

WYROK

z dnia 3 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2019 r. przez wykonawcę Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Krucza 10, 22-400 Zamość,

przy udziale wykonawców:

1. ENERIS Woda Sp. z o.o., ul. Koszykowa 65, 00-667 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
2. Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zamieszczenie niespójnych postanowień siwz, w związku z wycofaniem tego zarzutu przez odwołującego,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. zasądza od wykonawcy Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków, na rzecz zamawiającego Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Krucza 10, 22-400 Zamość, kwotę 4.013 zł 72 gr (słownie: cztery tysiące trzysta trzy grosze), tytułem zwrotu kosztów

wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 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 Zamościu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1100/19

UZASADNIENIE

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Krucza 10, 22-400 Zamość, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Modernizacja gospodarki wodno-ściekowej w aglomeracji Zamość” (nr ref. ZZ/053/2019). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2019 r., nr 106-257822. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) została opublikowana na stronie internetowej w dniu 4 czerwca 2019 r.

W dniu 14 czerwca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków (dalej: „odwołujący”), w którym zarzucił on zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez sporządzenie Programu Funkcjonalno-Użytkowego w sposób eliminujący konkurencję, powodujący że wymagania w zakresie:

- a) instalacji hydrolizy,
- b) instalacji usuwania fosforu
- c) instalacji deamonifikacji,
- d) instalacji grawimetrycznej

mogą zostać (dla każdego przypadku) spełnione wyłącznie przez jeden konkretny podmiot (przy czym wszystkie te podmioty mają na terytorium Polski jednego dystrybutora),

2. art. 30 ust. 4 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia kryteriów równoważności dla materiałów równoważnych,

3. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie w dokumentacji postępowania niespójnych i wzajemnie sprzecznych zapisów, tj.:

- określenie terminu na opracowanie dokumentacji projektowej - 10 m-cy wg SIWZ/IDW; 6 m-cy wg Umowy i Załącznika nr 1 Formularz oferty,
- określenie terminu realizacji zakresu rzeczowego inwestycji — nie później niż do dnia 30.11.2022 r. wg SIWZ/IDW; - dnia 30.11.2021 r. wg Umowy i Zał. 1 Formularz oferty,
- ilości wymaganych referencji dla instalacji hydrolizy (wg wykazu kluczowych urządzeń - 2, wg PFU - 3),
- ilości wymaganych referencji dla instalacji deamonifikacji (wg wykazu kluczowych

urządzeń - 2, wg PFU — 3),

4. art. 484 kc, art. 353¹ kc w zw. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie kar umownych w klauzuli 8.7 jako kary za opóźnienie, a nie za zwłokę.

Odwołujący podniósł w szczególności, co następuje.

„1. W zakresie kluczowych instalacji, tj. instalacji hydrolizy, instalacji usuwania fosforu, instalacji deamonifikacji, instalacji grawimetrycznej Zamawiający sporządził opis tych instalacji w sposób jednoznacznie wskazujący na instalacje firmy CNP- Tec: . Dystrybutorem wszystkich technologii na Polskę jest firma WaWatech sp z o.o. lub firmy z nią powiązane kapitałowo i osobowo jak np. firma Stalbudom sp. z o.o. Tym samym Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję. (...)

a) W zakresie instalacji hydrolizy - opisane przez Zamawiającego parametry jednoznacznie wskazują na instalację hydrolizy chemicznej cieplnej PONDUS () na co wskazuje m.in.: podanie konkretnych parametrów.

Odwołujący wskazuje, że takie opisanie instalacji hydrolizy wyklucza zastosowanie technologii innych wiodących producentów, jak np.:

- Cambi - ze względu na proces prowadzony przy wyższym ciśnieniu i temperaturze,
- Veolia — ze względu na proces prowadzony przy wyższym ciśnieniu i temperaturze,
- Sustec - ze względu na proces prowadzony przy wyższym ciśnieniu i temperaturze,
- Haarslev - ze względu na proces prowadzony przy wyższym ciśnieniu i temperaturze,
- DMT ET - ze względu na to, że proces jest prowadzony w sposób ciągły.

