

WYROK
z dnia 8 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GUTKOWSKI Gutkowski Jan, ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Chynów, 05-650 Chynów** protestu z dnia 7 października 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **H 2 Optim Sp. z o.o., ul. Boranta 17, 61-608 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciążyć Gminę Chynów, 05-650 Chynów i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Jana Gutkowskiego pod firmą GUTKOWSKI prowadzącego działalność gospodarczą Gutkowski Jan, ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno,**

-
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Chynów, 05-650 Chynów** na rzecz **Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GUTKOWSKI Gutkowski Jan, ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczanego przez Odwołującego się,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GUTKOWSKI Gutkowski Jan, ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno.**

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Chynów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Stacji Uzdatniania Wody w miejscowości Grobice, gmina Chynów.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 01.10.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą uznano ofertę H2Optim Sp. z o.o. z Poznania oraz odrzuceniu oferty Jana Gutkowskiego (oferta tańsza) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodną z treścią siwz.

PROTEST

W dniu 07.10.2009 r. Jan Gutowski wniósł protest na ww. czynności zamawiającego, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Protestujący wniósł o

unieważnienie wyboru oferty wybranej, unieważnienia odrzucenia jego oferty oraz ponową ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

„[...]”

Ustalenia Zamawiającego w oparciu o opinię biura projektów o braku równoważności oferowanych urządzeń takich jak: -zestaw filtarcyjny -sekcja płuczna są bezpodstawne.

1. Istotnie karta katalogowa na rysunku wymiarowym konstrukcyjnym przedstawia wejście wody surowej z góry, ale jednocześnie ta sama karta informuje Zamawiającego w uwagach, że dla Jego potrzeb "przewidziano w konstrukcji także boczne usytuowanie króćców dopływowych .."

Treść opinii o negatywnym wpływie górnego króćca napływu jest całkowicie niezgodna z prawdą. Niezgodnym z faktami jest twierdzenie, że efektem górnego króćca jest "wypłukiwanie się złoża" podczas płukania (regeneracji), a także nieprawdziwa jest opinia o warunkach niewłaściwych pracy z powodu odpowietrznika, bo nie może być umieszczony na środku dennicy filtra.

Taka fałszywa opinia nie może wynikać z niewiedzy, jest celowym, zamierzonym wprowadzaniem w jakimś interesie adresata w błąd wyrządzając tym samym szkodę Inwestorowi.

Mniej więcej połowa eksploatowanych filtrów (w Polsce i pewnie podobnie na świecie) posiada wyprowadzenie popłuczyn króćcem usytuowanym centralnie w dennicy górnej. Przypisywanie temu króćcowi wypłukiwania się złoża jest przekonywaniem do technicznego nonsensu. W każdym podręczniku można przeczytać o ekspansji złoża podczas płukania. Ekspansja zależy od prędkości przepływu wody dającej efekt unoszenia w wodzie ziarna i zanieczyszczeń. Przy stałej, jednakowej prędkości unoszenia wypłukiwanie złoża może nastąpić tylko wtedy, gdy wypływ popłuczyn znajduje się zbyt nisko tj. poniżej poziomu granicy ekspansji złoża. Zatem przypisywanie takiego zjawiska króćcowi górnemu, do którego wlot znajduje się we filtrze na najwyższym możliwym poziomie w przeciwieństwie do wlotu zawsze niżej usytuowanego króćca bocznego jest niczym innym jak oszukiwaniem adresata wyjaśnień.

Podobnie absurdalnie negatywna opinia przypisana została instalowaniu odpowietrznika. Z tym, że nie wiadomo tutaj, o jakie niewłaściwe warunki pracy chodzi autorowi. Stąd trudno merytorycznie odnosić się do tego zarzutu.

2. Zupełnie bezpodstawne jest twierdzenie, że część walcowa filtra oferowanego posiada mniejszą wysokość niż 1600mm; wyciągane z tego twierdzenia wnioski świadczą o umyślnym wskazywaniu nieprawdziwych argumentacji dla usprawiedliwienia stosowania nieuczciwej konkurencji. W załączonej karcie katalogowej oferowanego filtra znajduje się

rysunek konstrukcyjny z wymiarami wykonawczymi. Na wysokość walczaka filtra, czyli części walcowej całego filtra składają się trzy wymiary;

-część walcowa dennicy dolnej 60mm

-część walcowa pomiędzy dennicami $h=1500\text{mm}$

-część walcowa dennicy górnej min 60mm Razem wysokość walczaka filtra to 1620mm, a więc nieprawdą jest, że 1620mm jest mniejszą wysokością aniżeli 1600mm.

