

Sygn. akt: KIO 252/15

WYROK
z dnia 18 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2015 r. przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o.** z siedzibą w Toruniu przy ul. Płaskiej 4-10 (87-100 Toruń)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o.** z siedzibą w Tychach przy ul. Kubicy 6 (43-100 Tychy)

przy udziale

wykonawcy **Instalmed Sp. z o.o.** z siedzibą w Tychach przy ul. Targiela 8 (43-100 Tychy) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu przy ul. Płaskiej 4-10 (87-100 Toruń) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu przy ul. Płaskiej 4-10 (87-100 Toruń), tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Odwołującego Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu przy ul. Płaskiej 4-10 (87-100 Toruń) na rzecz Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach przy ul. Kubicy 6

(43-100 Tychy) kwotę **3.953 zł 70 gr.** (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięćdziesiąt trzy złotych siedemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach w trybie przetargu nieograniczonego na *modernizację systemu ciepłowniczego miasta Tychy celem poprawy efektywności dystrybucji ciepła*, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2014/S 245-432795 w dniu 19 grudnia 2014 r., wobec czynności oceny ofert zakończonej wyborem oferty najkorzystniejszej na część I zamówienia, zostało wniesione w dniu 9 lutego 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (sygn. akt KIO 252/15).

Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 30.01.2015 r. w zawiadomieniu przekazanym faksem.

W dniu 11.02.2015 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wniesieniu odwołania.

W dniu 13.02.2015 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Instalmedia Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach przy ul. Targowej 8, 43-100 Tychy.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na naruszającym przepisy ustawy wyborze oferty najkorzystniejszej w części 1 przedmiotu zamówienia złożonej przez Instalmedia Sp. z o.o., pomimo zaistnienia podstawy do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał na niezgodność zaofiarowanego przedmiotu zamówienia z treścią siwz w zakresie kompletnego systemu preizolowanego.

Odwołujący wniósł o uznanie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w części 1 zamówienia unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne przeprowadzenie badania i oceny oferty Instalmedia Sp. z o.o., odrzucenie oferty Instalmedia Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu podstawy zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Odwołujący przywołał zapis siwz, w którym Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne do opisanych przez wskazanie znaku towarowego, patentu czy pochodzenia w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający dopuścił rozwiązania o parametrach technicznych, eksploatacyjnych i użytkowych nie gorszych niż te podane pod pojęciem typu (zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp) – pkt III.13 siwz. Jednocześnie w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych co części 1 przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał na system rur preizolowanych firmy ISOPLUS. W ocenie Odwołującego takie odesłanie wskazuje jednoznacznie na parametry techniczne i jakościowe, które muszą być spełnione

dla wykazania równoważności oferowanych rozwiązań, np. w zakresie dopuszczalnych maksymalnych naprężeń osiowych, współczynnika przewodności cieplnej, izolacyjności rurociągu wyposażenia w przewody sygnalizacji alarmowej służącej do wykrywania i lokalizacji zawilgoceń. Ponadto zgodnie ze specyfikacją wykonania i odbioru robót, wszystkie materiały użyte do budowy sieci cieplnej powinny posiadać znak „B” lub „CE” oraz powinna być wystawiona na nie deklaracja zgodności. Zamawiający dopuścił materiały innych producentów o parametrach technicznych nie gorszych niż parametry materiałów ujętych w projekcie, odpowiadać Polskim Normom i Warunkom Technicznym Wykonania i Odbioru Robót oraz być dopuszczone do obrotu w budownictwie.

Zaoferowany kompletny system preizolowany wykonany został w innej technologii producenta ZPU Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o., a wykonawca jedynie w drodze oświadczenia własnego potwierdził zgodność systemu z wymogami określonymi w dokumentacji technicznej oraz siwz (formularz oferty).

Zgodnie z art. 29 ust. 5 ustawy na wykonawcy spoczywał ciężar wykazania Zamawiającemu równoważność zaoferowanego systemu. Już na tej podstawie Zamawiający nie może uznać, że wskazany system spełnia wymagania opisane w siwz.

