

**WYROK**  
**z dnia 28 lipca 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2016 roku przez wykonawcę: **INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie, ul. Kisielewskiego 18/28 B, 42-215 Częstochowa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Polskiej Organizacji Wojskowej 24, 42-200 Częstochowa**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Zakładowi Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawcę INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego: Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie na rzecz wykonawcy: INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie kwotę **13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Częstochowie**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie [zwany dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - w trybie przetargu nieograniczonego - na realizację zadania pn.: *Instalacja klimatyzacji i odprowadzania skroplin, zasilanie urządzeń klimatyzacyjnych w 3 budynkach użytkowych Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej TBS Sp. z o.o. w Częstochowie*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 czerwca 2016 roku pod pozycją 66841. Zamawiający w dniu 8 lipca 2016 roku – drogą elektroniczną – przesłał wykonawcom informację o unieważnieniu postępowania oraz o odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców w tym postępowaniu.

W dniu 13 lipca 2016 roku wykonawca INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,
- czynności badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego,
- czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo, że w postępowaniu złożono co najmniej jedną ofertę

niepodlegającą odrzuceniu, tj. ofertę odwołującego, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- 3) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
- dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego,
- dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazywał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz, że poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołujący wskazał, iż w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 8 lipca 2016 roku zamawiający podał następujące uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego: *„Oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy — Prawo Zamówień Publicznych (jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia), ponieważ Wykonawca zaoferował dla budynku użytkowego zlokalizowanego przy ul. POW 24, jednostki zewnętrzne — agregaty skraplające dla układu A2 i A3 dedykowane do montażu na stałym podłożu, wymagających konstrukcji wsporczych lub platform mocowanych do elewacji budynku, tj. sposobu mocowania innego niż z zastosowaniem wsporników typowych prefabrykowanych (przygotowanych dla urządzeń do montażu naściennego) ponadto urządzenia posiadają wentylator chłodzący skraplacz o pionowym wypływie powietrza. Zaoferowane urządzenia są niezgodne z zapisem pkt III.3.2) SIWZ i nie spełniają warunku równoważności opisanego w pkt III.4.3) SIWZ.”*. Odwołujący nie zgodził się z powyższym uzasadnieniem odrzucenia jego oferty podnosząc, iż w żadnym punkcie SIWZ, jak i załączników do SIWZ, zamawiający nie wskazał, że wykluczone jest oferowanie agregatów dedykowanych do montażu na stałym podłożu, wymagających konstrukcji wsporczych lub platform mocowanych do elewacji budynku, tj. sposobu mocowania innego niż z zastosowaniem wsporników typowych prefabrykowanych (przygotowanych dla urządzeń do montażu naściennego), a w szczególności takiego postanowienia nie zawierają powołane

przez zamawiającego pkt III.3.2) SIWZ i pkt III.4.3) SIWZ. Odwołujący stwierdził, że pkt III.3.2) SIWZ nic nie mówi o sposobie montażu jednostek zewnętrznych, tj. agregatów skraplających dla układu A2 i A3, odsyłając jedynie do projektów wykonawczych, stanowiących załączniki do SIWZ i wskazując, że lokalizacje (czyli nie sposób montażu) jednostek klimatyzacyjnych określono w projektach wykonawczych. Podkreślił również, iż projekty wykonawcze również nie zawierają zakazu oferowania agregatów dedykowanych do montażu na stałym podłożu, wymagających konstrukcji wsporczych lub platform mocowanych do elewacji budynku, tj. sposobu mocowania innego niż z zastosowaniem wsporników typowych prefabrykowanych (przygotowanych dla urządzeń do montażu naściennego). Zauważył, że w projekcie wykonawczym dla Budynku Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej „TBS” Sp. z o.o. przy ul. Polskiej Organizacji Wojskowej w Częstochowie, w części opisowej na str. 15 odnośnie montażu urządzeń klimatyzacyjnych wskazano jedynie, że: *„należy również zapewnić mocowanie urządzeń instalacji klimatyzacyjnych zgodnie z zaleceniami ich producenta, uwzględniając materiał z którego jest wykonany. Dla zastosowanych wsporników nie należy przekraczać wartości przenoszonych obciążeń zadeklarowanych przez jego producenta.”*. Zdaniem odwołującego, z powyższego wynika, że zamawiający ani nie narzucił, ani nie wykluczył żadnego sposobu montażu. Odwołujący podnosił, że również w części rysunkowej projektu wykonawczego nie zawarto jakichkolwiek wytycznych dotyczących sposobu montażu agregatów skraplających, a jedynie wskazano lokalizację i dane techniczne. Stwierdził też, że na każdym rysunku w Uwagach jest następująca informacja: *„przed przystąpieniem do prac należy zapoznać się z wytycznymi wybranego producenta odnośnie wymagań montażowych i posadowienia urządzeń”*. Tym samym, w ocenie odwołującego, należało uznać, że sposób montażu agregatów został pozostawiony do uznania wykonawcy, oczywiście z uwzględnieniem zaleceń producenta agregatów.