3. Abstrahując od nieprawdy, jakoby oferowana pompa płuczna miała zawyżoną wydajność warto zwrócić uwagę na nietechniczną argumentację o negatywnych skutkach:

a) ani wysokość podnoszenia, ani moc silnika pompy nie mają wpływu na energochłonność ep, która zależy wyłącznie od H realizowanego podnoszenia i od sprawności pompy np i silnika ns przy realizowanej pracy.

$$ep = H/367 \cdot np \cdot ns$$

b) przekroczenie mocy zamówionej może następować tylko przy występowaniu większej mocy pobieranej, a ta w żaden sposób nie zależy od mocy zainstalowanej, zależy wyłącznie od wykonywanej pracy i sprawności agregatu pompowego.

c) stwierdzenie "Zawyżona wydajność może powodować większy pobór wody ..." nie tylko jest nieprawdziwe ale świadczy o braku podstawowej wiedzy o charakterystyce pracy pomp

wirowych piszącego tą opinię. Wg charakterystyki pracy pomp wirowych dobieranych do płukania wydajność realizowana w układzie pompowym wynika z oporów jakie występują przy wymuszaniu przepływu i wskazywanie na większy pobór wody jest nonsensem. Wskazywanie na nie równoważność pompy płucznej świadczy o wyjątkowo nieuczciwym działaniu Zamawiającego. Oznaczona w opisie projektu zagadkowym symbolem IM125-200/250/9,2kW pompa płuczna sprzedawana przez Instalcompact tak jak wszystkie urządzenia z projektu jest akurat pompą mającą swoje równoważne odpowiedniki u wielu producentów, takich jak K8B, Grundfos, H-V.... My dobraliśmy produkt znanej marki Grundfos.

4. Ustalenia Zamawiającego o braku atestu PZH na kompletny zestaw aeracji jest zgodne z prawdą, bo nie oferowano zamiennego tzw. zestawu aeracji, a w takim przypadku Zamawiający nie wymagał atestu. Na stronie 41 oferty Protestującego znajduje się wykaz zastosowanych urządzeń równoważnych "Tabela urządzenia równoważne" obejmujący wyłącznie zestaw filtracji oraz zestaw hydroforowy. Załączony atest na stronie 43 ofert dotyczy zbiornika filtracyjnego, który jest częścią składową kompletnej jednostki filtracyjnej JFG -zestawu filtracji JFG.
[...]"

ROZSTRZYGNIECIE PROTESTU

W dniu 13.10.2009 r. zamawiający ww. protest oddalił. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podniesiono m.in.:

„[...]

Zgodnie z zapisami art. 30 ust. 5 ustawy -Prawo zamówień publicznych, Wykonawca który powołuje się na rozwiązania równoważne opisane przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego roboty budowlane i związane z tym usługi i dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) str. 4 mówi wprost że w przypadku zamiany zaproponowanej technologii winny być załączone do oferty karty katalogowe, atesty które w sposób jednoznaczny będą stwierdzać równoważność.

Ad 1

Projekt techniczny przedstawia zestaw filtracyjny z bocznym wejściem wody surowej, natomiast na załączonej do oferty karcie katalogowej jest filtr z wejściem górnym (co sam Oferent potwierdza) i pisząc że gdzieś w uwagach pojawia się wzmianka o wykonaniu bocznym jest niedopuszczalne ze względu na wariantowość rozwiązań o czym mówi SIWZ paragraf 6. Ponadto weryfikując pod względem technicznym Zamawiający nie jest w stanie ocenić równoważności gdyż brak jest karty katalogowej kompletnego zestawu filtracyjnego (załączona została karta katalogowa samego zbiornika filtra a nie zestawu filtracyjnego jak mówi projekt techniczny str. 3 oraz SIWZ) -a co za tym idzie nie wiadomo jaki będzie wyglądał układ rurociągów i jakie będą średnice. Odpowietrznik w instalacjach projektuje się w najwyższych punktach instalacji natomiast ze względu na wyście górne zbiornika filtra odpowietrznik nie będzie mógł być zamontowany w najwyższym centralnym punkcie, przez co będą występować gorsze warunki pracy(odpowietrzania).

