

Sygn. akt: KIO 1150/11

## WYROK

z dnia 17 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Przemysław Dzierzędzki

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **Dariusza Kaszubę**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Kaszub, Dariusz Kaszuba w Kielpinie – Lesznie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Uniejów**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Tamex Obiekty Sportowe S.A. w Warszawie i PPHU Ekoinzbud w Uniejowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Uniejów** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych) uiszczoną przez **Dariusza Kaszubę**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Kaszub, Dariusz Kaszuba w Kielpinie – Lesznie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Uniejów** na rzecz **Dariusza Kaszuby**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Kaszub, Dariusz Kaszuba w Kielpinie – Lesznie** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Sieradzu**.

**Przewodniczący:** .....

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

Zamawiający – Gmina Uniejów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest budowa kompleksu rekreacyjno – sportowego w Uniejowie – etap I. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 marca 2011 r.

W dniu 27 maja 2011 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcy Dariuszowi Kaszubie, prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Firma Kaszub, Dariusz Kaszuba w Kiełpinie – Lesznie zwanemu dalej „odwołującym” zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i w konsekwencji unieważnieniu postępowania odwołujący wniósł w dniu 1 czerwca 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił:

- a) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
- b) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- c) naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że zaoferowany przez niego system wzmocnienia trawy jest równoważny do systemu przedstawionego w dokumentacji projektowej, a tym samym wymaganego przez zamawiającego. Przywoływał treść odpowiedzi z dnia 25.03.2011 r. jakiej zamawiający udzielił na pytanie jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wywodził, iż zamierza zainstalować system wzmocnienia naturalnej murawy z Desso GrassMaster, który instalowany jest na stadionach Premier League, co powoduje, że patent ten jest uznawany wśród praktyków za najlepszy na świecie. System ten gwarantuje przedłużenie żywotności boisk, co potwierdza stosowanie go od 1992 r., zapewnia ciągłą gotowość do gry oraz wzmacnia naturalne ukorzenie trawy. Zadaniem systemu wzmocnienia murawy naturalnej jest wprowadzenie do nawierzchni naturalnej włókien

sztucznych, co zapewnia murawie naturalnej wytrzymałość sztucznej trawy przy jakości naturalnej murawy.

Podkreślał, że wykazanie równoważności nie polega na dowodzeniu, że zaoferowany produkt jest lepszy, czy że nie jest gorszy niż ten, którego wymaga zamawiający, ale że umożliwia uzyskanie efektu założonego przez zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych.

Opinia techniczna wydana przez Instytut Techniki Budowlanej, na którą powołuje się zamawiający, jest de facto porównaniem parametrów technicznych systemu opisanego w dokumentacji przetargowej przez zamawiającego oraz systemu oferowanego przez odwołującego. Wyniki analizy nie mogą być traktowane jako materiał wiarygodny, chociażby ze względu na fakt, iż opiniujący nie posiadał większości danych systemu Desso GrassMaster, co wynika z tabeli porównawczej zamieszczonej na stronie 2 opinii Instytutu Techniki Budowlanej (przy większości cech wpisano „brak danych”). Podnosił, że Instytut Techniki Budowlanej w swojej opinii de facto nie porównywał równoważności systemów pod kątem ich przydatności do zastosowania a starał się dokonać analizy pojedynczych parametrów. Tym samym opinia nie odnosi się do równoważności a do tożsamości tych systemów. Funkcja ani zastosowanie nie podlegały porównaniom.

Odwołujący podkreśla, iż system ten ma umożliwić uzyskanie efektu założonego przez zamawiającego i nie musi posiadać identycznych rozwiązań technicznych, co potwierdził generalny projektant i wykonawca dokumentacji budowy kompleksu edukacyjno - sportowego i współtwórca SIWZ do omawianego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w piśmie z dnia 15.04.2011 r., gdzie wyjaśnił, iż dopuszcza produkty równoważne.

Ponadto, w piśmie z dnia 26.04.2011 r., w odpowiedzi na zapytanie zamawiającego, potwierdził równoważność systemu zaoferowanego przez odwołującego.