Dodatkowo, odwołujący zauważył, że również w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót dla ww. obiektu brak jest zakazu oferowania agregatów dedykowanych do montażu na stałym podłożu, wymagających konstrukcji wsporczych lub platform mocowanych do elewacji budynku, tj. sposobu mocowania innego niż z zastosowaniem wsporników typowych prefabrykowanych (przygotowanych dla urządzeń do montażu naściennego), a jedyne postanowienie dotyczące sposobu montażu zostało zamieszczone na str. 22, tj.: *„Jednostki zewnętrzne montować na ścianie zewnętrznej zgodnie z zaleceniami producenta stosując odpowiedniego rodzaju zakotwienia.”*. Następnie wskazał, że w przedmiarze robót dla układu A2 w poz. 21 wskazano: *„Montaż konstrukcji wsporczej do zamocowania urządzeń”*, co oznacza, iż sam zamawiający przewidział w przedmiarze

robót konieczność zamontowania konstrukcji wsporczych dla urządzeń klimatyzacyjnych, czyli takich konstrukcji, jakich planuje użyć odwołujący.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego nie wskazał żadnego postanowienia SIWZ z którego wynikałby zakaz oferowania agregatów dedykowanych do montażu na stałym podłożu, wymagających konstrukcji wsporczych lub platform mocowanych do elewacji budynku, tj. sposobu mocowania innego niż z zastosowaniem wsporników typowych prefabrykowanych (przygotowanych dla urządzeń do montażu naściennego).

Następnie odwołujący stwierdził, iż z pkt III.4.3) SIWZ nie wynika czy to wymagany czy wykluczony przez zamawiającego sposób montażu agregatów skraplających. W ocenie odwołującego bez znaczenia jest również to, że agregaty skraplające wskazane przez zamawiającego w SIWZ z nazwy i producenta najprawdopodobniej są agregatami montowanymi z zastosowaniem wsporników.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający dopuścił w SIWZ oferowanie rozwiązań równoważnych, co wynika z pkt III.4.3) i III.4.4) SIWZ, przy czym ani w SIWZ, ani w załącznikach do SIWZ nie wskazał, że agregaty skraplające oferowane jako równoważne, muszą posiadać sposób mocowania nie inny niż z zastosowaniem wsporników typowych prefabrykowanych (przygotowanych dla urządzeń do montażu naściennego), a nawet zamawiający nie podał w SIWZ, że agregaty skraplające wskazane w SIWZ z nazwy i producenta są agregatami montowanymi z zastosowaniem wsporników typowych prefabrykowanych (przygotowanych dla urządzeń do montażu naściennego). Zdaniem odwołującego nie ma żadnych wątpliwości, że sposób montażu agregatów skraplających nie stanowił kryterium równoważności, a jeśli intencja zamawiającego była inna, to nie wyraził jej w postanowieniach SIWZ. Odwołujący zauważył ponadto, że nie istnieją agregaty skraplające, które w ogóle nie wymagałyby konstrukcji wsporczej, umożliwiającej zamocowanie agregatu do elewacji budynku, w postaci czy to platform mocowanych do elewacji budynku, czy wsporników czy jeszcze innych.

Zdaniem odwołującego również to, że zaoferowane przez niego urządzenia posiadają wentylator chłodzący skraplacz o pionowym wypływie powietrza, w żadnym wypadku nie oznacza niezgodności treści złożonej przez niego oferty z treścią SIWZ, w szczególności ze wskazanym przez zamawiającego pkt III.3.2) SIWZ czy pkt III.4.3) SIWZ. Dodał także, że zamawiający ani w SIWZ, ani w załącznikach do SIWZ, nie wskazał, że równoważne agregaty skraplające nie mogą posiadać wentylatora chłodzącego skraplacz o pionowym wypływie powietrza. Stwierdził, iż zakazu stosowania wentylatora chłodzącego skraplacz

o pionowym wypływie powietrza w żaden sposób nie da się wyinterpretować z postanowień SIWZ.