Ad. 2

W projekcie technicznym (str. 3) zaproponowano zestawy filtracyjne o średnicy DN =1800 mm i wysokości walczaka Hwalczaka = 1600 mm. W załączonej przez Oferenta karcie katalogowej zbiornika filtra ewidentnie jest podana wysokość Hwalczaka= 1500 mm , natomiast nie ma nigdzie podanych wymiarów dennic. Zamawiający nie będzie się doszukiwał czy aby czegoś nie należy uwzględnić-karta katalogowa winna w sposób jasny i czytelny wskazywać na równoważność. Poza tym w załączonej do oferty Tabeli Urządzeń Równoważnych (str. 42) widnieje wysokość walczaka filtra Hwalczaka= 1600 mm, w karcie katalogowej Hwalczaka wynosi 1500 mm natomiast w przesłanym proteście omawiana wysokość zmienia się na 1620mm. (Wariantowość rozwiązań-paragraf 6 SIWZ) Ad. 3 Oferent jako urządzenie równoważne zaproponował zestaw hydroforowy własnej produkcji. Z dokumentów które załączył można dokonać oceny równoważności na podstawie 3

parametrów: wydajności, wysokości podnoszenia oraz mocy pomp. Opierając się na powyższych parametrach można stwierdzić, iż pompa płuczna jest nierównoważna, ponieważ posiada większą moc. Oferent nie dołączył żadnych obliczeń na potwierdzenie, iż moc pobierana przez pompę płuczną będzie taka sama.

Po przeanalizowaniu programu firmy Grundfos wynika, że pobór mocy będzie większy niż 9,2 kW. Dodatkowo pompa przy wydajności $Q=137$ posiada wysokość podnoszenia $H=19$ m H₂O a nie jak mówi projekt techniczny $H=16$ m H₂O więc będzie musiała być zdławiona a co za tym idzie jest bardzo prawdopodobne że będzie większy pobór mocy.

Oferent sam zauważył że jest wielu producentów pomp więc czemu nie zastosował pompy innego producenta z silnikiem o takiej samej mocy-nie byłoby żadnych wątpliwości, że przyznana moc zostanie przekroczona?

Po ponownej ocenie merytorycznej technologii i wymaganych załączników w ofercie stwierdzono również brak karty katalogowej zestawu hydroforowego. Do oferty została załączona karta pojedynczej pompy a nie jak sugerowała SIWZ str. 4-karta kompletnego zestawu hydroforowego wraz z pompą płuczną na wspólnej ramie. Podsumowując Zamawiający podtrzymuje, że przedstawione dokumenty nie wykazują równoważności w stosunku do zaprojektowanych, a zaproponowane urządzenia nie są równoważne w stosunku do przyjętych w projekcie.

[...]"

ODWOŁANIE

W dniu 19.10.2009 r. Jan Gutkowski wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia jego protestu. W odwołaniu podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania wyrażone w proteście.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in.:

„[...]

Odwołujący zauważa, że zamiana filtra czy pomp jednego producenta na innego producenta jaka miała miejsce w przypadku oferty Firmy Gutkowski Jan Gutkowski nie powoduje zmiany technologii uzdatniania wody, zatem wyżej sformułowany zapis nie upoważnia Zamawiającego do żądania kart katalogowych i atestów na kompletne zestawy.

Dla urządzeń i materiałów równoważnych Zamawiający zawarł w SIWZ następujący zapis:

"Jeżeli w SIWZ przy opisie przedmiotu zamówienia wskazana została nazwa producenta, znak towarowy, patent lub pochodzenie w stosunku do określonych materiałów, urządzeń, itp. Zamawiający wymaga, aby traktować takie wskazanie jako przykładowe i dopuszcza

zastosowanie przy realizacji zamówienia materiałów! urządzeń! itp. równoważnych o parametrach nie gorszych niż wskazane."