b) w zakresie instalacji usuwania fosforu - opisane przez Zamawiającego parametry jednoznacznie wskazują na instalację AirPrex () na co wskazuje m.in.: podanie konkretnych parametrów. Odwołujący wskazuje, że takie opisanie instalacji usuwania fosforu wyklucza zastosowanie technologii innych wiodących producentów, jak np.:

- Ostara — ze względu na odzyskiwanie fosforu z cieczy osadowej,
- Veolia - ze względu na odzyskiwanie fosforu z osadów przefermentowanych,
- NuResys - ze względu na wymaganie procesu jednoreaktorowego, czasu przetrzymania.

c) analogiczna sytuacja ma miejsce w zakresie instalacji deamonifikacji - Zamawiający również dokonał opisu wymagań przy użyciu konkretnych i jednoznacznych parametrów (bez przedziałów ani tolerancji) - który wskazuje na system DEMON, którego dystrybutorem również jest firma Wawatech - co uniemożliwia jakąkolwiek konkurencję w tym zakresie.

d) w zakresie instalacji grawimetrycznej - Odwołujący wskazuje, że jedynym podmiotem w Polsce dysponującym referencjami w tym zakresie jest firma Wawatech - stąd jedynym możliwym rozwiązaniem w celu dopuszczenia uczciwej konkurencji w tym zakresie jest usunięcie tej instalacji z listy instalacji kluczowych.

2. W zakresie kryteriów równoważności — Zamawiający w SWZ zawarł stwierdzenie „Wykonawca, który zastosuje rozwiązania równoważne do projektowanych jest obowiązany podczas realizacji zamówienia uzyskać akceptację Inżyniera Kontraktu (...)” - co w połączeniu z okolicznością braku jakichkolwiek kryteriów równoważności powoduje, że

Inżynier Kontraktu ma całkowitą dowolność kreowania warunków realizacji zamówienia, gdyż jego samodzielną decyzją pozostaje uznanie danych rozwiązań za równoważne bądź nie. Taka sytuacja jest niedopuszczalna, gdyż prowadzi do kształtowania obowiązków Wykonawcy przez podmiot trzeci i to w trakcie realizacji umowy. Powyższa sytuacja jest nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami PZP.

3. W zakresie zarzutów niespójności. Odwołujący w ramach zarzutu nr 3 wskazał istotne rozbieżności w dokumentacji postępowania. Zamawiający jest zobowiązany do sporządzenia dokumentacji w sposób jednoznaczny (art. 29 ust. 1 PZP), niejednoznaczności w tak istotnych kwestiach jak terminy realizacji zamówienia bądź jego istotnej części czy liczby wymaganych referencji mają kluczowe znaczenie dla treści składanej oferty. Tym samym żądanie ujednolicenia dokumentacji w tym zakresie jest w pełni zasadne.

4. W zakresie kar umownych — Zamawiający określił je jako kary za opóźnienie, co

powoduje odpowiedzialność wykonawcy za okoliczność faktyczną. Odwołujący zwraca uwagę, że zamówienie realizowane będzie w formule „zaprojektuj i zbuduj”, co powoduje że na termin realizacji znaczny wpływ mają inne niż Wykonawca podmioty — w tym podmioty nie będące stronami umowy - jak Inżynier Kontraktu, czy organy publiczne (wydające m.in. pozwolenie na budowę, uzgodnienia itp. ...) co powoduje, że może dojść do opóźnień, na które w żaden sposób nie mają wpływu działania czy zaniechania Wykonawcy. Zamawiający w ramach postępowania publicznego jest autorem umowy i przy jej konstruowaniu winien brać pod uwagę konieczność zapewnienia ekwiwalentności świadczeń i ryzyk. KIO w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 r. KIO 980/18, KIO 983/18 stanęła na stanowisku, że określenie zbyt wysokich kar umownych jest naruszeniem przepisów PZP — analogicznie należy przyjąć, że nakładanie na Wykonawcę kar w żaden sposób nie powiązanych z jego działaniami czy zaniechaniami nie realizuje wymogów zapewnienia ekwiwalentności świadczeń i ryzyk. Zmiana zapisów zgodnie z żądaniami Odwołującego w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego i czyni Wykonawcę w pełni odpowiedzialnym za swoje działania i zaniechania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz w zakresie:

- 1) instalacji hydrolizy, instalacji usuwania fosforu, instalacji deamonifikacji (odwołujący nie wskazał konkretnych żądanych przez siebie zmian, lecz opisał oczekiwane postanowienia PFU łącznie na 19 stronach odwołania),
 - 2) instalacji grawimetrycznej poprzez usunięcie jej z listy instalacji kluczowych ze względu na fakt, że referencje potwierdzające jej zastosowanie posiada jeden podmiot w Polsce, ewentualnie pozostawienie jedynie zapisów określających oczekiwane efekty jej pracy,
 - 3) wprowadzenia kryteriów, których spełnienie dla materiałów równoważnych będzie zobowiązywało Inżyniera Kontraktu do akceptacji materiałów równoważnych,
- 4) ujednolicenia wymagań zawartych w dokumentacji poprzez spójne:
- określenie terminu na opracowanie dokumentacji projektowej na 10 m-cy zarówno wg SIWZ/IDW, jak i wg Umowy i Załącznika nr 1 - Formularz oferty,
 - określenie terminu realizacji zakresu rzeczowego inwestycji - nie później niż do dnia 30.11.2022 r. zarówno wg SIWZ/IDW, jak i wg Umowy i Załącznika nr 1 - Formularz oferty,
 - określenie ilości wymaganych referencji dla instalacji hydrolizy jako 2 zarówno wg wykazu kluczowych urządzeń, jak i wg PFU,
 - ilości wymaganych referencji dla instalacji deamonifikacji jako 2 zarówno wg wykazu kluczowych urządzeń, jak i wg PFU,
- 5) określenia kar umownych (w klauzuli 8.7) jako kary za zwłokę w miejsce kar za opóźnienie.

Pismami z dnia 19 czerwca 2019 r. wykonawcy:

- 1) ENERIS Woda Sp. z o.o., ul. Koszykowa 65, 00-667 Warszawa,
- 2) Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów,

zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 28 czerwca 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł w szczególności, że:

„Przedstawiony w odwołaniu zarzut w stosunku do sposobu sporządzenia PFU jest w ocenie Zamawiającego całkowicie bezzasadny. Ujęte w opisie technologie nie ograniczają w żaden sposób konkurencyjności, a jedynie są wynikiem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego posiadania technologii najwyższej jakości. (...)”

a) Instalacja hydrolizy:

(...) Według Zamawiającego zmiana zapisów w PFU na proponowane w odwołaniu pociąga za sobą:

- konieczność wybudowania dodatkowej instalacji odwadniania wstępnego osadów ściekowych kierowanych do hydroliz,
- konieczność budowy dodatkowej instalacji wytwarzającej medium o wysokich parametrach termicznych,
- zapewnienie stałego dozoru UDT dla urządzeń wysokociśnieniowych,
- zmodernizowanie istniejących komór wkfz i wyposażenia ich w nowocześniejszy układ mieszania.

Realizacja instalacji hydrolizy w konwencji zaproponowanej w PFU daje możliwość osiągnięcia zakładanych efektów przy zapewnieniu kosztów eksploatacji na niższym poziomie. Założenia instalacji wskazane w PFU zapewniają także możliwość współpracy nowych technologii z pozostałymi instalacjami Oczyszczalni Ścieków bez ich modernizacji. Uzasadnioną potrzebą Zamawiającego jest zmniejszenie kosztów eksploatacji, a także połączenie istniejącej infrastruktury z instalacjami będącymi przedmiotem zamówienia.

b) Instalacja usuwania fosforu:

(...) Modyfikacja zapisów PFU, zgodnie z proponowaną odwołaniu, daje możliwość wykonawcy budowy instalacji opartych również na technologii:

- usuwanie fosforu z odcieków po procesie odwadniania.