Następnie, odwołujący podniósł, iż w SIWZ, dokumentacjach projektowych, przedmiarach robót, Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót zamawiający postawił wyłącznie następujące wymagania co do agregatów:

a) w projekcie wykonawczym dla obiektu: Budynek Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej „TBS” Sp. z o.o. przy ul. Polskiej Organizacji Wojskowej 24 w Częstochowie, branża sanitarna, pkt 4.2. (str. 9):

„• *Należy zastosować urządzenia o możliwie najwyższej efektywności energetycznej, o nie niższych współczynnikach niż: dla układów o nominalnej mocy chłodniczej, większej od 12 kW: COP=3,3, EER=3,2.*

• *Jednostki zewnętrzne powinny być wyposażone w sprężarki typu inwerter.”*

b) w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót dla ww. obiektu, pkt 12.15. (str. 22-23):

„• *Należy zastosować urządzenia o możliwie najwyższej efektywności energetycznej, o nie niższych współczynnikach niż:*

° *dla układów o nominalnej mocy chłodniczej, większej od 12 kW: COP=3,5, EER=3,2.*

• *Jednostki zewnętrzne powinny być wyposażone w sprężarki typu inwerter.”*

Jednocześnie odwołujący podkreślił, że zaoferowane przez niego agregaty skraplające spełniają wszystkie ww. wymagania.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że zamawiający w dokumentacji wskazał konkretne agregaty skraplające (jednostki zewnętrzne) konkretnego producenta, tj. zarówno w przypadku układu A2, jak i układu A3, wskazał agregat MVAS2800T produkowany przez firmę Aermec, jednocześnie dopuszczając oferowanie agregatów równoważnych.

Ponadto, odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do kwestii określenia parametrów równoważności w SIWZ, w tym: wyrok z dnia 19 marca 2013 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 516/13, wyrok z dnia 14 maja 2012 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 887/12, wyrok z dnia 7 kwietnia 2008 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 254/08, wyrok z dnia 5 stycznia 2011 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2734/11. Zdaniem odwołującego, zamawiający dostosował się do nakazów płynących z orzecznictwa Izby i określił w SIWZ kryteria równoważności, tj. wskazał wymagania i parametry, które muszą spełniać agregaty równoważne, przy czym brak wśród nich zakazu stosowania wentylatora chłodzącego skraplacz o pionowym wypływie powietrza, jak i zakazu oferowania agregatów dedykowanych do montażu na stałym podłożu, wymagających konstrukcji wsporczych lub platform mocowanych do elewacji budynku, tj.

sposobu mocowania innego niż z zastosowaniem wsporników typowych prefabrykowanych (przygotowanych dla urządzeń do montażu naściennego).

Ponadto, odwołujący podkreślił, że jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert z rozwiązaniami równoważnymi, niewystarczające jest wskazanie przez niego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz uczynienie dopisku „lub równoważne”, lecz w takim przypadku opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać precyzyjnie określone wymagania zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu równoważności oferty. Zdaniem odwołującego, jeżeli zamawiający nie wskazał w SIWZ danego parametru czy właściwości jako kryterium równoważności, to nie może takiego kryterium wprowadzać dopiero na etapie badania i oceny oferty, nie może również odrzucać oferty z powodu niespełniania kryterium równoważności, które nie zostało zamieszczone w SIWZ. Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący powołał następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 28 marca 2011 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 545/11, wyrok z dnia 10 października 2012 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2059/12, wyrok z dnia 2 września 2011 r., wydany w sprawach o sygn. akt: KIO 1772/11 i KIO 1783/11.