Natomiast zgodnie z art. 30 ust. 5 obowiązek udowodnienia równoważności proponowanych urządzeń (dostaw, usług, robót budowlanych) spoczywa na oferencie. Ponieważ Zamawiający w SIWZ nie określił chociażby minimalnych warunków dla urządzeń i materiałów równoważnych oraz sposobu udowodnienia równoważności -Odwołujący dołączył materiały (str. oferty 41 do 88), które pozwalały na stwierdzenie równoważności proponowanych urządzeń. Wobec powyższego powoływanie się w rozstrzygnięciu protestu na niemożność oceny równoważności z powodu braku karty katalogowej kompletnego zestawu filtracyjnego jest bezzasadny. Umieszczenie odpowietrznika w filtrach równoważnych nie spowoduje gorszych warunków pracy -rozwiązanie takie stosowane jest w filtrach pracujących na różnych stacjach uzdatniania wody. Producent filtrów przyjętych w projekcie technicznym, firma Instalcompact, również stosowała filtry z króćcem górnym i odpowietrznikiem umieszczonym w innej niż centralna część dennicy górnej (karta katalogowa w załączeniu).

W wyroku Zespołu Arbitrów Sygn. akt UZP/ZO/0-843/07 czytamy:

"Znaczenie słowa "równoważny" zgodnie z definicją Słownika Języka Polskiego PWN Tom 11/ W-wa 1989r. str. 738, należy rozumieć jako "mający równą wartość, równe znaczenie, pozostający w równości z czymś". Rzecz równoważna to ekwiwalent, rzecz pełniąca te same funkcje. W świetle powyższego oferta równoważna to oferta, w której wykonawca proponuje wykonanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem maszyn, urządzeń lub surowców innych niż wskazanie przez zamawiającego w formie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale mających takie same walory techniczne, technologiczne lub użytkowe. W praktyce oznacza to zaproponowanie w ofercie równoważnej urządzenia lub maszyny innego producenta lub innej marki. Istotne jest to, aby urządzenie to lub maszyna posiadało te same parametry użytkowe, funkcjonalne i techniczne, co maszyna lub urządzenie określone przez zamawiającego"

oraz Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt: KIO/UZP 984/09

"Na marginesie należy zwrócić uwagę, że dopuszczenie w SIWZ rozwiązania równoważnego

nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta. Takie rozumienie równoważności zaprzeczyłoby istocie przyjętej w ustawie Pzp regulacji i naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazując z jednej strony w SIWZ konkretne urządzenie, a z drugiej strony dopuszczając w tym zakresie możliwość rozwiązania równoważnego, winien określić przynajmniej minimalne parametry albo oczekiwane rozwiązanie technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to urządzenie."

Zaproponowane urządzenia (zestaw filtracji oraz sekcja płuczka zestawu hydroforowego są urządzeniami równoważnymi co do wielkości i funkcji jaką urządzenia te mają spełniać. Wysokość części walcowej filtra nie ma wpływu na drogę przepływu wody surowej -o czasie przepływu wody surowej przez filtr decyduje wysokość warstwy złoża w filtrze, która w filtrze równoważnym pozostaje taka jak w projekcie technicznym.

Zamawiający zarzuca Odwołującemu brak karty katalogowej oferowanego zestawu pompowego typu KPWC produkcji Firma Gutkowski. Tymczasem: 1) Projekt Wykonawczy zawiera kilka kart katalogowych zaprojektowanych urządzeń jak choćby pomp głębinowych czy zaworów antyskażeniowych lecz nie zawiera karty katalogowej zaprojektowanego zestawu pompowego ZH-ICL/M 4.18.60/5,5 + IM 125-100/250/9,2 produkcji Instalcompact, w skład którego wchodzi pompa płuczka typu IM 125-250/9,2. 2) Projekt Wykonawczy zawiera tylko częściowe obliczenia parametrów hydraulicznych pompy płuczki tj. jej wydajność. Natomiast wymagana wysokość podnoszenia pompy podana jest bez żadnego uzasadnienia.

Powyższe fakty mogą nasuwać wątpliwość, że Projektant albo sam nie wiedział, jakie urządzenie projektuje albo celowo i umyślnie zataił i zafałszował część informacji by uniemożliwić uczciwą konkurencję i faworyzować jednego producenta zestawów pompowych tj. Instalcompact.

Odwołujący, nie posądzający ani Zamawiającego ani Projektanta o złą wolę czy nieuczciwość w postępowaniu przetargowym, na podstawie rozwiązań w Projekcie Wykonawczym jak i własnego doświadczenia przedstawił w ofercie produkty najwyższej jakości spełniające w najlepszy sposób zaprojektowaną funkcję.

Nie jest prawdą jakoby oceny równoważności pompy płuczki można dokonać tylko i wyłącznie na podstawie trzech parametrów: wydajności, wysokości podnoszenia oraz mocy pompy, jak twierdzi Zamawiający. Odwołujący podał wszystkie istotne informacje o produkcie pozwalające określić jego przydatność lub nie na projektowanej stacji uzdatniania wody, w tym:

- a) rodzaj tłoczonej cieczy,
- b) wykonanie materiałowe,
- c) charakterystykę hydrauliczną,
- d) tolerancję charakterystyk,
- e) moc silnika,
- f) prędkość obrotową,
- g) rodzaj uszczelnienia wału,
- h) producenta pompy,
- i) temperaturę otoczenia,

j) dopuszczalne ciśnienie pracy

Z powyższego wynika, że Odwołujący podał wiele istotnych parametrów pompy, które mają kolosalne znaczenie na jej eksploatację, koszty pompowania, żywotność urządzenia, a zatem Zamawiający miał wszelkie podstawy do rzeczowej oceny oferowanego przedmiotu pod kątem funkcji celu, jaki ma on pełnić.

Jak już zauważono, w Projekcie Wykonawczym nie zamieszczono obliczeń związanych z określeniem wymaganej wysokości podnoszenia pompy płuczki. Wysokość ta silnie zależy od oporów przepływu wody przez instalację. Czy opory te można wyznaczyć? Tylko i wyłącznie teoretycznie, opierając się na danych katalogowych zamontowanych na instalacji urządzeń, kształtek czy armatury. Wyznaczenie oporów przepływu siłą rzeczy będzie tylko i wyłącznie szacunkowe. Rzeczywiste opory będzie można określić po wykonaniu instalacji. W

związku z powyższym Odwołujący dobrał pompę płuczącą podnoszącą o 3 m sł.w. wyżej niż zakładał Projektant. Czy oznacza to, że pompa rzeczywiście będzie podnosiła wodę o 3 m sł.w. wyżej? Niekoniecznie. Okazać się może bowiem, że opory na przepływie są większe niż zakładał Projektant. Odwołujący, jako doświadczony wykonawca, co udokumentował w ofercie stosownymi referencjami, celowo dobrał pompę o takiej charakterystyce. Daje to pewne pole manewru podczas rozruchu końcowego całej instalacji, do którego Wykonawca jest zobowiązany Umową. Jeśli opory przepływu będą większe, pompa może okazać się idealnie dobrana. Jeśli zaś będą mniejsze, wówczas w trywialny sposób można dostosować pracę pompy w układzie do wyznaczonych doświadczalnie parametrów układu. Nie jest prawdą, że dostosowanie pompy do układu musi odbywać się poprzez jej dławienie. Sposób ten jest marnotrawieniem energii elektrycznej pobieranej przez pompę. Dużo lepszymi sposobami regulacji w takim przypadku jest zastosowanie przetwornicy częstotliwości do napędu silnika pompy lub przetoczenie (zmniejszenie) wirnika pompy. Każde z tych rozwiązań powoduje, że pobierana energia nie jest marnotrawiona na nadwyżkę ciśnienia za pompą, gdyż pozwala dostosować rzeczywistą charakterystykę pompy do rzeczywistej charakterystyki układu. Odwołujący mając świadomość, że taką regulację można przeprowadzić tylko i wyłącznie podczas rozruchu na rzeczywistym układzie pompowym taką możliwość przewidział. Nie jest niczym niezwykłym, że w trakcie rozruchu technologicznego dokonuje się powyższych czynności. Są to standardowe procedury rozruchowe, które w żaden sposób nie zmieniają istoty Projektu, lecz korygują założenia, które obarczone są dużą niepewnością.

Reasumując urządzenia zaproponowane przez Protestującego są równoważne w stosunku do projektowanych. Zatem treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ -brak podstaw do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2.

[...]"

Uwzględniając dokumentację postępowania, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w § 3 pkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł uwagę, iż w przypadku gdy przy opisie przedmiotu zamówienia wskazana została nazwa producenta, znak towarowy, patent lub pochodzenie w stosunku do określonych materiałów, urządzeń, itp., należy powyższe traktować jako przykładowe i dopuszcza zastosowanie przy realizacji zamówienia materiałów, urządzeń, itp. równoważnych o parametrach nie gorszych niż wskazane.

Ponadto zamawiający wskazał, iż dopuszcza zastosowanie technologii uzdatniania wody w stosunku do przyjętej w projekcie.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy, to na wykonawcy powołującym się na rozwiązania równoważne ciąży obowiązek wykazania, iż jego oferta odpowiada w tym zakresie wymaganiom określonym przez zamawiającego.

W związku z powyższym zamawiający w celu wykazania równoważności proponowanej zamiennej technologii uzdatniania wody zażądał załączenia do oferty kart katalogowych zestawu aeracji, filtracji, zestawu hydroforowego oraz atesty PZH na kompletne zestawy. Niniejsze dokumenty miały jednoznacznie stwierdzać równoważność proponowanej zamiennej technologii w stosunku do przyjętej w projekcie oraz muszą być załączone do oferty.

Odwołujący, jak wynika z Tabeli urządzeń równoważnych (str. 42 kart załączonych do oferty) zaproponował zestaw filtracji JFG 1400 charakteryzujący się górnym umiejscowieniem zaworu wylotowego (w razie potrzeby istnieje możliwość bocznego umiejscowienia zaworu) oraz wysokością części cylindrycznej zestawu filtracyjnego 1500 mm, co zostało zobrazowane i zaznaczone w karcie katalogowej producenta ww. zestawu filtracyjnego PRODWODROL-SULECHÓW S.A. (str. 45 i 46 kart załączonych do oferty) wobec zestawu FIC/108/8158/N założonego w projekcie przez zamawiającego i charakteryzującego się bocznym zaworem wylotowym oraz Hwalczaka 1600 mm. W Tabeli urządzeń równoważnych wykonawca wskazał parametry wysokości zgodne z założonymi w siwz – wymiar 1500 mm znajdujące się w ww. karcie katalogowej.

Odwołujący, jak wynika z Tabeli urządzeń równoważnych (str. 42 kart załączonych do oferty)

zapropował zestaw hydroforowy KPWC 4CR20-5 – 11 z silnikiem NB 100-250/245 – moc silnika 11kW (karta katalogowa na str. 85 kart załączonych do oferty) wobec wymaganego

przez zamawiającego zestawu hydroforowego ZH-ICL/M4.18.60/5,5kW + silnik IM125-100/250 o mocy 9.2 kW.

Według oświadczenia producenta filtra, PRODWODROL-SULECHÓW S.A. z dnia 04.12.2009 r., które odwołujący przedstawił w trakcie rozprawy, w filtrze ø 1800 wysokość części cylindrycznej wynosi około 1600 mm.

Odrzucenie oferty odwołującego oraz rozstrzygnięcie jego protestu zamawiający oparł na opinii Roberta W. (projektanta SUW stanowiącej przedmiot zamówienia) z dnia 24.09.2009 r. (w aktach sprawy).

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W świetle przytaczanych wyżej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących równoważności, stwierdzić należy, iż zamawiający dopuścił nie tylko możliwość zamiany podanych w siwz urządzeń konkretnych producentów, do czego zresztą obliguje go norma art. 29 ust. 3 Pzp, ale również przewidział możliwość zamiany całej opisanej w projekcie i opartej na przewidzianych tam urządzeniach, technologii uzdatniania wody. Wobec nieokreślenia przez zamawiającego granic ww. odstępstwa i nieprzekraczalnych parametrów brzegowych owej „równoważności”, jako jej ograniczenie przyjąć należałoby jedynie założone wymagania funkcjonalne układu i możliwość jego zastosowania w zastanych warunkach faktycznych i prawnych. Za ofertę zgodną z siwz uznać więc należałoby również rozwiązania technologiczne zupełnie odmienne od zakładanych i opisanych w siwz, pod warunkiem, iż zapewniłyby realizację założonych celów zamówienia, np. w zakresie wydajności, jakości otrzymywanego surowca etc...

W odniesieniu do oferty odwołującego należy zaś zaznaczyć, iż żadne zmiany technologii uzdatniania wody w stosunku do opisanej w siwz, w ofercie nie nastąpiły. Odwołujący przewidział jedynie i zaproponował inne urządzenia, których niektóre rozwiązania konstrukcyjne i parametry użytkowe nieznacznie różnią się od przypisanych urządzeniom przewidzianym w siwz, natomiast ich funkcje, przeznaczenie i ogólne zasady działania pozostają identyczne. W żadnym razie powyższe nie stanowi zmiany technologii uzdatniania wody, o której stanowi siwz. Tym samym rozpatrywanie zaistnienia i wykazania równoważności oferty odwołującego w stosunku do wymagań siwz należy ograniczyć jedynie

do równoważności zaproponowanych urządzeń, co do których siwz zastrzega jedynie, iż mają mieć parametry nie gorsze od wskazanych.