W ocenie Zamawiającego zmiana zapisów w PFU na proponowane w odwołaniu, pozwala na dopuszczenie technologii, która nie gwarantuje uzyskania efektów gwarantowanych przez instalację usuwania fosforu z osadów. Powyższe oznacza, iż nowa instalacja zabudowana w technologii odzysku fosforu z odcieków nie będzie poprawiała jakości pracy żadnej z dotychczas eksploatowanych instalacji, zarówno w zakresie ich skuteczności jak również — w szczególności w zakresie wpływu instalacji na degradację środowiska naturalnego. Tym samym instalacja taka nie odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego związanym z zapewnieniem długotrwałego i bezawaryjnego funkcjonowania Oczyszczalni Ścieków.

c) Instalacja deamonifikacji

(...) Modyfikacja zapisów PFU, zgodnie z proponowaną w odwołaniu, daje możliwość wykonawcy budowy również instalacji opartych na technologii z nośnikami biomasy co wymusza:

- konieczność kontroli odpływu z instalacji pod kątem zawartości nośników,
- dodatkowe koszty związane z pozyskaniem nośników,
- utrudniona kontrola nad stężeniem osadu z powodu elementów pośredniczących nośników,
- pośredni i utrudniony wpływ na separacje niepożądanych bakterii II fazy nityfikacji, zwłaszcza na ilość bakterii narosłych w przestrzeniach wewnętrznych nośników,
- mniej efektywne napowietrzanie.

Według oceny Zamawiającego zmiana zapisów w PFU na proponowane w odwołaniu, pociąga za sobą dopuszczenie technologii, która wymusza dodatkowe czynności eksploatacyjne, a w szczególności stałe kontrolowanie odpływu z instalacji pod kątem uciekania nośników do ciągu głównego. Wprowadzenie instalacji wymagającej dodatkowych czynności eksploatacyjnych ze strony Zamawiającego nie jest akceptowalne. Uzasadnioną potrzebą Zamawiającego jest posiadanie nowoczesnej instalacji pozwalającej na zminimalizowanie kosztów eksploatacji przy jednoczesnym zwiększeniu możliwości kontroli procesu oczyszczania. (...)

d) Instalacja grawimetrycznej selekcji osadów

(...) Aktualnie istnieją na rynku europejskim min. 2 technologie stosujące technologię grawimetrycznej selekcji osadu. System Indense oferowany przez austriacko-amerykańską firmę NewPort Water oraz system S-Select oferowany przez szwajcarską firmę EssDc. Według wiedzy Zamawiającego w chwili obecnej pracuje w Europie ok. 10 takich instalacji, z czego 2 w Polsce. Dodatkowo w trakcie budowy jest kolejna referencja w Polsce.

Zastosowanie w/w instalacji, bez względu na wybór producenta, pozwoli osiągnąć następujące efekty, będące uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego:

- poprawę indeksu osadu,
 - zwiększenie biologicznego wiązania fosforu (w połączeniu z systemem napowietrzania),
 - poprawę usuwania azotu (nityfikanty zbierające się na powierzchni ciężkich i zawracanych kłaczków),
 - zwiększenie aktywności osadu (dzięki granulacji), co szczególnie przydatne jest zimą.
- Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający nie widzi podstaw do przychylenia się do wniosku odwołującego o wykluczenie instalacji grawimetrycznej selekcji osadów z listy urządzeń kluczowych, bowiem jej zastosowanie w modernizowanej Oczyszczalni Ścieków w Zamościu jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego ujawnionymi w PFU.

Konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że Zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To Zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki ma osiągnąć. (...)

Odwołanie opiera się bowiem jedynie na założeniu, iż warunki technologiczne przetargu wskazują na jednego dostawcę. Jak już wykazano powyżej, to założenie jest błędne, bowiem wskazana PFU określa wymogi nowoczesnych instalacji, które oferowane są także przez inne firmy np. UTB Enviro Tec Węgry (jak wynika z załączonej opinii eksperta). Podkreślić należy także, że fakt, iż Zamawiający oczekuje od Wykonawcy wykorzystania najnowszych dostępnych technologii, a wymogi takie uzasadnione są rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, nie oznacza ograniczenia konkurencji wśród Wykonawców. (...)