Tym samym, w ocenie odwołującego odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest możliwe, skoro zamawiający nie wskazał w SIWZ, że agregaty równoważne nie mogą wykorzystywać wentylatora chłodzącego skraplacz o pionowym wypływie powietrza, tak samo jak nie wskazał w SIWZ, że agregaty równoważne muszą być mocowane z zastosowaniem wsporników typowych prefabrykowanych (przygotowanych dla urządzeń do montażu naściennego). Dodał również, że z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, iż wykonawcy nie mogą być obciążani skutkami zaniechań zamawiającego przy formułowaniu postanowień SIWZ, a ponadto postanowienia te powinny być interpretowane dla nich w sposób możliwie korzystny. Zamawiający jest bezwzględnie związany postanowieniami SIWZ i nie może od nich odstąpić na etapie badania i oceny ofert, co wynika m.in. z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2013 r., wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 386/13.

Reasumując stwierdził, że zamawiający może oceniać agregaty równoważne zaoferowane przez odwołującego tylko w ramach tych kryteriów równoważności, które zostały sformułowane w SIWZ, a nie pod kątem własnych preferencji, niewyrażonych w SIWZ i ujawnionych dopiero na etapie badania i oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo, że w postępowaniu złożono co najmniej jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu, tj. ofertę odwołującego, której treść odpowiada



treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odwołujący wskazywał, że w przedmiotowym postępowaniu została złożona co najmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, tj. oferta odwołującego i tym samym brak było podstaw do unieważnienia postępowania.

Z kolei odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, odwołujący stwierdził, iż skoro w przedmiotowym postępowaniu została złożona co najmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, tj. oferta odwołującego, której treść odpowiada treści SIWZ, to zamawiający zamiast unieważnić postępowanie powinien wybrać ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą ofertę. Odwołujący podniósł, iż złożona przez niego oferta jest ofertą, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił jak w *petitum* odwołania.

Zamawiający w dniu 25 lipca 2016 roku - za pośrednictwem poczty elektronicznej, a w dniu 26 lipca 2016 roku w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron - w oryginale - złożył odpowiedź na odwołanie (datowaną na dzień 22 lipca 2016 roku), w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że: *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego*, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z: protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”] wraz z załącznikami, w tym w szczególności z projektu wykonawczego dla Budyńku Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej „TBS” Sp. z o.o. przy ul. Polskiej Organizacji Wojskowej 24 w Częstochowie,

Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, oferty złożonej przez odwołującego, opinii biegłego sporządzonej w ramach przedmiotowego postępowania, zawiadomienia o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty odwołującego oraz z dokumentów złożonych przez strony w toku postępowania odwoławczego.

Izba nie przeprowadziła dowodu z dokumentu w postaci instrukcji dotyczącej instalacji urządzenia, załączonej do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 22 lipca 2016 roku, z uwagi na to, że dokument ten został złożony wyłącznie w języku angielskim, bez tłumaczenia na język polski, co jest niezgodne z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [j.t. Dz.U. z 2014 r., poz. 964], stanowiącym, iż: *Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.*

Ponadto, Izba uwzględniła oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w pismach, tj. w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie datowanej na dzień 22 lipca 2016 roku, a także stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 26 lipca 2016 roku.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest: *Instalacja klimatyzacji i odprowadzania skroplin, zasilanie urządzeń klimatyzacyjnych w 3 budynkach użytkowych Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej TBS Sp. z o.o. w Częstochowie, tj.:*

- 1) *Biurze Zarządu, ul. POW 24, 42-200 Częstochowa;*
- 2) *Oddziale Eksploatacji nr II, ul. Wały Dwernickiego 101/105, 42-200 Częstochowa;*
- 3) *Oddziale Eksploatacji nr III, Al. Niepodległości 27, 42-200 Częstochowa.*

W zawiadomieniu z dnia 8 lipca 2016 roku zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż: *„w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu”* oraz o odrzuceniu ofert złożonych w tym postępowaniu, w tym oferty złożonej przez odwołującego. Zamawiający podał następujące uzasadnienie odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego: *„Oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy — Prawo Zamówień Publicznych (jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia), ponieważ Wykonawca zaoferował dla budynku użytkowego zlokalizowanego*

*przy ul. POW 24, jednostki zewnętrzne — agregaty skraplające dla układu A2 i A3 dedykowane do montażu na stałym podłożu, wymagających konstrukcji wsporczych lub platform mocowanych do elewacji budynku, tj. sposobu mocowania innego niż z zastosowaniem wsporników typowych prefabrykowanych (przygotowanych dla urządzeń do montażu naściennego) ponadto urządzenia posiadają wentylator chłodzący skraplacz o pionowym wypływie powietrza. Zaoferowane urządzenia są niezgodne z zapisem pkt III.3.2) SIWZ i nie spełniają warunku równoważności opisanego w pkt III.4.3) SIWZ. Zamawiający nie wzywał Wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy — Prawo Zamówień Publicznych z uwagi na fakt, iż jego oferta podlega odrzuceniu”.*

