0260+0144-1(22)+1(44) a będący podstawą złożenia oferty równoważnej na wykonanie oczyszczalni ścieków nie jest zasadny. Należy mieć na uwadze, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa istniejącej już oczyszczalni ścieków wykonanej w technologii SBR, tym samym koniecznym jest odniesienie się do istniejącego przedmiotu oraz takie określenie przedmiotu zamówienia, które umożliwi rozbudowanie dotychczas istniejącej oczyszczalni ścieków. Odwołujący sam potwierdził, zarówno w ofercie, w treści złożonego odwołania oraz na rozprawie, że oferowane przez niego rozwiązanie stanowi inną technologię budowy oczyszczalni ścieków tj. technologię BLOKUBE (oczyszczalnia ścieków jaka istnieje u Zamawiającego i jaka ma być rozbudowana wykonana jest w technologii SBR). Zamawiający dopuścił składanie ofert, w których poszczególne urządzenia, które zostały wymienione w dokumentacji projektowej oraz kosztorysach nakładczych ze wskazaniem znaków towarowych oraz nazw producenta mogą być zastąpione urządzeniami równoważnymi. Zaznaczyć należy również, że Zamawiający złożył na rozprawie oświadczenie, że istniejące na rynku polskim (rynku europejskim) firmy proponujące budowę czy rozbudowę oczyszczalni ścieków w technologii SBR, tym samym BIONOR Sp. z o.o. nie jest jedynym podmiotem, który ma możliwość wykonania takiego zamówienia – fakt ten nie był kwestionowany przez Odwołującego. Nie była również kwestionowana możliwość złożenia oferty, w której można było zaoferować urządzenia równoważne do wskazanych w dokumentacji technicznej a pracujące w technologii SBR.

Na alternatywny (wariantowy) sposób zaoferowanego wykonania zamówienia przez Odwołującego wskazuje fakt, że Odwołujący złożył ofertę na wykonanie praktycznie nowej oczyszczalni ścieków w technologii BLOKUBE, która przewiduje oczyszczanie 170m³/d ścieków. W oparciu o dokumentację techniczną Zamawiającego rozbudowa istniejącej oczyszczalni ścieków w technologii SBR wiąże się z dobudową dwóch reaktorów znajdujących się na powierzchni oraz dobudową hali reaktorów, natomiast w złożonej przez Odwołującego ofercie wymagane jest wybudowanie dwóch osadników wstępnych oraz czterech bioreaktorów, które wszystkie sześć elementów będą umieszczone pod ziemią. Odzwierciedla to plan zagospodarowania terenu oczyszczalni ścieków według projektu

zgodnego z decyzją nr 529/2011 oraz plan zagospodarowania terenu oczyszczalni znajdujący się w ofercie Odwołującego.

W ocenie Izby, powołanie się Odwołującego na zawartą w dokumencie *Równoważne urządzenia* treść: *W przypadku, gdy zamiana urządzeń spowoduje konieczność wykonania nowej dokumentacji projektowej zamiennnej - Wykonawca zobowiązany będzie na własny koszt do jej wykonania oraz uzyskania wszelkich dokumentów niezbędnych dla realizacji Inwestycji w oparciu o tę dokumentację* nie wskazuje na uprawnienie Odwołującego do zaoferowania oczyszczalni ścieków stanowiącej odmienne (wariantowe) rozwiązanie. Nie można zgodzić się również z argumentacją Odwołującego jakoby oferta wariantowa zawierała dwa, co najmniej dwa rozwiązania. Jak już wcześniej wskazano oferta wariantowa to oferta zawierająca inne rozwiązanie niż to opisane przez Zamawiającego, jednakże tylko jedno, ponieważ w innym przypadku i taka oferta wariantowa podlegałaby odrzuceniu. Odwołujący w złożonym odwołaniu sam wskazał, że *Odwołujący złożył ofertę jednoznaczną i spójną, jest ona z całą pewnością ofertą jedno wariantową*. Należy zgodzić się z tym twierdzeniem Odwołującego, bowiem oferta jaką złożył zakłada wykonanie praktycznie nowej oczyszczalni ścieków w innej niż określona przez Zamawiającego technologii bez uwzględnienia dotychczasowo funkcjonującej oczyszczalni ścieków jest ofertą jednowariantową, ale jednocześnie stanowi ofertę wariantową w stosunku do wymagań Zamawiającego, a więc ofertę jakiej Zamawiający nie dopuszczał. Nie sposób również zgodzić się z argumentacją Odwołującego wskazującą na brak określenia przez Zamawiającego technologii w jakiej ma pracować rozbudowana oczyszczalnia ścieków, zgodnie z Projektem Budowlanym, część Technologia opis str. 9 został wskazany typ oczyszczalni ścieków po rozbudowie wskazujący jednoznacznie na technologię (SBR) w jakiej ma być dokonana rozbudowa (*typ oczyszczalni ścieków po rozbudowie SBR 0260+0144-1(22)+1(44)*).

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby czynność oceny oferty Odwołującego była prawidłowa, a niezgodność treści oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia została wykazana należycie co prowadzi do wniosku, że Zamawiający prawidłowo zastosował art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których

wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu na regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Odwołujący wywodząc skutki prawne z faktu, iż złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu z postępowania, powinien był wykazać, udowodnić, że zaoferowany sposób rozbudowy oczyszczalni ścieków w Kamionce oparty jest na urządzeniach równoważnych a nie stanowi oferty wariantowej i tak: po pierwsze powinien wykazać, iż zaoferowany sposób realizacji polega na rozbudowaniu oczyszczalni ścieków do łącznej wydajności z częścią istniejącą Qdśr=170m³/d (gdzie wydajność istniejącej części oczyszczalni ścieków wynosi 40m³/d); po drugie powinien był wykazać, że zaoferowane urządzenia stanowią rozwiązania równoważne tj. posiadają takie same parametry techniczne i jakościowe, a zastosowanie ich w żaden sposób nie wpłynie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz warunkach zawartych w pozwoleniu na budowę (zgodnie z SIWZ). Odwołujący nie wykazał na rozprawie, że będzie rozbudowywał istniejącą oczyszczalnię ścieków, nie wykazał również równoważności zaoferowanych urządzeń utrzymując, iż równoważnym rozwiązaniem jest zaoferowanie budowy oczyszczalni ścieków w innej technologii niż istniejąca, mająca zostać rozbudowana oczyszczalnia ścieków. Odwołujący nie wykazał, że złożona przez niego oferta jest równoważna czyli taka, *która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry* (wyrok KIO z dnia z dnia 16 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1400/08).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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:
