

Sygn. akt: KIO/UZP 867/08

WYROK
z dnia 5 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03.09.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Qumak-Sekom S.A. Oddział w Krakowie, 30-402 Kraków, ul. Kobierzyńska 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrala Narodowego Funduszu Zdrowia, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186** protestu z dnia 30.07.2008 r.

orzeka:

1. Unieważnia postępowanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Centrala Narodowego Funduszu Zdrowia, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Qumak-Sekom S.A. Oddział w Krakowie, 30-402 Kraków, ul. Kobierzyńska 2,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Centrala Narodowego Funduszu Zdrowia, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186** na rzecz **Qumak-Sekom S.A. Oddział w Krakowie, 30-402 Kraków, ul. Kobierzyńska 2,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Qumak-Sekom S.A. Oddział w Krakowie, 30-402 Kraków, ul. Kobierzyńska 2.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrala Narodowego Funduszu Zdrowia w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Przebudowę lokali użytkowych Nr 13, 14, 15 w siedzibie NFZ przy ul. Grójeckiej 186 w Warszawie oraz budowę łącznika na IV kondygnacji”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 maja 2008 r. pod pozycją: 95701.

Pismem z dnia **23 lipca 2008** roku Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum firm: Asseco Systems S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum) oraz o odrzuceniu oferty Wykonawcy Qumak-Sekom S.A. Oddział w Krakowie (zwany dalej Odwołujący).

Pismem z dnia **30 lipca 2008** roku Odwołujący wniósł protest zarzucając czynnościom Zamawiającego:

- 1) dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego, której treść w pełni odpowiada treści s.i.w.z., a zaoferowany sprzęt stanowi rozwiązanie równoważne i spełnia wymogi techniczne stawiane przez Zamawiającego w s.i.w.z.;
- 2) dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, podlegającej odrzuceniu zgodnie z treścią przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i zaniechanie takiego odrzucenia;
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ABG S.A. z siedzibą w Warszawie, podlegającej odrzuceniu zgodnie z treścią przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako sprzecznej z treścią s.i.w.z.

Tym samym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak wskazania w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego, zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierającej rozwiązanie w pełni równoważne wskazanemu przez Zamawiającego;
- 3) przepisu art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie niezgodnej z powyższymi przepisami oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp interpretacji wymogów zawartych w s.i.w.z., prowadzącej w konsekwencji do opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez wyłączenie faktycznej możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego;

- 4) przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie niezgodnej z s.i.w.z. interpretacji jej zapisów w zakresie wymagań dla urządzeń równoważnych i w konsekwencji wyłączenie możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego;
- 5) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. oferty Konsorcjum oraz oferty Wykonawcy ABG S.A. i dokonanie wyboru oferty w/w Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący żądał powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu z zachowaniem wszelkich wymogów i zasad ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzasadniając zarzuty i żądania zawarte w proteście Odwołujący wskazał, iż:

1. Zamawiający określił w postępowaniu przedmiot zamówienia za pomocą wskazania wyrobów konkretnego producenta – firmy STULZ, nie wskazując jednoznacznie, że dopuszcza rozwiązania równoważne, co samo w sobie stanowi podstawę do unieważnienia postępowania z godnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy przyjęciu dokonywanej przez Zamawiającego wykładni s.i.w.z. Stąd koniecznym jest przyjęcie przez Zamawiającego interpretacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnej z jej treścią oraz przepisami ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w przesłanym rozstrzygnięciu dokonał niezgodnej z ustawą Pzp (art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7) oraz samą treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, interpretacji wymogu zapewnienia urządzeń równoważnych urządzeniom producenta wskazanego w treści s.i.w.z., którego produkty zostały podane jako przykładowe. Zamawiający wprowadził bowiem wymóg, nie wynikający z treści s.i.w.z., aby wszystkie oferowane urządzenia posiadały co najmniej takie same parametry spośród wszystkich wymienionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem w opisie technicznym przedmiotu zamówienia Zamawiający takiego wymogu nie zawarł, bo wskazał, że *„wymienione w opisie technicznym urządzenia i elementy, które przyjęto w projekcie, zostały podane dla przykładu. Wykonawcy przysługuje prawo zastąpienia podanych w projekcie urządzeń i elementów przez materiały i urządzenia o porównywalnej jakości, o co najmniej równoważnych parametrach technicznych, charakteryzujących m.in. sprawność, zużycie energii, wymiary, emisję hałasu”*. Co najmniej równoważne parametry to nie SA i nie mogą być takie same parametry (jak obecnie interpretuje ten wymóg Zamawiający), bo oferowana architektura rozwiązania zamiennego nie jest architekturą tego samego producenta, zatem przy innej konstrukcji rozwiązania różne parametry będą różne dla różnych urządzeń (w przypadku niektórych parametrów korzystniejsze w przypadku innych mniej). Odwołujący wskazuje, że w odpowiedziach na pytania Zamawiający podkreślał, że *„Zamawiający spodziewa się*

pełnej, kompleksowej oferty wykonania prac zgodnie z projektem, w przypadku braku jakiegokolwiek elementu należy uwzględnić go w kosztorysie ofertowym” (odpowiedź na pytanie 3 i 4). Ponadto, jeśli zamawiający nie wskazał parametrów minimalnych przedmiotu zamówienia, to na tym etapie, poprzez dokonywanie niekorzystnej dla Odwołującego wykładni postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, „Zamawiający nie może czynić zarzutu Wykonawcy z tego powodu, iż sam w niewystarczająco jasny sposób sformułował swoją wolę i z tego powodu odrzucać ofertę jako niezgodną z treścią s.i.w.z.” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2 lutego 2007 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-112/07). W tym postępowaniu Zamawiający nie wskazał takich minimalnych parametrów, podając produkty konkretnego producenta w Specyfikacji Technicznej, wskazał bowiem ogólnie, że dopuszcza zaoferowanie urządzeń o porównywalnych parametrach technicznych, zatem w chwili obecnej z takiego sformułowania s.i.w.z. nie może czynić zarzutu wykonawcom. Dodatkowo Zamawiający przewidując w samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość istotnych zmian (i wykonania projektu zamiennego), Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania rozwiązania, które nie we wszystkich aspektach będzie odpowiadało projektowi technicznemu powstałemu na bazie produktów innego producenta. Zatem wymaganie w chwili obecnej, aby każde urządzenie było identyczne pod względem wszystkich norm, jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji w udzielaniu zamówienia publicznego.

Odnosnie porównania parametrów technicznych oferowanych urządzeń Odwołujący wyjaśnia, że:

- 1) nie występuje różnica mocy chłodniczej pomiędzy zaprojektowanymi urządzeniami na poziomie 26,8 kW na poziomie jednej serwerowni. W przypadku serwerowni 2 różnica wynosi 1,3 kW, co mieści się w dopuszczalnej granicy błęd pomiarowego (5%);
- 2) ciśnienie dyspozycyjne w szafach klimatyzacyjnych spełniają wymóg posiadania ciśnienia na poziomie 200 Pa. Zamawiający błędnie porównał wartości podane przez wykonawców, w przypadku Konsorcjum przyjął wartości maksymalne, zaś w przypadku Odwołującego przyjął wartości minimalne;
- 3) odnośnie głośności pracy urządzeń wentylacyjnych Odwołujący stwierdza, że urządzenia oferowane przez Niego są w pełni równoważne, gdyż sklasyfikowane są w tej samej grupie (C) głośności.

2. Zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum jako sprzecznej z s.i.w.z.

- 1) zdaniem Odwołującego Konsorcjum w ogóle nie zaoferowało systemu monitoringu systemów BMS, pomimo, że system ten został ujęty jako jedna z części przedmiotu zamówienia w projekcie technicznym stanowiącym część specyfikacji istotnych

- warunków zamówienia. Brak zaoferowania powyższej części przedmiotu zamówienia potwierdza także, dokonana przez Odwołującego analiza kosztorysu, w którym pozycja system monitoringu systemów BMS nie została w ogóle ujęta;
- 2) ponadto Konsorcjum (na stronie 202 oferty) zamieniło producenta agregatu skraplającego z zaprojektowanego modelu McQuay M4LC 061C na Fujitsu AOY60F, nie opisując przy tym i nie wskazując nigdzie w ofercie, że dokonuje takowej zamiany i nie wskazał równoważności oferowanego agregatu. Odwołujący podkreśla, że model agregatu Fujitsu nie spełnia warunków równoważności, co do wagi (jest cięższy o 10 kg) i wymiarów (o ponad 40 cm wyższy);
 - 3) na stronie 206 oferty Konsorcjum w pozycji 125 kosztorysu zaoferowało agregat Fujitsu AJ126LATF zamiast zaprojektowanego Sanyo SPW-C0905DXH8. Proponowany zamiennik jest cięższy o 79 kg i biorąc maksymalne ciśnienie głośniejszy aż o 5 dB. Dodatkowo model Fujitsu pobiera z sieci aż 13,3 kW przy poborze 7,9 kW przez urządzenie Sanyo. Oferta zatem nie spełnia warunków s.i.w.z. i powinna zostać odrzucona;
 - 4) na stronie 211 oferty Konsorcjum w poz. 170 kosztorysu zaoferowało agregat Fujitsu AOY90L zamiast zaprojektowanego Sanyo SPW-C1155DXH8. Proponowany zamiennik jest (biorąc pod uwagę maksymalne wartości ciśnienia) głośniejszy o około 3 dB oraz posiada mniejszą moc chłodniczą 25 kW do 33 kW dla modelu Sanyo. Oferta zatem nie spełnia warunków s.i.w.z. i powinna zostać odrzucona
3. Zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy ABG S.A. jako sprzecznej z s.i.w.z.
- 1) zdaniem Odwołującego Wykonawca ABG S.A. na stronie 39 oferty nie poświadczył za zgodność z oryginałem kopii zapytania o udzielenie informacji o osobie z Krajowego Rejestru Karnego Ministerstwa Sprawiedliwości. Dokument ten nie jest zatem potwierdzony, a tylko podpisany.
 - 2) Wykonawca zamiast kosztorysu wykonania systemu klimatyzacji precyzyjnej, zamieścił niejako strony (257-258) mające postać przeklejonej bezpośredniej oferty, jaką być może otrzymał od firmy STULZ. W ofercie znajdują się sformułowania i założenia, że: „Zamawiający doprowadzi do urządzenia instalację odpływu skroplin, instalację wodną i zasilanie elektryczne”. Oznacza to, że Inwestor (Zamawiający) musi sobie zapewnić te media we własnym zakresie, a jest to sprzeczne z s.i.w.z. i przedmiotowym zamówieniem. Nigdzie w kosztorysach nie zamieszczono wykonania instalacji dla klimatyzacji precyzyjnej, co oznacza, że Wykonawca ABG S.A. dostarcza tylko urządzenia klimatyzacji precyzyjnej ale nie wiadomo już w jakiej ilości. Jest to zdaniem Odwołującego przesłanką do odrzucenia oferty Wykonawcy ABG S.A. jako sprzecznej z s.i.w.z., ustalającą inne niż zaoferowane rozwiązania w zakresie instalacji;

3) w kosztorysach brak jest dużego działu, jakim są instalacje elektroenergetyczne. Nie ma w ofercie urządzeń UPS, tras kablowych i rozdzielni elektrycznych. Nie skosztorysowano również systemu gaszenia i detekcji dymu. Z powyższych względów, oferta Wykonawcy ABG S.A. zdaniem Odwołującego powinna zostać odrzucona, jako sprzeczna z s.i.w.z. w braku zaoferowania przynajmniej jednego z elementów przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia **8 sierpnia 2008** roku Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego uwzględnienie w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum, natomiast w pozostałej części protest oddalił.

Uzasadniając wyjaśnił, że:

- 1) odnośnie zarzutu braku wskazania w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że podstawa prawna odrzucenia wynika w sposób nie budzący wątpliwości z uzasadnienia faktycznego podanego w zawiadomieniu;
- 2) odnośnie zarzutów dotyczących niezasadnego, zdaniem Odwołującego odrzucenia Jego oferty, zawierającej rozwiązania w pełni równoważne oraz niezgodnej z przepisami interpretacji wymogów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącej w konsekwencji do opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencją poprzez wyłączenie faktycznej możliwości zaoferowanego rozwiązania równoważnego, Zamawiający wyjaśnił, iż zlecił dokonanie analizy technicznej parametrów technicznych urządzeń zaproponowanych przez wykonawców, z której wynika, że urządzenia firmy EMERSON (zaoferowane przez Odwołującego) nie spełniają dwóch kryteriów, tj.:
 - kryterium wymaganej mocy chłodniczej niezbędnej dla skompensowania obciążenia cieplnego w pomieszczeniu 203,
 - kryterium wymaganego poziomu hałasu skraplacza w odległości 5 m.
- 3) odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert: Konsorcjum oraz Wykonawcy ABG S.A., jako niezgodnych z treścią s.i.w.z. i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej Zamawiająca wyjaśnił, iż:
 - a) w odniesieniu do zarzutu niezaoferowania systemu monitoringu systemu BMS, Zamawiający uznał, że zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Konsorcjum przedstawiło rozwiązanie kompleksowe, zgodne z projektem. Zgodnie z postanowieniami pkt 3.5.2 s.i.w.z. Wykonawcy byli zobowiązani do załączenia do oferty kosztorysu ofertowego, który jednak nie stanowi kalkulacji cenowej. Przedstawiony kosztorys miała za zadanie uwiarygodnić cenę, która w przedmiotowym postępowaniu miała być przedstawiona jako ryczałtowa. Ponadto, z

celu upewnienia się, że stanowisko Zamawiającego jest poprawne, zwrócił się On do Konsorcjum o wyjaśnienia. W odpowiedzi Konsorcjum potwierdziło, że oferowana cena obejmuje wykonanie systemu monitoringu systemu BMS.,

b) w odniesieniu do zarzutu dotyczącego zmiany producenta agregatu skraplającego, przeprowadzona przez Zamawiającego analiza techniczna potwierdziła słuszność zarzutów Odwołującego, czym zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum się potwierdził,

c) w odniesieniu do zarzutów skierowanych do oferty Wykonawcy ABG S.A. Zamawiający wyjaśnił, jak w uzasadnieniu powyżej. Wykonawca ABG S.A. w odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego potwierdził, że oferowana cena obejmuje wykonanie instalacji elektroenergetycznych oraz systemu gaszenia i detekcji dymu. Wykonawca ABG S.A. wyjaśnił również, że znajdujące się w ofercie sformułowanie „Zamawiający doprowadzi do urządzenia instalację odpływu skroplin, instalację wodną i zasilanie elektryczne” nie odnosi się do Zamawiającego, ale do relacji Wykonawca ABG S.A. i dostawca urządzenia. Odnośnie zarzutu braku poświadczenia „za zgodność z oryginałem” Zamawiający wyjaśnił, że na tej stronie (39 oferty) znajduje się podpis osoby uprawnionej, która zgodnie z treścią załączonego pełnomocnictwa może skutecznie składać oświadczenia woli w imieniu Wykonawcy, co powoduje, że kserokopia dokumentu została uwierzytelniona.

W związku z powyższym Odwołujący dnia **13 sierpnia 2008** roku wniósł odwołanie w części, w jakiej protest został oddalony do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając zaskarżonemu rozstrzygnięciu naruszenie przepisów art. 92 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych żądając uwzględnienia odwołania, i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jako niepodlegającej odrzuceniu;
- 2) odrzucenia oferty Wykonawcy ABG S.A., jako niespełniającej wymogów s.i.w.z.;
- 3) uwzględnienia oddalonych zarzutów stanowiących podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów załączonych do protestu oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Po zapoznaniu się z oryginalną dokumentacją przetargową, po wysłuchaniu stron na rozprawie oraz po zapoznaniu się z materiałem dowodowym przedstawionym na rozprawie przez strony Izba ustaliła, że postępowanie należy unieważnić na podstawie przepisu art. 191 ust. 3 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający opracowując dokumentację składającą się na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób określony w przepisach art. 29 ust. 3, art. 30 ust. 6 z uwzględnieniem przepisu art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tomie II Projektu Adaptacji Zamawiający, na stronie 2 zamieścił uwagę dotyczącą opisu technicznego urządzeń i elementów, w następującym brzmieniu: *„Wymienione w opisie technicznym urządzenia i elementy, które przyjęto w projekcie w poszczególnych instalacjach zostały podane dla przykładu. Wykonawcy przysługuje prawo zastąpienia podanych w projekcie urządzeń i elementów przez materiały i urządzenia o porównywalnej jakości, o co najmniej równoważnych parametrach technicznych, charakteryzujących m.in. sprawność, zużycie energii, wymiary, emisję hałasu. Wykonawca proponujący urządzenia i materiały zamiennie jest odpowiedzialny za sprawdzenie możliwości ich zastosowania w obiekcie pod każdym względem, między innymi: wymiarów, ciężaru, sposobu transportu, montażu, podłączeń, parametrów zasilania energetycznego, sterowania, gwarancji, itp. Znaczące zmiany będą powodowały konieczność wykonania projektu zamiennego”*. Ponadto w odpowiedziach na pytania Wykonawców (pismo z dnia 28 maja 2008 roku, znak: AZP-2611-12/08) Zamawiający odpowiadając na pytanie Nr 5 *„Czy Zamawiający wymaga dodatkowych wyjaśnień w ofercie przy zaoferowaniu urządzeń równoważnych? Jeżeli tak, to jakich?”* Odpowiedział, iż *„Zgodnie z zapisami w opisach technicznych załączonych do s.i.w.z., wszystkie wymienione w opisie technicznym urządzenia i elementy, które przyjęto w projekcie w poszczególnych instalacjach zostały podane dla przykładu. Wykonawcy przysługuje prawo zastąpienia podanych w projekcie urządzeń i elementów przez materiały i urządzenia o porównywalnej jakości, o co najmniej równoważnych parametrach technicznych, charakteryzujących m.in. sprawność, zużycie energii, wymiary, emisję hałasu. Wykonawca proponujący urządzenia i materiały zamiennie jest odpowiedzialny za sprawdzenie możliwości ich zastosowania w obiekcie pod każdym względem, między innymi: wymiarów, ciężaru, sposobu transportu, montażu, podłączeń, parametrów zasilania energetycznego, sterowania, gwarancji, itp.”*. Podobnie Zamawiający odpowiedział na pytania Nr 6 i 12.

Ponadto Zamawiający, na stronie 47 i 48 tomu II Projektu Adaptacji opisał przyjęte rozwiązania techniczne. Wskazał, iż doboru urządzeń klimatyzacyjnych dokonał w oparciu o m.in. następujące dane:

- obciążenie cieplne pomieszczenia Nr 203 - 195 kW;
- obciążenie cieplne pomieszczenia Nr 204 - 82 kW;
- poziom ciśnienia hałasu skraplacza w odległości 5m - 40 dBA.

Ze względu na specjalny charakter przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp może być on stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach i musi być interpretowany ściśle, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i gdy Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”.

Zamawiający, w przedmiotowym postępowaniu, wskazując w dokumentacji projektowej rozwiązania oparte o urządzenia firmy STULZ zawarł informację, iż urządzenia i elementy, które przyjęto w projekcie zostały podane dla przykładu. Jednocześnie dopuścił możliwość zastąpienia wskazanych w dokumentacji projektowej urządzeń i elementów na materiały i urządzenia o porównywalnej jakości, o co najmniej równoważnych parametrach technicznych. Nie wskazał jednocześnie, co rozumie pod pojęciem równoważności, nie wskazał również parametrów minimalnych, jakie są stawiane rozwiązaniom równoważnym. Poprzez sztywne określenie parametrów m.in. obciążenia cieplnego pomieszczeń 203 i 204 oraz poziomu ciśnienia hałasu skraplacza w odległości 5m, nie dopuścił możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego.

Zamawiający powinien w taki sposób przygotować specyfikację istotnych warunków zamówienia i w taki sposób sprecyzować w niej dodatkowe warunki, by mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności oferty. Dopiero w takim przypadku będzie on uprawniony do podjęcia decyzji o zakwalifikowaniu oferty jako równoważnej bądź jej odrzuceniu. Nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia jedynie wskazanie, iż dopuszcza, cyt.: *„... zastąpienia wskazanych w dokumentacji projektowej urządzeń i elementów na materiały i urządzenia o porównywalnej jakości, o co najmniej równoważnych parametrach technicznych”*. Opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać dokładne określenia precyzujące wymogi Zamawiającego w zakresie równoważności. Precyzyjne określenie równoważności daje bowiem możliwość oceny i porównania złożonych ofert. Brak wskazania minimalnych wymagań w zakresie równoważności, przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu stanowi naruszenie zasady określonej w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp oraz zasady określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia publicznego. Podobnie wyrok Zespół Arbitrów z dnia 3 sierpnia 2007 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-937/07, w którym skład orzekający wskazał, iż *„Bezwzględny obowiązką jest*

opisanie przedmiotu zamówienia tak, aby umożliwił on złożenie ofert porównywalnych, zawierających urządzenia spełniające identyczne wymagania techniczne i jakościowe". Tak samo Postanowienie Zespołu Arbitrów z dnia 13 stycznia 2006 roku, sygn. akt. UZP/ZO/0-14/06, w którym skład nie pozostawił wątpliwości, iż: „Zamawiający wskazując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt, a pomijając minimalne wymagania dające obraz realnych oczekiwań, co do oferowanego produktu, nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego, określoną art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek”.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej również wypowiedział się w podobnej sprawie w wyroku z dnia 23 stycznia 2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 101/07 wskazując, że: *„Ponieważ opisowi przedmiotu zamówienia nie można było przypisać cechy jednoznaczności i wyczerpującego charakteru, stwierdzić należy, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Poprzez zawarcie w treści SIWZ niejednoznacznych i niespójnych postanowień, zamawiający naruszył tym samym także art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., jako że wykonawcy w różny sposób interpretowali postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.*

Tym samym Zamawiający nie opisując wymogów minimalnych, jakie mają spełnić oferowane przez Wykonawców urządzenia i elementy równoważne (inne niż przyjęte w projekcie), którymi Zamawiający będzie kierował się przy ocenie ofert, w zakresie zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. czy zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, powoduje konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 191 ust. 3 z związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający nie ma prawnej ani faktycznej możliwości porównania zaoferowanego przez Odwołującego rozwiązania równoważnego z uwagi na fakt, iż w s.i.w.z. Zamawiający nie określił, w jaki sposób będzie oceniał rozwiązania równoważne, jakimi kryteriami będzie się kierował przy stwierdzeniu równoważności oraz nie wskazał parametrów minimalnych, które muszą spełniać rozwiązania równoważne, aby mogły zostać uznane za spełniające wymogi stawiane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Tym samym zachodzi okoliczność przewidziana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie jest w stanie dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o postanowienia opracowanej przez Niego specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przepis art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, iż umowa o zamówienie publiczne jest nieważna, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Zamawiający poprzez niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia, naruszył przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co w konsekwencji powoduje, iż umowa zawarta w wyniku zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z Wykonawcą, którego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą byłaby nieważna na mocy przepisu art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*