Należy również zaznaczyć, że zamawiający powołał w ramach przedmiotowego postępowania biegłego, który w opinii w części dotyczącej oferty złożonej przez odwołującego (oferta nr 3) odnośnie jednostki zewnętrznej zaoferowanej przez odwołującego dla Układu A 2 i A3 w budynku przy ul. POW 24 w Częstochowie wskazał, że: *„Dokumentacja projektowa nie przewiduje zastosowania agregatów skraplających dedykowanych do montażu na stałym podłożu, wymagających konstrukcji wsporczych lub platform mocowanych do elewacji budynku, tj. sposobu mocowania innego niż z zastosowaniem wsporników typowych – prefabrykowanych (przygotowanych dla urządzeń do montażu naściennego, posiadających wentylator chłodzący skraplacz o poziomym przepływie powietrza). Urządzenie uznaje się za nierównoważne”.*

W pkt III.3.2) SIWZ zamawiający określił, iż: *„W ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca winien: wykonać roboty montażowe urządzeń instalacji klimatyzacji zgodnie z projektami wykonawczymi, stanowiących załączniki do SIWZ (lokalizacje jednostek klimatyzacyjnych określono w projektach wykonawczych)”.*

Natomiast w pkt III.4.3) SIWZ zamawiający wskazał, że: *„Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych z zastosowaniem innych materiałów, armatury i urządzeń niż podane w dokumentacjach projektowych, pod warunkiem, że zaproponowane materiały i urządzenia będą posiadały parametry techniczne, technologiczne i eksploatacyjne nie gorsze niż te, które przedstawiono w dokumentacjach projektowych.”.*

Jednocześnie w pkt III.4.4) SIWZ zamawiający określił, iż: *„zgodnie z art. 30 ust 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2015.2164) Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego materiały, armatura i urządzenia spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w niniejszej SIWZ, dokumentacjach projektowych, przedmiarach robót, Specyfikacjach Technicznych Wykonania i odbioru robót. W celu potwierdzenia, że oferowane materiały odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego*

Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty: dokumentację techniczną dotyczącą oferowanego materiału równoważnego. Przez dokumentację techniczną rozumie się np. karty katalogowe, specyfikacje techniczne udostępniane przez producentów i dystrybutorów. Specyfikacje techniczne muszą potwierdzać wszystkie wymagane minimalne parametry wyszczególnione w opisie przedmiotu zamówienia niniejszej SIWZ. Dokumenty o których mowa w zdaniu poprzednim muszą być złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonych własnoręcznym podpisem przez osobę uprawnioną do działania w imieniu Wykonawcy”.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest uzasadniony.

Zamawiający wskazał jako podstawę prawną uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Izba, w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę, podziela stanowisko wyrażone przez odwołującego, iż zamawiający nie określił w SIWZ, ani w załącznikach do SIWZ, w tym w projektach wykonawczych, konkretnego sposobu montażu jednostek zewnętrznych (agregatów skraplających) dla układu A2 i A3, który uznawałby za wyłącznie właściwy. W części opisowej projektu wykonawczego dla obiektu usytuowanego w Częstochowie przy ul. Polskiej Organizacji Wojskowej 24 (co do którego odwołujący zaoferował jednostki zewnętrzne w ocenie zamawiającego niezgodne z treścią SIWZ) zamawiający określił jedynie, iż: *„W zakresie robót budowlanych należy przewidzieć wykonanie przebić przez przegrody budynku, wykonanie bruzd ich wypełnienie, wykończenie i malowanie powierzchni pomieszczeń po pracach instalacyjnych. Należy również zapewnić mocowanie urządzeń instalacji klimatyzacyjnych zgodnie z zaleceniami ich producenta, uwzględniając materiał z którego jest wykonany. Dla zastosowanych wsporników nie należy przekraczać wartości przenoszonych obciążeń zadeklarowanych przez producenta.”*. W ocenie Izby nie sposób z takiego opisu wywodzić, że zamawiający określił jako jedynie właściwy sposobu mocowania agregatów wyłącznie z zastosowaniem wsporników typowych prefabrykowanych (przygotowanych dla urządzeń do montażu naściennego), co zostało podniesione w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego oraz, że wykluczył inne sposoby mocowania agregatów skraplających. Nie wynika to również w ocenie Izby z uwag końcowych zawartych na stronie 16 projektu wykonawczego – na co wskazywał zamawiający w trakcie rozprawy w dniu 26 lipca 2016 roku - gdzie jedynie zostało wskazane, iż: *„Przed oddaniem do użytkowania należy wykonać próbę szczelności instalacji chłodniczych. Należy zapewnić okresowy przegląd i serwis urządzeń i instalacji klimatyzacyjnych. Całość prac wykonać*

*z materiałów i urządzeń dopuszczonych do stosowania w budownictwie, na podstawie deklaracji właściwości użytkowych, deklaracji zgodności, znaków bezpieczeństwa CE, wystawionych przez producentów. (Dziennik Ustaw z dnia 13.06.2013 r. o zmianie ustawy o wyrobach budowlanych poz. 898). Prace należy wykonać pod nadzorem kierownika robót branżowych”.*

Podobnie takiego wniosku – co do wskazania na sposób montażu jednostek zewnętrznych wyłącznie z użyciem wsporników typowych prefabrykowanych (przygotowanych dla urządzeń do montażu naściennego) – nie sposób wywieść z części rysunkowej projektu. Niewątpliwie, z części rysunkowej projektu wykonawczego wynika, że usytuowanie tych jednostek powinno być nad drzwiami, jednak zamawiający nie zarzucał odwołującemu niewłaściwej lokalizacji montowanych agregatów. Natomiast w uwagach w części rysunkowej projektu wykonawczego zawarto m.in. informację, iż: *„Przed przystąpieniem do prac należy zapoznać się z wytycznymi wybranego producenta odnośnie wymagań montażowych i posadowienia urządzeń”.* Nie ma natomiast zastrzeżenia, że montaż powinien nastąpić z użyciem wsporników typowych prefabrykowanych.

Natomiast w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót w pkt 12.14 dotyczącym montażu klimatyzatorów zamawiający określił, jedynie, iż: *„Klimatyzator należy montować wypoziomowany w pionie i w poziomie. Klimatyzator należy montować z uwzględnieniem możliwości grawitacyjnego odprowadzania skroplin. Klimatyzatory należy mocować do ściany zgodnie z instrukcją montażu producenta. Klimatyzatory należy montować uwzględniając ciężar jednostki oraz w sposób uniemożliwiający przenoszenie wibracji. Jednostki zewnętrzne montować na ścianie zewnętrznej zgodnie z zaleceniami producenta stosując odpowiedniego rodzaju zakotwienia.”.*

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że treść SIWZ, ani załączniki do SIWZ nie wykluczają innych sposobów montowania jednostek zewnętrznych (agregatów skraplających) aniżeli z zastosowaniem wsporników typowych prefabrykowanych.

Również w ocenie Izby zaferowanie urządzenia posiadającego wentylator chłodzący skraplacz o pionowym wypływie powietrza nie stanowi o niezgodności oferty odwołującego z treścią SIWZ.

Zauważyć należy, że nie było sporne między stronami, iż część rysunkowa projektu wykonawczego dla obiektu, o którym była mowa powyżej, obrazuje agregaty skraplające dla układu A2 i A3 posiadające wentylator o poziomym wypływie powietrza, tj. jednostki MVAS280T. Część rysunkowa projektu wykonawczego dotyczy tego konkretnego modelu agregatu skraplającego, a poniżej zamieszczony został schemat całej instalacji chłodniczej. Odwołujący wskazywał, że zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne, a jednocześnie

nie określił jako jednego z warunków równoważności parametru/ właściwości poziomego wypływu powietrza. Izba podziela stanowisko odwołującego również w tym zakresie. Zamawiający bowiem nie określił w treści SIWZ, jak i w załącznikach do SIWZ, że uznaje za równoważne wyłącznie urządzenia posiadające wentylator chłodzący skraplacz o poziomym wypływie powietrza. To, że na rysunkach są zobrazowane urządzenia posiadające taki kierunek wypływu powietrza nie oznacza jednocześnie, że zamawiający jako równoważne nie dopuściłby innych rozwiązań. Jak słusznie zauważył odwołujący część rysunkowa dotyczy konkretnego modelu urządzenia o konkretnym kierunku wypływu powietrza, a wobec braku zastrzeżenia, że zamawiający dopuszcza wyłącznie urządzenia posiadające wentylator chłodzący skraplacz o poziomym wypływie powietrza, nie można uznać, że zaoferowane przez odwołującego urządzenia są niezgodne z treścią SIWZ.