Zaznaczał, iż zamawiający nie wskazał ani w SIWZ ani w odpowiedziach na pytania jakie rozwiązania uznane zostaną za równoważne, nie podał żadnych cech systemu, który uzna za równoważny. Sposób oceny równoważności został jedynie opisany w przypadku drugiego boiska, gdzie zastosowana miała być nawierzchnia całkowicie ze sztucznej trawy. W przypadku kwestionowanego systemu wyznacznikiem równoważności musi więc być cel i funkcjonalność zastosowanego rozwiązania.

Odwołujący podkreślał, iż zamawiający nie żądał dokumentów wymienionych w dokumentacji projektowej dotyczącej boisk A i B. Pomimo to, zamawiający pismem z dnia 12.04.2011 r. wezwał odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających równoważność systemu.

Odwołujący w szczegółowych wyjaśnieniach z dnia 14.04.2011 r. wyczerpująco opisał zaoferowany system równoważny oraz dołączył do wyjaśnień dokumentację systemu

wzmocnienia murawy naturalnej Desso GrassMaster, list referencyjny Desso GrassMaster oraz certyfikat Desso Sports System jako producenta preferowanego przez FIFA. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 14.04.2011 r. oraz w piśmie z dnia 26.04.2011 r. szczegółowo opisał równoważny system dołączając całą dokumentację oferowanego systemu. Zaoferowany system nie jest gorszy od tego, którego wymaga zamawiający, gdyż umożliwia uzyskanie efektu założonego przez zamawiającego - przedłużenie możliwości korzystania z boiska. Ponadto, zamawiający nie może twierdzić, iż tylko parametry wyższe od wymaganych są lepsze od wskazanych przez odwołującego.

Odwołujący wywodził również, że zamawiający nie rozróżnia pojęcia oferty wariantowej od pojęcia rozwiązania równoważnego. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ustawy Pzp oferta wariantowa to oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Oferty wariantowej nie należy utożsamiać z ofertą, w której wykonawca proponuje kilka sposobów realizacji zamówienia. Taka oferta jest w istocie złożeniem więcej niż jednej oferty (większej liczby oświadczeń woli co do sposobu wykonania umowy) i w związku z tym jej złożenie jest niezgodnie z ustawą. Nie należy również przyjmować, że ofertą wariantową jest dopuszczalność stosowania materiałów, wyrobów lub rozwiązań równoważnych wobec przewidywanych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Tę kwestię regulują postanowienia art. 29 ustawy Pzp a zastosowanie produktów równoważnych prowadzi do wykonania zamówienia w taki sposób, jak przewidziany w SIWZ, z użyciem jednak innych materiałów. Natomiast oferta wariantowa to zmiana sposobu wykonania zamówienia. Podkreślał, że odwołujący zastosował rozwiązania równoważne, które nie zmieniają sposobu wykonania zamówienia. Dopuszczenie rozwiązania równoważnego nie może oznaczać, że inny zaproponowany w ramach tej równoważności system ma spełniać wszystkie parametry konkretnego systemu, określonego producenta, przyjętego przez zamawiającego. Takie rozumienie równoważności zaprzeczyłoby istocie przyjętej w ustawie Pzp regulacji i naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienie czynności oceny ofert i odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) dokonanie powtórnej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia**

**SIWZ, odpowiedzi na pytania, ofertę odwołującego, pisma składane przez zamawiającego i wykonawców w trakcie badania i oceny ofert, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ewentualne niezasadne odrzucenie oferty odwołującego i w konsekwencji unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w sytuacji gdy cena oferty odwołującego nie przekracza kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania, wynikającą z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono nadto, że zgodnie z Projektem Wykonawczym, Budowa Kompleksu Edukacyjno – Sportowego w Uniejowie Projekt Architektoniczny, opis boiska A, B, w części dotyczącej wzmocnienia murawy naturalnej (s. 3) zamawiający wymagał, aby *w obrębie obu pól bramkowych (18,32x5,50m) boiska z murawą naturalną oraz w strefach bezpieczeństwa za liniami bocznymi (105,0x1,4m) należy wykonać wzmocnienie murawy naturalnej poprzez ułożenie maty z włókien syntetycznych zasypanych glebą urodzajną o właściwościach umożliwiających wykonanie obsiewu.*

W przywoływanym postanowieniu Projektu Wykonawczego zamawiający opisał następujące wymagania minimalne systemu wzmocnienia:

*Wysokość całkowita: 72mm,*

*Rodzaj włókna: 100% polietylen, monofil, grubość minimalna: 150 mikronów,*

*Kolor włókien: zielony w dwóch odcieniach,*

*Nasylenie włókna (DTEX): 30.000,*

*Gęstość splotów: 1.600/m<sup>2</sup>, 14 włókien w splocie,*

*Osnowa: tkanina podlegająca biodegradacji,*

*Technologia produkcji: tkanie,*

*Wypełnienie: ziemia żyzna przeznaczona do zasiewu trawy naturalnej, 5cm,*

*Przepuszczalność dla wody (bez wypełnienia): 200 l/m<sup>2</sup>/min.*

*Mieszanka użyta do zasiewu wzmocnienia syntetycznego powinna posiadać odmiany traw identyczne i w identycznych proporcjach jak darni układana z rolki.*

Nie ulegało zatem wątpliwości, że w projekcie wykonawczym zamawiający opisując w przytoczony sposób przedmiot zamówienia nie posłużył się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, lecz opisał przedmiot zamówienia w sposób, który wskazywał na konieczność zaoferowania systemu wzmocnienia murawy naturalnej Greenfields. Pierwsza okoliczność wynikała wprost z brzmienia przytoczonych postanowień projektu wykonawczego. Natomiast drugą okoliczność ustalono na podstawie zeznań świadka Marka M., autora ww. dokumentów który zeznał, że miał do wyboru rozwiązanie systemu wzmocnienia murawy naturalnej Greenfields i rozwiązanie systemu wzmocnienia murawy naturalnej Desso GrassMaster. Oświadczył, że w projekcie wskazano cechy katalogowe rozwiązania występującego w systemie Greenfields, a więc opisane wymagania minimalne wskazywały na konieczność zaoferowania systemu wzmocnienia murawy naturalnej Greenfields. Okoliczność ta wynikała również ze złożonej przez odwołującego w trakcie rozprawy specyfikacji systemu Greenfields, pochodzącej od jej producenta XtraGrass.

Wobec nieposłużenia się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem, do tak opisanego przedmiotu zamówienia nie miało zastosowania postanowienie Rozdziału III SIWZ. Zgodnie z przywoływanym postanowieniem „*jeżeli w SIWZ, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót przy opisie przedmiotu zamówienia wskazana została nazwa producenta, znak towarowy, patent lub pochodzenie w stosunku do określonych materiałów, urządzeń itp. Zamawiający wymaga, aby traktować takie wskazanie jako przykładowe i dopuszcza zastosowanie przy realizacji zamówienia materiałów, urządzeń itp. równoważnych o parametrach nie gorszych niż wskazane. Jeżeli wykonawca składający ofertę zaoferuje rozwiązania równoważne, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wskazania równoważności poprzez złożenie w ofercie odpowiednich dokumentów potwierdzających tę równoważność*”.

W trakcie rozprawy zamawiający oświadczył, że rozwiązanie systemu wzmocnienia murawy naturalnej Desso GrassMaster odpowiada w pełni jego wymaganiom funkcjonalnym. Był to więc stan, w którym zamawiający posłużył się opisując przedmiot zamówienia zestawem cech właściwych wyłącznie dla konkretnego wyrobu (system Greenfields), który

jak przyznał, nie był jedynym, jaki odpowiada jego wymaganiom funkcjonalnym, potrzebom i zamierzonemu celowi.

Ustalono nadto, iż w dniu 25 marca 2011 r., pismem znak ZP.271.6.2011, na pytanie jednego z wykonawców o treści:

*Czy zamawiający zezwoli na instalację wzmocnienia nawierzchni murawy naturalnej oraz nawierzchni sztucznej umożliwiającej uzyskanie tych samych własności użytkowych obiektu. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje na rozwiązania, które najprawdopodobniej zaoferować może jedynie Firma Tamex, co powoduje, że nieograniczony charakter przetargu jest tylko iluzoryczny. Jedynym miernikiem jakości zaoferowanego systemu jest wykonanie badań na obiekcie, w związku z powyższym wnosimy o zgodę na zaoferowanie systemów równorzędnych charakteryzujących się odmiennymi własnościami (np. Dtex) ale gwarantującymi uzyskanie wymaganych parametrów użytkowych (np. odbicie piłki, wytrzymałość, poślizg itd. Zgodnie z wymogami norm oraz federacji piłkarskich).*

zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

*Zgodnie z zapisem rozdziału III SIWZ „Jeżeli w SIWZ, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót przy opisie przedmiotu zamówienia wskazana została nazwa producenta, znak towarowy, patent lub pochodzenie w stosunku do określonych materiałów, urządzeń itp. Zamawiający wymaga, aby traktować takie wskazanie jako przykładowe i dopuszcza zastosowanie przy realizacji zamówienia materiałów, urządzeń, itp. równoważnych o parametrach nie gorszych niż wskazane.*