Ad 2. Brak zamieszczenia kryterium równoważności

(...) Wskazać należy w szczególności, iż niemożliwe jest określenie już na etapie PFU katalogu materiałów równoważnych, których użyć mogą Wykonawcy. Zamawiający określił bowiem oczekiwany rezultat, a użyte materiały mają być adekwatne do środowiska, w którym będą pracowały. Rolą Inżyniera oraz Zamawiającego zatwierdzającego użycie materiałów zamiennych będzie tylko weryfikacja, czy materiały proponowane przez wykonawcę będą odpowiadały celowi określonemu w PFU, a więc czy zostanie osiągnięty określony tam rezultat. Zamawiający dopuszcza materiały równoważne nie określając szczegółowo ich rodzaju, dlatego wykonawca może zaoferować produkt o właściwościach zbliżonych, nadających się funkcjonalnie do zapotrzebowanego zastosowania (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2018 r., KIO 919/18. Rola Inżyniera ogranicza się do weryfikacji, czy materiały równoważne zaproponowane przez wykonawcę spełniają wymagania SIWZ i PFU. (...)

Ad 3. Sprzeczność zapisów.

Zamawiający dokonał sprostowania niespójności w dokumentacji w trybie pytań i odpowiedzi. Sprostowanie zostało zamieszczone na stronie internetowej w dniu 11 czerwca 2019 r. z możliwością pobrania przez zainteresowane podmioty zaktualizowanych dokumentów. Zgodnie z przedmiotowym sprostowaniem:

- a) termin na opracowanie dokumentacji projektowej został sprostowany jako termin 10-cio miesięczny,
- b) termin realizacji zakresu rzeczowego inwestycji został sprostowany na datę 30.11.2022 r.,
- c) ilość wymaganych referencji dla instalacji hydrolizy została określona jako 2,
- d) ilość wymaganych referencji dla instalacji deamonifikacji została określona jako 2.

Ad 4. Sposób zastrzeżenia kar umownych.

Zamawiający określił karę umowną w klauzuli 8.7, jako karę za opóźnienie, a nie za zwłokę w sposób świadomy i celowy. Intencją zastrzeżenia kary za opóźnienie, a nie jedynie w przypadku zwłoki, jest zabezpieczenie wykonania umowy w określonym terminie. Powyższe jest niezbędne chociażby z uwagi na udział środków unijnych w wykonaniu przedmiotu zamówienia i ograniczenia czasowe z tym związane. Wskazać należy także, iż obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb

publicznych, został osiągnięty. Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzić może do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. W związku z powyższym, ryzyko ponoszone przez zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają równi sobie przedsiębiorcy. Dlatego też w przypadku umów zawieranych w trybie p.z.p., należy mieć na uwadze ich specyfikę, polegającą na tym, zamawiający wyposażony jest w uprawnienia do kształtowania treści umowy, co samo w sobie nie stanowi o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. (...)”

Do odpowiedzi na odwołanie zamawiający dołączył stanowisko Biura Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej BIPROWOD - WARSZAWA Sp. z o.o.

W trakcie posiedzenia również przystępujący Inżynieria Rzeszów S.A. złożył pismo procesowe, w którym przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Ponadto w trakcie posiedzenia odwołujący oświadczył, że cofa zarzut nr 3 dotyczący niespójności postanowień siwz w zakresie terminów realizacji i liczby wymaganych referencji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie oraz realizacja robót budowlanych w ramach następujących zadań:

Zadanie 1 - „Rozbudowa i modernizacja gospodarki osadowej Oczyszczalni Ścieków w Zamościu” z wyłączeniem instalacji do kompostowania osadów ściekowych,

Zadanie 2 - „Budowa punktu zlewnego oraz myjni samochodowej”,

Zadanie 3 - „Przebudowa (modernizacja) przepompowni ścieków przy ul. Królowej Jadwigi w Zamościu”,

Zadanie 4 - „Renowacja kanalizacji sanitarnej w Zamościu” ul. Szczepieskiej.

Częścią siwz jest m.in. program funkcjonalno-użytkowy (dalej: „PFU”).