Ponadto, Instalmedia Sp. z o.o. nie może wykazać równoważności systemu, który nie spełnia parametrów technicznych, które byłyby co najmniej takie same jak firmy Isoplus Sp. z o.o. Dotyczy to dopuszczalnych naprężeń osiowych – 190 N/mm², które dla technologii ZPUM wynosi 150MPa (według katalogu rur preizolowanych wodnych ciepłowniczych), posiadania bariery anty dyfuzyjnej, współczynnika przewodności cieplnej dla rur conti z barierą anty dyfuzyjną $\lambda_{50+0.024} \text{ W/mK}$ (według katalogu ZPU współczynnik wynosi $\lambda_{50+0.029} \text{ W/mK}$), czy też izolacyjności rurociągu min. 20MOM dla nowych elementów mierzonej za pomocą napięcia stałego 500V (dla technologii ZPUM podano w katalogu wartość dla zmontowanego systemu 20Kom).

Jednocześnie brak wykazania równoważności zaoferowanego rozwiązania nie może być uznany za inną omyłkę podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania i rozpoznała je na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu

zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie wyniku oceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza na część 1 zamówienia, w której Odwołujący również złożył ofertę. Uwzględnienie odwołania prowadziłoby do odrzucenia oferty Instalmedia Sp. z o.o. W konsekwencji powtórzonych czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego, jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozstrzyganiu w przedmiocie podniesionych zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 5 ustawy.

Zasadniczo spór pomiędzy stronami wynikał z odmiennej oceny zaoferowanego rozwiązania jako równoważnego w stosunku do systemu Isoplus, przyjętego w dokumentacji projektowej jako podstawa opisu przedmiotu zamówienia. Stanowisko Odwołującego można sprowadzić do założenia, iż za system równoważny można jedynie uznać system Isoplus bądź inny spełniający wszystkie jego parametry. Zamawiający natomiast utrzymywał iż w postępowaniu dopuścił wszystkie istniejące na rynku systemy, a wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia na Isoplus wynikało z doboru materiałów przez projektanta.

Punktem wyjścia dla rozstrzygnięcia było zatem ustalenie zasad - parametrów, według których wykonawcy mieli w ofercie wykazać równoważność zaoferowanych rozwiązań. Ustalenia te zasadniczo wynikały z przywołanych w treści odwołania postanowień pkt 13 str. 7 siwz, w którym Zamawiający wskazał, że opisane rozwiązanie dokumentacji przetargowej stanowi przykładowe rozwiązanie i dopuszcza się składanie ofert równoważnych o parametrach technicznych eksploatacyjnych i użytkowych nie gorsze niż te podane pod pojęciem typu. Według Odwołującego pojęcie „typu” oznacza typ rury preizolowanych producenta Isoplus. Dla zachowania zgodności z typem projektowanego rozwiązania konieczne było zatem zachowanie poszczególnych parametrów spełniających wymagania Zamawiającego, co oznaczać ma konieczność zastosowania rur typu conti z barierą antydyfuzyjną. Zamawiający odmiennie rozumiał odwołanie do „typu”, a zgodność z typem oceniał przez pryzmat opisu zawartego w dokumentacji projektowej pkt 2.2 *rurociągi*, w którym wskazał na zaprojektowanie sieci w technologii rur stalowych preizolowanych w izolacji pogrubionej układanych pojedynczo oraz podwójnych wyposażonych w system sygnalizacji alarmowej, spełniających normy i dopuszczonych do budownictwa. Jednocześnie Zamawiający zaprzeczył, jakoby wymagał w tym postępowania zaoferowania

rury z barierą antydyfuzyjną określoną dla metody conti, których nie zaferował również sam Odwołujący. Zamawiający nie wymagał przedłożenia dokumentów dotyczących rozwiązań równoważnych żądał jedynie oświadczenia własnego wykonawcy o zgodności rozwiązania z wymaganiami Zamawiającego.

Z przedłożonej na rozprawie aprobaty technicznej Isoplus ITB AT-15-8636/2011 wynikają dwie metody wykonania izolacji cieplnej, tj. metoda tradycyjna oraz metoda „conti” – pkt 1.2 Preizolowane rury i kształtki. W pkt 3.2.4 aprobaty w tabeli właściwości technicznych i użytkowych preizolowanych rur wskazane zostały współczynniki przewodzenia ciepła oddzielnie dla metody tradycyjnej ($\leq 0,029$) oraz metody „conti” ($\leq 0,024$).

Przystępujący przedłożył oświadczenie producenta ZPU Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o., w którym potwierdził zgodność produktu z normą PN-EN 13941 (dla maksymalnych dopuszczalnych naprężeń osiowych), PN-EN 253 (dla płaszcza osłonowego, przewodności cieplnej), potwierdzając spełnienie parametrów kwestionowanych przez Odwołującego.