*Jeżeli Wykonawca składający ofertę zaoferuje rozwiązania równoważne, to na Wykonawcy spoczywa obowiązek wskazania równoważności poprzez złożenie w ofercie odpowiednich dokumentów potwierdzających tę równoważność.”*

Analizując treść odpowiedzi należało stwierdzić, że po pierwsze nie odnosiła się ona wprost do zadanego pytania, albowiem system wzmocnienia nawierzchni murawy naturalnej w projekcie nie został opisany poprzez znak towarowy, patent i pochodzenie, więc odesłanie do postanowienia Rozdziału III SIWZ było bezprzedmiotowe. Tym niemniej, dokonując wykładni całości odpowiedzi należało uznać, że zamawiający wyraził zgodę na zaoferowanie proponowanego rozwiązania, które, jak wskazano w pytaniu, miało zagwarantować uzyskanie tych samych własności użytkowych obiektu i którego jedynym miernikiem jakości miało być wykonanie badań na obiekcie. Dostrzeżenia wymaga, iż jeżeli zamawiający nie chciał dopuścić zaoferowania systemu instalacji wzmocnienia nawierzchni murawy naturalnej umożliwiającej uzyskanie tych samych własności użytkowych obiektu, to powinien swe stanowisko wyrazić w sposób stanowczy. W konsekwencji, w ocenie Izby, zamawiający



pismem z dnia 25 marca 2011 r. odstąpił od traktowania wymagań systemu wzmocnienia wymienionych w projekcie jako kluczowe. Zamawiający dopuścił rozwiązanie równoważne opisywanemu w projekcie, pomimo iż produkt odniesienia nie był wskazany nazwą, znakiem towarowym, patentem czy pochodzeniem. Nie był więc to typowy przykład równoważności, o której mowa w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, tym niemniej aktualne pozostało przywoływane przez odwołującego orzecznictwo Izby co do:

- rozumienia pojęcia równoważności,
- konieczności opisanego kryteriów oceny równoważności w SIWZ, a nie na etapie badania ofert

które podzielono i uznano za własne.

Skoro zaoferowanie rozwiązania równoważnego w sposób określony w przytoczonym pytaniu było możliwe, to nie dopatrzono się w złożonej przez odwołującego ofercie cech niedopuszczonej oferty wariantowej.

Po drugie, analiza przywoływanej odpowiedzi prowadziła do wniosku, że zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania produktu o parametrach nie gorszych. Nie określił przy tym, co rozumie przez pojęcie „parametry nie gorsze”. W tej sytuacji podzielono stanowisko odwołującego, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż tylko parametry o wartościach wyższych od tych, które zostały wskazane w projekcie wykonawczym mogą być uznane za „nie gorsze”. Nie zostało wskazane, że jako parametry „nie gorsze” należało rozumieć wyłącznie parametry wyższe. O jakości systemu wzmocnienia murawy naturalnej decydują nie pojedyncze parametry, ale całościowy kształt cech. Łączne porównanie wszystkich parametrów instalacji zaoferowanej i projektowanej umożliwia dopiero stwierdzenie, czy oferowane rozwiązanie jest produktem lepszym od tego, który został opisany przez zamawiającego. Ponadto w systemie oferowanym przez odwołującego w ogóle nie istnieje możliwość badania niektórych parametrów, np. osnowa, która zgodnie z projektem miała być wykonana z tkaniny podlegającej biodegradacji, w ogóle nie występuje w produkcie oferowanym przez odwołującego, nie może więc mieć żadnego wpływu na środowisko. Wreszcie przyjęcie poglądu przeciwnego przeczyłoby samej istocie pojęcia równoważności produktów, która nie oznacza ich tożsamości.