W pkt 4.8. siwz zamawiający wskazał: We wszystkich przypadkach, w których ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia wskazano pochodzenie materiałów, dopuszcza się stosowanie materiałów równoważnych, tj. wszelkie wymienione z nazwy materiały i urządzenia użyte w przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji służą określeniu standardu i mogą być zastąpione innymi materiałami o parametrach technicznych, użytkowych, jakościowych, funkcjonalnych i walorach estetycznych nie gorszych, przy uwzględnieniu prawidłowej współpracy z pozostałymi materiałami i urządzeniami. Wykonawca, który zastosuje rozwiązania równoważne do projektowanych jest obowiązany podczas realizacji zamówienia uzyskać akceptację Inżyniera Kontraktu wykazując, że oferowane przez niego roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w Programie funkcjonalno-użytkowym i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

W projekcie umowy w Klauzuli 8.7. ust. 1 zamawiający przewidział następujące kary umowne:

a) za opóźnienie w wykonaniu Robót w przewidzianym Czasie na Wykonanie w wysokości 0,05% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (włącznie z VAT), za każdy dzień opóźnienia naliczaną, licząc od dnia następnego po dniu upływu Czasu na Wykonanie odpowiednio określonego (klauzula 8.2) do dnia ukończenia Robót określonego w Świadectwie

Przejęcia;

b) za opóźnienie w usunięciu wad lub wykonaniu zaległych prac określonych w Świadectwie Przejęcia lub za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w Okresie Zgłaszania Wad w terminie określonym przez Inżyniera lub usuwania wad lub usterek

w okresie gwarancji i rękojmi za wady - w wysokości 0,005% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (włącznie z VAT), określonej w Akcie Umowy, licząc od dnia upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad i naprawy, za każdy dzień opóźnienia;

c) za opóźnienie w wykonaniu czynności określonych w klauzuli 11.13 [Serwis, przeglądy gwarancyjne] - w wysokości 0,005% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (włącznie z VAT) określonej w Akcie Umowy za każdy dzień opóźnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła też, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Odwołujący na str. 21 odwołania wyraźnie wskazał, że zamierza ubiegać się o niniejsze zamówienie, a kwestionowane w odwołaniu czynności zamawiającego uniemożliwiają mu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia. Biorąc pod uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia znajduje się na etapie zapoznawania się wykonawców z ogłoszeniem o zamówieniu i siwz, zatem przed terminem składania ofert, należy uznać, że sam zamiar ubiegania się o zamówienie jest wystarczający do stwierdzenia posiadania przez wykonawcę interesu we wniesieniu odwołania. Powyższego nie neguje podnoszony przez jednego z przystępujących fakt, że w innym akapicie odwołania odwołujący wskazał, że zarzucane zamawiającemu naruszenia uniemożliwią wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Jak wskazano wyżej, wystarczający jest zamiar ubiegania się o zamówienie, aby wykonawca miał interes we wniesieniu odwołania na postanowienia siwz, bez względu na odwoływanie się przez tego wykonawcę do kwestii wyboru oferty. Dlatego też, Izba stwierdziła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego opisu instalacji hydrolizy, usuwania fosforu, deamonifikacji i grawimetrycznej, który w ocenie odwołującego wskazuje na instalacje tylko jednego podmiotu, w pierwszej kolejności należy potwierdzić, że zgodnie z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Należy jednak wyraźnie stwierdzić, że powyższy zakaz nie oznacza, że zamawiający zmuszony jest nabywać świadczenia, które nie odpowiadają jego uzasadnionym potrzebom. Proces udzielenia zamówienia, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, nie może bowiem służyć wyłącznie abstrakcyjnemu zapewnieniu uczciwej konkurencji. Proces udzielenia zamówienia musi służyć także temu, aby zamawiający zrealizował swój cel, czyli doprowadził do realizacji zamówienia. Nie chodzi przy tym o to, aby doszło do realizacji zamówienia w jakikolwiek sposób, ale o to, by realizacja tego zamówienia zapewniła osiągnięcie przez zamawiającego jego uzasadnionych potrzeb. Należy zatem podkreślić, że potrzeby zamawiającego muszą być uzasadnione. Oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia zawierający elementy, które nie są zamawiającemu rzeczywiście potrzebne do osiągnięcia jego celów, a które ograniczają konkurencję, będzie niezgodny z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże opis ograniczający konkurencję z powodu elementów uzasadnionych rzeczywistymi potrzebami, będzie z ww. przepisami zgodny. Zasadność potrzeb zamawiającego decyduje zatem o tym, czy dopuszczalne jest ograniczenie konkurencji. Jak wskazano bowiem wyżej, konieczność zapewnienia nieograniczonej konkurencji nie może stać się przeszkodą w realizacji zamówienia odpowiadającego rzeczywistym, uzasadnionym potrzebom zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie zamawiający wykazał, że wskazana przez niego technologia jest niezbędna do uzyskania celów środowiskowych i obniżenia kosztów eksploatacji oczyszczalni ścieków. W cytowanej już wyżej treści odpowiedzi na odwołanie zamawiający szczegółowo wykazał, jakie potrzeby pozwoli osiągnąć wskazana przez niego technologia i jakie problemy spowoduje technologia proponowana przez odwołującego. Przykładowo w odniesieniu do instalacji grawimetrycznej zamawiający wskazał, że jej zastosowanie, bez względu na wybór producenta, pozwoli osiągnąć następujące efekty, będące jego uzasadnionymi potrzebami:

- poprawę indeksu osadu,
- zwiększenie biologicznego wiązania fosforu (w połączeniu z systemem napowietrzania),
- poprawę usuwania azotu (nityfikanty zbierające się na powierzchni ciężkich i zawracanych kłaczów),
- zwiększenie aktywność osadu (dzięki granulacji), co szczególnie przydatne jest zimą.

Z kolei w odniesieniu do instalacji deamonifikacji zamawiający wskazał, że modyfikacja zapisów PFU, zgodnie z proponowaną w odwołaniu, daje możliwość wykonawcy budowy instalacji opartych na technologii z nośnikami biomasy, co wymusza:

- konieczność kontroli odpływu z instalacji pod kątem zawartości nośników,
- dodatkowe koszty związane z pozyskaniem nośników,
- utrudnioną kontrolę nad stężeniem osadu z powodu elementów pośredniczących nośników,
- pośredni i utrudniony wpływ na separację niepożądanych bakterii II fazy nityfikacji, zwłaszcza na ilość bakterii narosłych w przestrzeniach wewnętrznych nośników,
- mniej efektywne napowietrzanie.

Dodatkowo na rozprawie zamawiający zwrócił uwagę, że zamówienie obejmuje modernizację oczyszczalni, a zatem konieczne jest zastosowanie takich urządzeń, które będą kompatybilne z aktualnie istniejącą przestarzałą infrastrukturą. Ponadto zamawiający wyjaśnił, że technologia wysokotemperaturowa, którą proponuje odwołujący, po pierwsze, jest niemożliwa do zastosowania, gdyż zamawiający nie dysponuje właściwym źródłem energii, a pod drugie, nawet gdyby nim dysponował, narażałoby go to na zbyt wysokie koszty eksploatacji oczyszczalni. Zamawiający szczegółowo wymienił, że zastosowanie hydrolizy wysokotemperaturowej wymagałoby źródła wysokich parametrów, uzyskania dodatkowych uprawnień dla pracowników, dozoru dla urządzeń wysokociśnieniowych i dodatkowej instalacji odwadniania osadów przed wprowadzeniem osadów do instalacji hydrolizy. Wszystko to powoduje większe koszty inwestycyjne i eksploatacyjne, których zamawiający z oczywistych względów chce uniknąć. Odnosząc się z kolei do kwestii instalacji usuwania fosforu zamawiający wyjaśnił, że zdecydowano się w PFU na odzyskiwanie fosforu z osadów, gdyż wpływa to na mniejszą ilość osadów po odwodnieniu i spadek kosztów eksploatacyjnych.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że sposób opisanie przez niego w PFU instalacji stanowi nieodzowny warunek do tego, aby możliwe było osiągnięcie niezbędnych celów technologicznych i eksploatacyjnych, a w konsekwencji - także celu ekonomicznego. Opis instalacji jest zatem podyktowany uzasadnionymi potrzebami zamawiającego i wobec tego nie może zostać uznany za naruszający art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, należy zwrócić także uwagę, że nie potwierdził się zarzut odwołującego o tym, że istnieje jeden tylko podmiot zdolny do wykonania zamówienia. Abstrahując od sposobu zadania pytań i przedstawienia danych technicznych firmom, od których odwołujący uzyskał odpowiedzi, że nie spełniają wymagań PFU, Izba mimo wszystko nie kwestionuje tezy odwołującego, że nie wszyscy wykonawcy w przedmiotowej branży będą mogli ubiegać się o niniejsze zamówienie. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że dwóch wykonawców w niniejszej sprawie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i odwołujący nie podnosił, że są to wykonawcy powiązani ze spółką WaWatech. Tym samym uznać należy, że nie tylko jeden podmiot lub jego przedstawiciele mogą złożyć oferty w niniejszym postępowaniu, skoro dla co najmniej dwóch ww. wykonawców (przystępujących) postanowienia PFU nie stanowią przeszkody w złożeniu oferty. Tym samym należy uznać, że stan faktyczny niniejszej sprawy przeczy twierdzeniu odwołującego, jakoby opis instalacji był nakierowany tylko na jeden podmiot.