Izba podziela stanowisko odwołującego, iż opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać precyzyjnie i jednoznacznie określone wymagania Zamawiającego w odniesieniu do parametrów równoważności oferowanych urządzeń, co jest podstawą dla prawidłowej oceny ofert złożonych w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 7 września 2015 roku podjętej w sprawie o sygn. akt: KIO/KD 50/15 wyraziła pogląd, podzielany również przez skład orzekający w niniejszej sprawie, iż: *„Trzeba mieć bowiem na względzie, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia, której część składową stanowi opis przedmiotu zamówienia (argument z art. 36 ust. 1 pkt 3 P.z.p.) powinna być zasadniczo jedynym źródłem informacji wykonawców o potrzebach i wymaganiach zamawiającego. Innymi słowy wykonawcy powinni mieć możliwość ustalenia na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jakie parametry posiada rozwiązanie referencyjne oraz które z nich są dla zamawiającego na tyle istotne, że przesądzają o równoważności innego dostępnego na rynku rozwiązania. Należy również zastrzec, że z reguły nie jest tak, jakoby produkt równoważny posiadał wszystkie cechy rozwiązania referencyjnego, stąd istotne jest precyzyjne opisanie wszystkich parametrów równoważności. W przeciwnym razie decyzja zamawiającego w przedmiocie zgodności oferty zawierającej rozwiązania równoważne ze specyfikacją obarczona byłaby nieuzasadnioną uznaniowością. Logicznym następstwem takiego stanu rzeczy byłoby oferowanie rozwiązań referencyjnych, ponieważ tylko takie postępowanie nie jest obarczone ryzykiem odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność ze specyfikacją.”*

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zaoferowane przez odwołującego urządzenia, tj. agregaty skraplające dla układu A2 i A3 dla budynku użytkowego zlokalizowanego przy ul. Polskiej Organizacji Wojskowej 24 w Częstochowie, nie są niezgodne z postanowieniami zawartymi w pkt III.3.2) i w pkt III.4.3) SIWZ, a tym samym

decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp była bezpodstawna.

Izba zgadza się ponadto ze stanowiskiem odwołującego, wyrażonym w toku rozprawy w dniu 26 lipca 2016 roku, iż zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 lipca 2016 roku, powołał również nowe okoliczności jako uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego, które nie zostały zawarte w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, jak np. powołanie się na przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, czy przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane. Argumentacja w tym zakresie nie mogła zostać wzięta pod uwagę, skoro nie znalazła odzwierciedlenia w podstawach odrzucenia oferty odwołującego i również trudno ją uznać za polemikę z treścią odwołania. Odwołanie dotyczy konkretnych podstaw odrzucenia oferty, które zostały zakomunikowane odwołującemu. Powołane przepisy nie mają bezpośredniego związku z kwestią równoważności, która powinna zostać jednoznacznie określona w SIWZ, czy z kwestią sposobu montażu, o którym mowa w pkt III.3.2. SIWZ.

Ze względu na potwierdzenie się zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że treść tej oferty odpowiada treści SIWZ, zasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie bowiem z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.*

Skoro, odrzucenie oferty odwołującego okazało się bezpodstawne, to oznacza, że nie ziściły się przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego była bowiem konsekwencją odrzucenia wszystkich ofert złożonych przez wykonawców w tym postępowaniu, w tym i oferty złożonej przez odwołującego.

Jednocześnie Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.* Zatem powołany powyżej przepis dotyczy sposobu oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 5 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zwanego dalej: „Rozporządzeniem”.

Zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia: *W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę: Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego.*

Jednocześnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia wynika, że: *Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się:*

- 1) *wpis (...);*
- 2) *uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności:*
  - a) (...)
  - b) *wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł.*

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania (10 000 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł), na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący: .....**