Odwołujący zaproponował więc dwa konkretne, oznaczone co do typu i modelu urządzenia określonych producentów, których równoważność w stosunku do wymagań siwz miała być wykazana na podstawie dokumentów załączonych do oferty.

Następnie należy rozróżnić dwie powiązane ze sobą, a jednak odrębne sytuacje i związane z nimi skutki prawne: rzeczywista zgodność/równoważność zaoferowanego urządzenia z siwz oraz wykazanie/brak wykazania takiej równoważności za pomocą dokumentów załączonych do oferty.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz rozstrzygnięciu protestu zamawiający zdaje się tu odwracać stosunek wynikania, przyjmując, iż braku dołączenia do oferty dokumentów potwierdzających równoważność można wywodzić materialny wniosek, że zaproponowane rozwiązania są rzeczywiście nierównoważne, a oferta tym samym nie odpowiada w swojej treści siwz. Tymczasem dedukcyjne wnioskowanie zachodzi jedynie w przeciwnym kierunku – jeżeli, coś jest nierównoważne, to na pewno nie zostało wykazane, że jest równoważne, ale nie na odwrót.

Tymczasem obowiązujące w tym zakresie, dotyczące oceny i badania ofert przepisy ustawy, zastrzegają uprzednie podjęcie określonych czynności, które są koniecznym warunkiem dla zaistnienia w procesie oceny ofert pewności co do niezgodności treści oferty z treścią siwz

lub przynajmniej pewnych domniemań faktycznych w tym zakresie (przyjmowanych w związku z brakiem wykazania równoważności przez wykonawcę), i w konsekwencji pozwolą zastosować dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Mianowicie, w przypadku gdy równoważność potwierdzana jest i ma być, co do założenia, przez karty katalogowe producentów sprzętu, które należy zakwalifikować jako dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. dokumenty potwierdzające, iż oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego, to w przypadku ich braku lub wątpliwości, co do informacji w nich zawartych, należy zastosować dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp i dokonać stosownych wyjaśnień i uzupełnień w tym zakresie.

Również sama treść oferty, tzn. oferta w jej aspekcie materialnym, traktowana jako oświadczenie woli wykonania określonego zamówienia na wskazanych zasadach wraz z wszelkimi dokumentami i informacjami, które zobowiązanie wykonawcy precyzują i dookreślają, przed ewentualnym jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy winna podlegać stosownym poprawkom czy wyjaśnieniom przewidzianym w art. 87. Skoro w Tabeli urządzeń równoważnych podano wymiar H walczaka zgodny z zakładanym, natomiast w karcie katalogowej producenta znajdują się dane, które mogą powyższemu przeczyć, należało powyższe wyjaśnić w trybie przewidzianym ustawą, a nie od razu

przyjmować niezgodność treści oferty z treścią siwz w związku z brakiem zupełnego i nie budzącego wykazania równoważności przez wykonawcę. Dopiero w braku zadawalających wyjaśnień czy uzupełnień w tym zakresie uprawnione byłoby uznanie zaoferowanego urządzenia za nierównoważne wymaganiom siwz.