Trzeba przy tym dodać, że wskazanie przez zamawiającego technologii, w której ma być zrealizowane zamówienie, nie powoduje, jak twierdzi odwołujący, że przetarg ma charakter fikcyjny. Przetarg ma na celu wybór wykonawcy, który we wskazanej technologii wykona zamówienie. Natomiast sama technologia (uzasadniona potrzebami) może zostać wskazana przez zamawiającego (także w przypadku zamówienia „zaprojektuj i buduj”) lub pozostawiona do wyboru wykonawcy. W niniejszej sprawie zamawiający zdecydował się na pierwszą z ww. opcji i nie oznacza to, że przetarg jest fikcyjny, gdyż jest on prowadzony w celu wyboru wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego równoważności należy zauważyć, że powołany przez odwołującego art. 30 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy opisanie w siwz norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zatem nie odnosi się do uprawnień inżyniera kontraktu na etapie realizacji zamówienia. Ponadto zapisany w siwz wymóg uzyskania podczas realizacji zamówienia akceptacji inżyniera kontraktu, nie jest sprzeczny z wynikającym z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp obowiązkiem wykazania przez wykonawcę, że oferowane przez niego rozwiązania są równoważne opisywanym przez zamawiającego. Zasadne jest też stwierdzenie przez zamawiającego, że materiały proponowane przez wykonawcę mają odpowiadać celowi określonymu w PFU. W tym zakresie zamawiający pozostawia zatem wykonawcy swobodę, ograniczoną jedynie celami, które mają być osiągnięte. Powołane w odwołaniu przepisy, nie zostały zatem naruszone przez zamawiającego.

Odnosząc się do kwestii kar umownych, należy zgodzić się z jednym z przystępujących, że postanowienia siwz dotyczące przedmiotowego zamówienia, realizowanego w formule „zaprojektuj i buduj”, dają wykonawcy możliwość operowania czasem stosownie do potrzeb pojawiających się w trakcie wykonywania zamówienia. Ponadto, zgodnie z klauzulą 8.7. pkt 5: „Łącznie kary umowne należne Zamawiającemu nie mogą przekroczyć kwoty stanowiącej równowartość [20%] Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (włącznie z VAT)”. Dodatkowo, w ocenie Izby, przewidziane przez zamawiającego kary, mogą mieć też charakter dyscyplinujący wykonawców, co uzasadnia, aby były to kary za opóźnienie, zwłaszcza gdy sam zamawiający, choćby ze względów finansowych, jest ograniczony terminem realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę wyżej ustalone okoliczności, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 484 kc, art. 353¹ kc w zw. art. 139 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1, art. 30 ust. 4 i 5 ustawy Pzp oraz art. 484 kc, art. 353¹ kc w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972). Zgodnie z ww. przepisami Izba zasądziła na rzecz zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika (3.600,00 zł) oraz koszty podróży związanej z rozprawą (413,72 zł).

Przewodniczący