W świetle dokonanych ustaleń Izba oddaliła odwołanie uznając, iż rozwiązanie ZPU Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. jest zgodne z siwz jako rozwiązanie równoważne w stosunku do opisanego w siwz.

Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający w siwz nie wskazał konkretnych parametrów, według których miał oceniać równoważność zaferowanych systemów rur stalowych preizolowanych, w tym przywoływanych w odwołaniu współczynnika przewodzenia ciepła, czy też izolacyjności rurociągu. Nie budziło to wątpliwości w związku z przywoływanymi zapisami siwz oraz zgodnymi w tym zakresie stanowiskami stron. Sam Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający nie opisał równoważności przerzucając na wykonawców ciężar oceny jej spełnienia. Również Zamawiający stał na stanowisku, iż dopuszczał wszystkie dostępne na rynku systemy i nie wprowadzał, żadnych ograniczeń. Powyższe prowadziło do wniosku, iż ocena równoważności nie mogła być prowadzona w odniesieniu do konkretnych parametrów rozwiązania Isoplus, a jedynie w odniesieniu do ogólnych wytycznych dotyczących zamawianego systemu wskazanych w dokumentacji projektowej. Zgodnie z nimi Zamawiający oczekiwał zaferowania systemu rur stalowych preizolowanych w izolacji pogrubionej układanych pojedynczo oraz dualnie wyposażonych w system sygnalizacji alarmowe, spełniających normy i dopuszczonych do stosowania w budownictwie. Przy takim kształcie zapisów specyfikacji wykonawcy nie mieli obowiązku wykazania w sposób szczególny równoważności zaferowanych materiałów, a wystarczającym dla ich oceny jako zgodnych z siwz było złożenie oświadczenia dotyczącego konkretnego systemu rur stalowych preizolowanych. Stosowne oświadczenie znajduje się na str 6 oferty pkt 2 oferty Instalmed. Również Odwołujący nie wskazał na konkretny zapis siwz, z którego wynikać

miałaby podstawa do oceny równoważności pod kątem zgodności z określonymi parametrami. W świetle powyższego nie mogła odnieść skutku argumentacja Odwołującego, w której wskazywał na potrzebę zweryfikowania zgodności oferowanych systemów z systemem Isoplus. Prowadziłoby to bowiem do zmiany ustalonych i wiążących w postępowaniu zasad badania ofert, a ponadto czyniłoby iluzorycznym dopuszczenie rozwiązań równoważnych, skoro koniecznym byłoby spełnienie wszystkich, również właściwych tylko jednemu rozwiązaniu, parametrów i rozwiązań technicznych. Stanowisko składu orzekającego wpisuje się w ukształtowaną linię wykładni przepisu art. 29 ust. 2 ustawy i podkreślaną w orzecznictwie potrzebę dookreślenia przez Zamawiającego warunków równoważności, których brak uniemożliwia negatywną weryfikację ofert. Stanowisko takie wyrażone zostało między innymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.12.2014 r., sygn. akt KIO 2519/14, w którym wskazano, w sytuacji braku dookreślenia granic równoważności, na potrzebę wykazania w celu odrzucenia oferty, że zaoferowane rozwiązanie nie jest ekwiwalentne zamawianemu w zakresie możliwości zaspokojenia usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego. Sytuacja taka wystąpiła w niniejszym postępowaniu, a Zamawiający prawidłowo nie oceniał zaoferowanych rozwiązań, jako zgodnych z systemem Isoplus, natomiast badał je pod kątem spełnienia generalnych założeń dla systemu rur stalowych preizolowanych. Nie było podstaw do żądania oceny systemu równoważnego, jako odpowiadającej metodzie „conti” właściwej dla systemu Isoplus i nie wymaganej w tym postępowaniu. Odnośnie pozostałych parametrów do których odnosił się Odwołujący, niezależnie od przedstawionej powyżej argumentacji Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby rozwiązanie równoważne nie spełniało co najmniej parametrów właściwych dla systemu Isoplus. Przeciwno tym twierdzeniom złożone zostały aprobaty techniczne oraz oświadczenie producenta, z których wynika, że oferta Przystępującego wykonawcy Instalmedia Sp. z o.o. jest zgodna z siwz i nie podlega odrzuceniu.

W konsekwencji bezzasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Izba utrzymała wynik postępowania, w którym jako najkorzystniejszą na część 1 zamówienia wskazana została oferta Instalmedia Sp. z o.o.

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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty dojazdu pełnomocników na rozprawę i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: