

**WYROK**  
z dnia 5 marca 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PGM Projekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Konstantynowie Łódzkim i W. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą VIOLBEX W. B. z siedzibą w Rąbieniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Piątek**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Piątek unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PGM Projekt Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i W. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą VIOLBEX W. B.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Piątek i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PGM Projekt Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i W. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą VIOLBEX W. B. tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Gminy Piątek na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PGM Projekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i W. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą VIOLBEX W. B. kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający – Gmina Piątek prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę pasywnego budynku przedszkola w Piątku” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 21 grudnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 769598. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### **I Stanowisko Odwołującego**

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PGM Projekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i W. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą VIOLBEX W. B. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu niezgodne z przepisami odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że treść oferty Odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego. Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci: 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu publicznym na okoliczności podane w uzasadnieniu odwołania, 2) oferty Odwołującego na okoliczności podane w uzasadnieniu odwołania, 3) pozostałych ofert złożonych w postępowaniu na okoliczność tego, że tylko dwóch oferentów podało producenta stolarki oraz typ i producenta ogniw fotowoltaicznych, z czego jeden złożył dokument o nazwie „Parametry urządzeń/materiałów oferowanych w ramach przetargu na wykonanie robót budowlanych pn. Budowa pasywnego budynku przedszkola w Piątku” oraz karty katalogowe, a drugi złożył tabelę porównawczą i karty katalogowe; pozostali wykonawcy wskazanych informacji nie złożyli.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie służyło wyłonieniu wykonawcy robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych uznając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż „zgodnie z zapisem zawartym w rozdziale 2 w pkt 2 specyfikacji Wykonawca zobligowany był wskazać w ofercie typ i producenta oferowanych ogniw fotowoltaicznych oraz producenta oferowanych okien i drzwi zewnętrznych. Wykonawca składający ofertę nr 4 nie spełnił w/w wymogu tj. nie wskazał w ofercie: - typu i producenta oferowanych ogniw fotowoltaicznych, - producenta oferowanych drzwi zewnętrznych, stąd Zamawiający nie ma możliwości zidentyfikowania przedstawionych w ofercie, wskazanych przez Zamawiającego urządzeń”.

Odwołujący nie zgadza się z takim stanowiskiem Zamawiającego.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na które powołuje się Zamawiający (str. 17-18) dotyczą zaproponowania rozwiązań równoważnych: „Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania materiałów w i urządzeń równoważnych w stosunku do określonych w PFU przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, którymi charakteryzują się produkty lub usługi dostarczone przez konkretnego wykonawcę, pod warunkiem: 1) zastosowania wyrobów budowlanych, urządzeń, materiałów i elementów wyposażenia o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż wyroby budowlane i urządzenia wskazane w PFU, 2) wykazania, że zastosowane wyroby budowlane i urządzenia spełniają wymagania określone w PFU (zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy pzp). W przypadku propozycji urządzeń/ materiałów równoważnych/ zamiennych Wykonawca zobowiązany jest do złożenia razem z ofertą, kart katalogowych, dokumentów potwierdzających dane techniczne/ certyfikaty zgodności/ krajowe deklaracje zgodności lub krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego lub krajowe oceny techniczne wydawane na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych /Dz. U. z 2014 r. poz. 883 ze zm./ tych urządzeń/materiałów. W tym celu Wykonawca jest zobowiązany do załączenia do oferty, tabeli porównawczej (tabeli równoważności) dla danych urządzeń/materiałów, zawierającej w jednej kolumnie wszystkie wyszczególnione w PFU ich parametry, zaś w drugiej – parametry urządzeń/materiałów oferowanych w celu potwierdzenia, że oferta jest zgodna z treścią SIWZ: - stolarka okienna i drzwiowa:

Parametry techniczne i cechy, jakie muszą posiadać zastosowane okna i drzwi, istotne dla Zamawiającego i decydujące o zachowaniu równoważności:

- współczynnik przenikania ciepła U dla okien nie większy niż 0,65 W/m<sup>2</sup>xK,
  - współczynnik przenikania ciepła U dla drzwi nie większy niż 1,0 W/m<sup>2</sup>xK,
- Wykonawca winien wskazać w ofercie producenta oferowanego produktu.
- ogniwa fotowoltaiczne

Parametry techniczne i cechy, jakie muszą posiadać zastosowane kolektory PV, istotne dla Zamawiającego i decydujące o zachowaniu równoważności:

- Zamawiający wymaga aby oferowane fotoogniwa po upływie 12 lat zachowywały nie mniej niż 90% swojej sprawności

Wykonawca winien wskazać w ofercie typ i producenta oferowanego produktu”.

Sposób redakcji przywołanych zapisów, ich kontekst wskazuje na to, że obowiązek podania w ofercie typu i producenta ogniw fotowoltaicznych oraz producenta stolarki okiennej i drzwiowej tyczy się sytuacji zaofiarowania rozwiązań równoważnych, a nie, jak twierdzi Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, że są to zdania stanowiące o obowiązku podania wskazanych informacji niezależnie od stosowania rozwiązań równoważnych („Wykonawca winien wskazać w ofercie producenta oferowanego produktu.”, „Wykonawca winien wskazać w ofercie typ i producenta oferowanego produktu.”)

Gdyby chciał je czytać samodzielnie, nie wiadomo nawet, jakiego „produktu” dotyczą. W postępowaniu na roboty budowlane wykorzystywanych produktów są setki, tysiące. Gdyby chciał ustalić, o jakie produkty chodzi należałoby czytać szerzej (z wcześniejszymi postanowieniami), ale wówczas mowa już konkretnie o zachowaniu równoważności.

Rozwiązań równoważnych Odwołujący w swojej ofercie nie proponował.

Zamawiający nie przewidział miejsca w formularzu ofertowym na wpisanie typu i producenta ogniw fotowoltaicznych oraz producenta stolarki. To uzupełniająco może wskazywać na to, że podanie tej informacji nie było obowiązkowe dla wszystkich oferentów.

Z sześciu wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, tylko dwóch wskazało producenta stolarki oraz typ i producenta ogniw fotowoltaicznych: John Bud Jan Perka złożył dokument o nazwie „Parametry urządzeń/materiałów oferowanych w ramach przetargu na wykonanie robót budowlanych pn. Budowa pasywnego budynku przedszkola w Piątku” oraz karty katalogowe, a P.P.H.U. Sochbud s.c. złożył tabelę porównawczą i karty katalogowe. Pozostali wykonawcy (czterech z sześciu) wskazanych informacji nie złożyli.

Istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest także to, że przedmiotowe zamówienie realizowane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, co oznacza, że stolarka oraz ogniwa fotowoltaiczne, co do których Zamawiający oczekuje podania producentów i typów, nie zostały jeszcze zaprojektowane; lecz dopiero zostaną zaprojektowane w wyniku udzielenia przedmiotowego zamówienia. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia programem funkcjonalno-użytkowym, a przedmiotem zamówienia jest budowa budynku pasywnego, więc nie można wiążąco na etapie składania oferty na wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych podać informacji o producencie i typie produktów istotnych dla uzyskania pasywności (stolarka, fotowoltaika). W trakcie przygotowywania dokumentacji projektowej może bowiem wyniknąć problem z uzyskaniem pasywności i trzeba będzie zmodyfikować dokumentację, np. zmienić parametry stolarki czy ogniw fotowoltaicznych. Mieszcząc się

w wymaganiach PFU, we wskazanych tam wartościach granicznych, można np. zmniejszyć współczynnik przenikania ciepła w stolarnie. Może to oznaczać konieczność zaprojektowania stolarki innego producenta niż wskazany w ofercie. Podobnie rzecz się ma, jeśli chodzi o ogniwa fotowoltaiczne.

## II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z tym, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z zapisem zawartym w rozdziale 2 w pkt 2 specyfikacji wykonawca zobligowany był wskazać w ofercie typ i producenta oferowanych ogniw fotowoltaicznych oraz producenta oferowanych okien i drzwi zewnętrznych. Odwołujący nie spełnił tego wymogu, co uniemożliwiło Zamawiającemu zidentyfikowanie przedstawionych w ofercie, wskazanych przez Zamawiającego urządzeń.

Zamawiający nie może się zgodzić z podniesionymi w odwołaniu argumentami. W rozdziale 2 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, str. 17, widnieje zapis, który wprost i jednoznacznie definiuje obowiązek wskazania w ofercie typu i producenta konkretnych, wymienionych poniżej urządzeń: „W tym celu Wykonawca jest zobowiązany do załączenia do oferty, tabeli porównawczej (tabeli równoważności) dla danych urządzeń/materiałów, zawierającej w jednej kolumnie wszystkie wyszczególnione w PFU ich parametry, zaś w drugiej - parametry urządzeń/materiałów oferowanych w celu potwierdzenia, że oferta jest zgodna z treścią SIWZ: stolarka okienna i drzwiowa:

Parametry techniczne i cechy, jakie muszą posiadać zastosowane okna i drzwi, istotne dla Zamawiającego i decydujące o zachowaniu równoważności:

współczynnik przenikania ciepła  $U$  dla okien nie większy niż  $0,65 \text{ W/m}^2\text{xK}$ ,

współczynnik przenikania ciepła  $U$  dla drzwi nie większy niż  $1,0 \text{ W/m}^2\text{xK}$ , Wykonawca winien wskazać w ofercie producenta oferowanego produktu.

ogniwa fotowoltaiczne

Parametry techniczne i cechy, jakie muszą posiadać zastosowane kolektory PV, istotne dla Zamawiającego i decydujące o zachowaniu równoważności:

- Zamawiający wymaga aby oferowane fotoogniwa po upływie 12 lat zachowywały nie mniej niż 90% swojej sprawności

Wykonawca winien wskazać w ofercie typ i producenta oferowanego produktu.”

W ofercie Odwołującego nigdzie nie wskazano typu i producenta dla wymaganych przez Zamawiającego materiałów i urządzeń tj. okien i drzwi (producent) oraz ogniw fotowoltaicznych (typ i producent).

Stanowisko Odwołującego, że nie wskazał w ofercie typu i producenta wymaganych materiałów i urządzeń z uwagi na to, że nie stosował materiałów i urządzeń równoważnych w stosunku do określonych w PFU nie jest właściwe. W PFU Zamawiający nie wskazał bowiem w tym zakresie ani typów, ani producentów wymaganych materiałów i urządzeń, a określił jedynie ich parametry. Zatem wymóg wskazania typu i producenta określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia materiałów i urządzeń pozostawał aktualny dla wszystkich produktów – zarówno tych o parametrach takich, jak wskazane w PFU, jak i dla produktów o parametrach lepszych.

W wyroku KIO 1292/11 Izba uznała, iż brak wskazania i skonkretyzowania przedmiotu dostawy na etapie składania ofert należy uznać za niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, polegającą na niewłaściwym, tzn. niezgodnym z wymaganiami, opisanu przedmiotu dostawy. Jak wynika z tego wyroku, nie jest możliwe wykorzystanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do dokonania zmiany w treści oferty. Nie można bowiem uznać za nieistotną zmianę w treści oferty polegającą na wskazaniu nazwy producenta urządzenia lub jego modelu, nawet w przypadku, gdyby nie prowadziło to do zmiany parametrów urządzenia, jakie podano w złożonej ofercie.

W związku z powyższym Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego o wątpliwościach co do jednoznaczności zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagania wskazania w ofercie producenta okien i drzwi oraz typu i producenta ogniw fotowoltaicznych. Odwołujący miał możliwość, na etapie postępowania, zwrócenia się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli jej zapisy budziły jakiegokolwiek wątpliwości, a nawet jeśli uważał jej treść za wadliwą, jej oprotestowania. Z takich uprawnień nie skorzystał.

Podniesiony argument, że w postępowaniu dwie firmy wskazały wymagany typ i producenta materiałów i urządzeń przemawia na korzyść Zamawiającego. Fakt, że owe firmy złożyły oferty zgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia świadczy wyłącznie o tym, że oferenci uważnie przeczytali dokumenty przetargowe i wypełnili wskazane w nich warunki.

Zamawiający stoi na stanowisku, że nieistotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest to, że przedmiotowe zamówienie realizowane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Podanie w ofercie typu i producentów wymaganych materiałów i urządzeń nie wymaga uprzedniego opracowania projektów budowlanych czy wykonawczych, z uwagi na to, że wskazane przez Zamawiającego istotne parametry dla wymaganych materiałów i urządzeń, tj. współczynnik przenikania ciepła  $U$  dla okien nie większy niż  $0,65 \text{ W/m}^2\text{xK}$ , współczynnik przenikania ciepła  $U$  dla drzwi nie większy niż  $1,0 \text{ W/m}^2\text{xK}$ , ogniwa fotowoltaiczne – Zamawiający wymaga, aby oferowane fotoogniwa po upływie 12 lat zachowywały nie mniej niż 90% swojej sprawności, są niezależne od rozwiązań projektowych i odpowiadają

wymaganiom dla budynków pasywnych. Argumentacja Odwołującego o ewentualnej konieczności zmiany parametrów stolarki czy ogniów na etapie przygotowania dokumentacji projektowej, w związku z problemami z uzyskaniem pasywności budynku, jest nieprawdziwa i nie znajduje potwierdzenia w obowiązujących przepisach i normach, a także zapisach dokumentacji przetargowej. Zamawiający określił w dokumentacji postępowania zakres i sposób wykonania zamówienia oraz parametry zastosowanych materiałów i urządzeń w sposób gwarantujący uzyskanie pasywności obiektu.

Dodatkowo w uzasadnieniu odwołania występuje rażąca nieścisłość – Odwołujący wskazuje, że rozwiązań równoważnych w swojej ofercie nie proponował, a jednocześnie kilka akapitów dalej, że w trakcie przygotowywania dokumentacji projektowej może wyniknąć problem z uzyskaniem pasywności i trzeba będzie zmodyfikować dokumentację, np. zmienić parametry stolarki czy ogniów fotowoltaicznych. Oba powyższe stwierdzenia wzajemnie się wykluczają.

### III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść oferty Odwołującego oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowiska Odwołującego przedstawionego podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu jest odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przywołany przepis stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe i ich konsekwencje rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją



istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W rozdziale 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia”, na str. 17 i 18 (wskazywanych przez Zamawiającego jako część specyfikacji istotnych warunków zamówienia będąca podstawą stwierdzonej niezgodności) Zamawiający zamieścił następujące informacje (postanowienia):

„Zamieszczone w SIWZ, w szczególności w Programie Funkcjonalno Użytkowym, nazwy własne producentów nie są wiążące dla wykonawcy, należy je traktować wyłącznie jako przykładowe dla zobrazowania opisywanych parametrów i wymogów technicznych. Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów, urządzeń równoważnych, tj. o parametrach funkcjonalnych nie gorszych niż wskazane przez Zamawiającego. Wszystkie przewidziane w Programie Funkcjonalno Użytkowym parametry i wymogi techniczne przykładowych materiałów, urządzeń są parametrami minimalnymi, chyba że zapis mówi inaczej.

Jeżeli w PFU pojawią się ewentualnie wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, to określają one minimalny standard jakości materiałów lub urządzeń przyjętych do wyceny. Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania przez Wykonawcę materiałów i urządzeń równoważnych o parametrach nie gorszych od wymaganych. Oferowane materiały i urządzenia muszą być równoważne jakościowo tym podanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Ciężar udowodnienia równoważności zaoferowanego przedmiotu spoczywa na Wykonawcy (art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W przypadku wątpliwości dotyczących równoważności oferowanych produktów zamawiający wezwie Wykonawcę do złożenia we wskazanym terminie wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania materiałów i urządzeń równoważnych w stosunku do określonych w PFU, przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, którymi charakteryzują się produkty lub usługi dostarczone przez konkretnego wykonawcę, pod warunkiem:

- 1) zastosowania wyrobów budowlanych, urządzeń, materiałów i elementów wyposażenia o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż wyroby budowlane i urządzenia wskazane w PFU,
- 2) wykazania, że zastosowane wyroby budowlane i urządzenia spełniają wymagania określone w PFU (zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy pzp).

W przypadku propozycji urządzeń/ materiałów równoważnych/ zamiennych Wykonawca zobowiązany jest do złożenia razem z ofertą, kart katalogowych, dokumentów

potwierdzających dane techniczne/ certyfikaty zgodności/ krajowe deklaracje zgodności lub krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego lub krajowe oceny techniczne wydawane na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych /Dz. U. z 2014 r. poz. 883 ze zm./ tych urządzeń/materiałów. W tym celu Wykonawca jest zobowiązany do załączenia do oferty, tabeli porównawczej (tabeli równoważności) dla danych u rządzeń/materiałów, zawierającej w jednej kolumnie wszystkie wyszczególnione w PFU ich parametry, zaś w drugiej – parametry u rządzeń/materiałów oferowanych w celu potwierdzenia, że oferta jest zgodna z treścią SIWZ: stolarka okienna i drzwiowa:

Parametry techniczne i cechy, jakie muszą posiadać zastosowane okna i drzwi, istotne dla Zamawiającego i decydujące o zachowaniu równoważności:

- współczynnik przenikania ciepła U dla okien nie większy niż 0,65 W/m<sup>2</sup>xK,
- współczynnik przenikania ciepła U dla drzwi nie większy niż 1,0 W/m<sup>2</sup>xK,

Wykonawca winien wskazać w ofercie producenta oferowanego produktu.

- ogniwa fotowoltaiczne

Parametry techniczne i cechy, jakie muszą posiadać zastosowane kolektory PV, istotne dla Zamawiającego i decydujące o zachowaniu równoważności:

- Zamawiający wymaga aby oferowane fotoogniwa po upływie 12 lat zachowywały nie mniej niż 90% swojej sprawności

Wykonawca winien wskazać w ofercie typ i producenta oferowanego produktu.

Ustalenia dodatkowe:

a) dla zamówienia objętego niniejszym postępowaniem należy przyjąć podatek VAT w wysokości 23%.

b) cena ofertowa stanowi sumę wszystkich składowych przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazuje, że wymagane do złożenia w ramach oferty uproszczone kosztorysy ofertowe, wobec zastosowanej w postępowaniu i wymaganej ceny ryczałtowej, stanowią jedynie materiał poglądowy Zamawiającego. Zamawiający wymaga złożenia uproszczonych kosztorysów ofertowych, ponieważ mogą one stanowić podstawę do rozliczenia się z wykonawcą w przypadku ograniczenia zakresu rzeczowego zamówienia, rozwiązania umowy przed wykonaniem zamówienia z przyczyn wskazanych w Umowie, jak również mogą służyć jako pomoc w rozliczeniu inwestycji.

c) zastosowane urządzenia i materiały muszą być dopuszczone do obrotu na rynku polskim oraz posiadać wszelkie wymagane prawem atesty, dopuszczenia do obrotu oraz certyfikaty.

d) na wszystkie roboty wykonane w ramach kontraktu tj. na wykonane roboty i wbudowane materiały Wykonawca udziela 60 miesięcznej albo 72 miesięcznej gwarancji od dnia dokonania odbioru ostatecznego przez Zamawiającego.”

Jest faktem powszechnie wiadomym, że przy interpretacji tekstu, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, znaczenie ma nie tylko sama jego treść, ale także układ/wygląd, czyli usytuowanie (np. dany rozdział lub punkt), zastosowane akapity, odstępy, wcięcia, numeracja i punktowanie (tj. podział na punkty, podpunkty, tirety itd.), pogrubienia, pochylenia, grupowanie lub dzielenie poszczególnych elementów tekstu itp. zabiegi.

W niniejszej sprawie oba powyższe elementy, tj. sama treść tekstu, jak i jego układ (wygląd) mają istotne znaczenie dla jego interpretacji.

W ocenie Izby oba te elementy nie wskazują (a na pewno nie wskazują w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wykonawców), że wykonawcy byli zobowiązani podać w ofercie typ i producenta oferowanych ogniw fotowoltaicznych oraz producenta oferowanych okien i drzwi zewnętrznych. Jeśli taka była rzeczywista intencja Zamawiającego w chwili sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to nie została ona oddana w tekście tej specyfikacji, co potwierdzają także oferty wykonawców, którzy albo nie podali (potencjalnie wymaganych) nazw w ogóle, albo zachowali się tak, jakby złożyli oferty na produkty równoważne.

Również Odwołujący (i ewentualnie inni wykonawcy) nie bez podstaw przyjął, że takiego obowiązku nie ma.

Jak wynika bowiem z zacytowanego powyżej tekstu, to w przypadku „propozycji urządzeń/materiałów równoważnych/ zamiennych Wykonawca zobowiązany jest do złożenia razem z ofertą, kart katalogowych, dokumentów potwierdzających dane techniczne/ certyfikaty zgodności/ krajowe deklaracje zgodności lub krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego lub krajowe oceny techniczne wydawane (...)” i „w tym celu Wykonawca jest zobowiązany do załączenia do oferty, tabeli porównawczej (tabeli równoważności) dla danych u rządzeń/materiałów, zawierającej w jednej kolumnie wszystkie wyszczególnione w PFU ich parametry, zaś w drugiej – parametry u rządzeń/materiałów oferowanych”, przy czym „parametry techniczne i cechy, jakie muszą posiadać zastosowane okna i drzwi, istotne dla Zamawiającego i decydujące o zachowaniu równoważności” (tu wskazane parametry współczynnika przenikania ciepła). „Wykonawca winien wskazać w ofercie producenta oferowanego produktu. - ogniwa fotowoltaiczne Parametry techniczne i cechy, jakie muszą posiadać zastosowane kolektory PV, istotne dla Zamawiającego i decydujące o zachowaniu równoważności (...) Wykonawca winien wskazać w ofercie typ i producenta oferowanego produktu.” Tym samym cała treść, czytana łącznie, odnosi się do równoważności i parametrów równoważności.

Po drugie – także sam układ tekstu nie wskazuje na zmianę tematu i przejście do innych zagadnień, tj. od równoważności do wymogów w stosunku do każdej oferty. W szczególności Zamawiający – jeśli rzeczywiście przechodził do nowego zagadnienia – nie zastosował

odstępów pomiędzy poszczególnymi zagadnieniami, np. podziału na akapity, punkty, odstępy pomiędzy poszczególnymi wersami nie zachowują logiki dla czytającego, brak również logiki przy zmianie kroju czcionki (jej wielkości, pogrubień, podkreśleń) i rozpoczynaniu wersu od myślnika, od wielkiej litery.

Dodatkowo Zamawiający w rozdziale 2. zawarł odmienne od siebie zagadnienia, niekoniecznie dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, robi nielogiczne przejścia pomiędzy tymi zagadnieniami (kolejne punkty to kwestia VAT, ceny ofertowej i kosztorysów oraz certyfikatów, współfinansowania ze środków Unii Europejskiej itd.).

W ocenie Izby tekst ten nie przekazuje czytającym w sposób jasny i czytelny intencji Zamawiającego. Ogólnie specyfikację istotnych warunków zamówienia w rozdziale 2. należy ocenić jako sporządzoną w sposób wyjątkowo nieporządkany i mało czytelny.

Także w rozdziale 15. „Opis sposobu przygotowania oferty” Zamawiający nie odniósł się do konieczności podania w niej wskazanych informacji. W punkcie 6. „Informacje pozostałe” wskazał jedynie:

„7. Treść złożonej oferty musi odpowiadać treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

8. Oferta złożona przez Wykonawcę powinna zawierać:

- 1) Potwierdzenie wniesienia wadium,
- 2) Formularz ofertowy,
- 3) Kosztorysy ofertowe,
- 4) Dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie przez Wykonawców warunków udziału określone w SIWZ,
- 5) Zobowiązanie podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 22a ust. 2 ustawy Pzp – jeśli Wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego

Powyższe dokumenty oraz załączniki powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę bez wyjątku i ściśle według warunków i postanowień zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia bez dokonywania w nich zmian przez Wykonawcę.

W przypadku gdy jakakolwiek część powyższych dokumentów nie dotyczy Wykonawcy, wpisuje on – nie dotyczy.

Oferta składana przez wykonawcę powinna być sporządzona zgodnie z formularzami dołączonymi do niniejszej specyfikacji.”

Również w przygotowanym przez Zamawiającego formularzu ofertowym – zgodnie z którym miała być sporządzona oferta wykonawców – brak jest odniesienia do obowiązku podania typu i producenta oferowanych ogniw fotowoltaicznych oraz producenta oferowanych okien i drzwi zewnętrznych.

Tym samym Izba uznała, że Zamawiający nie sporządził w specyfikacji istotnych warunków zamówienia instrukcji dla wykonawców co do sporządzenia oferty w sposób, który pozawalałaby na stwierdzenie, że w jej treści każdorazowo musi się znaleźć wskazanie typu i producenta oferowanych ogniw fotowoltaicznych oraz producenta oferowanych okien i drzwi zewnętrznych – a tym samym, że oferta nie zawierająca takiego wskazania jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że nie można treści oferty Odwołującego uznać za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i tym samym nie ma podstaw do jej odrzucenia z powodów wskazanych przez Zamawiającego.

Za wnioskiem tym przemawia także fakt, że posługując się pojęciami ustawowymi z ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający powinien się nimi posługiwać w znaczeniu im nadanym przez tę ustawę.

Ustawa Prawo zamówień publicznych do równoważności odnosi się w dwóch regulacjach. Po pierwsze – w art. 29 ust. 3 („Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy <<lub równoważny>>”), którego regulacja dotyczy znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę.

Po drugie – w art. 30 ust. 4 i 5 („Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy <<lub równoważne>>. 5. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, w przypadku korzystania z norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych.”). Sytuacja opisana w tych przepisach jest marginalna, gdyż wykonawcy stosunkowo rzadko oferują produkty nie odnosząc się do norm europejskich i polskich.

W każdym z tych przypadków o równoważności jest mowa jedynie w zakresie użytych znaków towarowych (patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który

charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę) albo norm polskich i europejskich (europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych), nie zaś wymaganych parametrów technicznych, wydajności, funkcjonalności itd., którymi posługuje się Zamawiający (określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie używając powyższych znaków towarowych itd. oraz norm polskich i europejskich itd. – i które muszą być w ofercie dotrzymane.

Zamawiający, jak stwierdził, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w programie funkcjonalno-użytkowym, nie stosował odniesienia do znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, zatem nie ma tu w ogóle mowy o równoważności w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym i rozdziale 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 30 ust. 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma zastosowania w niniejszym sporze).

Również wskazania Odwołującego zawartego w odwołaniu, iż „w trakcie przygotowywania dokumentacji projektowej może wyniknąć problem z uzyskaniem pasywności i trzeba będzie zmodyfikować dokumentację, np. zmienić parametry stolarki czy ogniw fotowoltaicznych”, nie można rozpatrywać w powyższym kontekście równoważności. Jest to bowiem jedynie stwierdzenie dotyczące konieczności zastosowania konkretnego produktu na etapie projektowania do celu stworzenia budynku pasywnego o wymaganych parametrach, a nie deklaracja oferowania produktu równoważnego do wymaganego przez Zamawiającego w ofercie.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1, § 5, § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości mniejszej niż progi

unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 10.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący:

a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,

b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w art. 548 ustawy,

c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,

b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,

c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,

d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Z kolei § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 10.000 złotych i zasądziła zwrot od Zamawiającego ww. wpisu w wysokości 10.000 złotych oraz zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 złotych.

**Przewodniczący:** .....