Odnosząc się do samej kwestii równoważności oferty, w ocenie Izby na wiarę zasługują wyjaśnienia i wyliczenia odwołującego w przedmiocie sumarycznych wymiarów wysokości walczaka zaproponowanego przezeń filtra przekładające się na wysokość złoża i długość przepływu wody surowej, na które składają się nie tylko wysokość części cylindrycznej ale również wysokość dennic. Ponadto powyższe zostało poparte wskazanym oświadczeniem producenta zbiornika filtracyjnego, które jest co prawda nieprecyzyjne, ale zasadniczo zbieżne i potwierdzające wyliczenia odwołującego, które przyjęła Izba. Reasumując, Izba uznała, iż w zakresie wysokości walczaka filtra oferta odwołującego jest nawet nie tylko równoważna, ale nawet dokładnie zgodna (w zakresie wymaganego H walczaka) z siwz. Tak samo w zakresie umiejscowienia zaworu wylotowego wody w filtrze Izba wskazuje, iż z karty katalogowej producenta wynika możliwość zastosowania zarówno zaworu górnego jak i bocznego. Karta katalogowa nie jest dokumentem czy oświadczeniem wytworzonym przez wykonawcę, które może w jakikolwiek sposób modyfikować. Natomiast odwołujący nie zaznaczył, które z dostępnych rozwiązań w swojej ofercie przewidział. Wobec powyższego kształtu karty katalogowej oraz związanego z powyższym braku pewności, które z rozwiązań wykonawca przewiduje w swojej ofercie, zamawiający mógł tą kwestię również wyjaśnić. Izba wskazuje, iż w świetle postanowień siwz możliwe jest zastosowanie zarówno odpływu bocznego jako założonego i wymaganego w siwz, jak i odpływu górnego, jako w pełni równoważnego rozwiązaniu tam przyjętemu. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby równoważność nie jest pochodną zupełnej tożsamości (w tym konstrukcyjnej) zastosowanych rozwiązań, ale może być odnoszona do parametrów czy funkcji urządzeń. Nie zasługują na wiarę twierdzenia zamawiającego zawarte w informacji o wynikach postępowania oraz w rozstrzygnięciu protestu o gorszych warunkach i jakości pracy filtra w przypadku zastosowania zaworu górnego zarówno w odniesieniu do możliwości wypłukiwania złoża, jak i utrudnień w odpowietrzaniu.

Przeciwnie, Izba uznaje, że to w przypadku niższego umiejscowienia wlotu wody odpływającej z filtra (tak jak to jest w przypadku zaworu bocznego) zachodzi większe prawdopodobieństwo wypłukiwania złoża, natomiast biorąc pod uwagę niewielki kąt nachylenia górnej pokrywy filtra, w przypadku niższego o kilka czy kilkanaście milimetrów umiejscowienia odpowietrznika (obok zaworu) ryzyko powstawania poduszki powietrznej jest marginalne, poza tym powietrze może uchodzić samym zaworem dodatkowo napowietrzając odpływającą wodę.

W przedmiocie zestawu pompującego, w nawiązaniu do wyżej czynionych rozważań co do ustalenia realnej równoważności oferty, oraz w związku z faktem, iż w trakcie postępowania odwoławczego adekwatnych i rozstrzygających dowodów w tym zakresie strony i uczestnik postępowania nie przedstawili, zasadne stało się nakazanie zamawiającemu wyczerpanie

drogi przewidzianej ustawą w zakresie ustalenia powyższych okoliczności niezbędnych dla oceny oferty odwołującego. Zamawiający winien odnośnie ustalenia równoważności podstawowych parametrów założonych i wymaganych w siwz zwrócić się w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do odwołującego o przedstawienie dokładnych wyliczeń obrazujących spełnienia parametrów założonych, w szczególności wydajności zestawu pompującego oraz pobieranej i przyznanej mocy. Izba zastrzega, iż wyliczenia tego typu mogą uwzględniać modyfikacje i rozwiązania możliwe do zastosowania w zestawie pompującym możliwe do dokonania bez zmieniania samej treści oferty oraz mogą dotyczyć i zakładać warunki pracy układu, których przyjęcie mieści się w ramach określonych przez specyfikację istotnych warunków zamówienia. Izba zaznacza, iż parametry tego typu zgodnie z postanowieniami siwz mają być „nie gorsze niż” rozwiązania przyjęte przez zamawiającego.

Na marginesie rozstrzygnięcia Izba podnosi, iż zgodnie z zasadami wykładni systemowej obowiązki wynikające z art. 30 ust. 5 ustawy, na który powołuje się zamawiający dotyczą wykazania równoważności zastosowanych rozwiązań, opisywanych i wskazywanych w art. 30 ust. 1-4, a nie opisanych poprzez wskazanie znaków towarowych lub pochodzenia urządzeń (29 ust. 3 Pzp). Ponadto wymagane w art. 30 ust. 5 wykazywanie, iż oferowane dostawy, usługi oraz roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego, jeżeli odbywa się przy pomocy oświadczeń i dokumentów, podlega dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp.

Nakazanie powtórnej oceny ofert jest równoważne z koniecznością unieważnienia wyboru oferty pierwotnie wybranej.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp zwracając odwołującemu nadwyżkę wpisu wniesionego w kwocie 20000 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....