Niezasadne z omawianego powodu było powoływanie się przez zamawiającego i przystępującego na opinię techniczną wydaną przez Instytut Techniki Budowlanej (załącznik do pisma konsorcjum Saltex z 25.05.2011 r.). W opinii tej dokonano zestawienia i porównania parametrów technicznych produktu opisanego w dokumentacji przetargowej przez zamawiającego oraz rozwiązania oferowanego przez odwołującego, natomiast przedmiotem opinii nie było ustalenie, czy parametry instalacji oferowanej przez odwołującego są nie gorsze niż systemu projektowanego. Na taki charakter opinii

wskazywało złożone przez odwołującego na rozprawie pismo Instytutu Techniki Budowlanej z dnia 13 czerwca 2011r., z którego jednoznacznie wynikało, iż sporządzająca opinię zwrotu „równoważność rozwiązań” nie utożsamiała z równoważnością oferty w rozumieniu nadanym przepisami ustawy Pzp.

Porównywanie poszczególnych parametrów było niecelowe również z tego powodu, że odwołujący zaoferował instalację wzmocnienia murawy naturalnej Desso GrassMaster, która polega co do zasady na wprowadzeniu do nawierzchni naturalnej włókien sztucznych na głębokość ok. 18 cm, które splatają się z korzeniami trawy naturalnej. Natomiast rozwiązanie opisane w projekcie polega generalnie na wykonaniu wzmocnienia syntetycznego trawy naturalnej z wykorzystaniem gotowego, prefabrykowanego produktu jakim jest wzmocnienie syntetyczne, które ma zostać ułożone na gotowym podłożu oraz zasypane glebą o właściwościach umożliwiających wykonanie obsiewu.

Po trzecie zauważyć należy, iż zamawiający w odpowiedzi z 25 marca 2011 r. nie określił sposobu, w jaki udowodnienie równoważności oferowanego rozwiązania miało zostać przeprowadzone. W konsekwencji należało przyjąć, iż równoważność oferowanego rozwiązania można było wykazywać w sposób dowolny. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że zamawiający nie żądał od wykonawców wskazania w ofercie jaki system będzie oferowany, a po drugie nie wymagał złożenia wraz z ofertą żadnych dokumentów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, w szczególności wymienionych w dokumentacji projektowej dotyczącej boisk A i B, co wynikało z odpowiedzi na pytania z dnia 21.03.2011 r. Odwołujący nie dysponował więc żadną wskazówką jakie dokumenty będą przez zamawiającego wymagane w celu wykazania równoważności i co ma się w nich znaleźć. Odwołujący złożył wraz z ofertą oświadczenie producenta tego systemu Desso Sports System z 30.03.2011 r. zgodnie z którym, według dokumentów przetargowych, produkty Desso są równoważne do wskazanych w projekcie i gwarantują uzyskanie wymaganych własności. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, pismem z dnia 14.04.2011 r. złożył ponadto certyfikat Desso Sports System jako producenta preferowanego przez FIFA, listy obiektów na których zainstalowano system i publikacje dotyczące oferowanego systemu.

Wobec zaniechania udzielenia jednoznacznej odpowiedzi na pytanie odwołującego należało uznać, że możliwym było wykazanie, iż parametry oferowanego systemu nie są gorsze, na podstawie oświadczenia jego producenta, który zapewnił, że produkty Desso są równoważne do wskazanych w projekcie, a także materiałów dotyczących oferowanego systemu załączonych do pisma odwołującego z dnia 14 kwietnia 2011 r. Podzielono w tym zakresie utrwalony w orzecznictwie Izby pogląd, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji w wyniku nieprecyzyjnej i niejednoznacznej odpowiedzi na zadane pytanie. Chybione było żądanie od odwołującego dodatkowych dokumentów na potwierdzenie równoważności z powołaniem się na postanowienie Rozdziału III SIWZ, a

następnie odrzucenie z tego samego powodu oferty odwołującego, albowiem jak wskazano wcześniej, postanowienie to dotyczyło sytuacji udowadniania równoważności w przypadku wskazania w opisie przedmiotu zamówienia nazwy producenta, znaku towarowego, patentu lub pochodzenia. Zamawiający nie określił sposobu dowodzenia równoważności rozwiązania, w sytuacji, gdy produkt odniesienia nie został wskazany nazwą.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, która może być wybrana jako najkorzystniejsza.

W wykonaniu wyroku Izby zamawiający winien unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert. Działania te winny być poprzedzone unieważnieniem czynności unieważnienia postępowania, albowiem przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie zostały wypełnione.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....