

Sygn. akt: KIO/936/11

**WYROK**

**z dnia 19 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska  
Agnieszka Bartczak-Żuraw  
Barbara Bettman**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 maja 2011 r. przez **Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe „OTECH” Sp. z o.o., ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, Szpital im. J. Dietla w Krynicy Zdroju, ul. Kraszewskiego 142, 33-380 Krynica Zdrój**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty z postępowania i powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, Szpital im. J. Dietla w Krynicy Zdroju, ul. Kraszewskiego 142, 33-380 Krynica Zdrój**
  - i:**
  - 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe „OTECH” Sp. z o.o., ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2) zasądza od Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, Szpitala im. J. Dietla w Krynicy Zdroju, ul. Kraszewskiego 142, 33-380 Krynica Zdrój na rzecz Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe „OTECH” Sp. z o.o., ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Nowym Sączu**.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....

## Sygn. akt KIO 936/11

### Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, Szpital im. J. Dietla w Krynicy Zdroju, ul. Kraszewskiego 142, 33-380 Krynica Zdrój – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Ochrona środowiska poprzez modernizację kotłowni oraz montaż systemu solarnego w Szpitalu w Krynicy Zdroju*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 marca 2011 r. pod pozycją 68945-2011.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe „OTECH” Sp. z o.o., ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 2 maja 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwaną: „*SIWZ*”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:, t.j. art. 7 ust. 1, 3, art. 22 ust. 1 pkt. 3, art. 89 ust.1 pkt. 2, 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienia odwołania,
- unieważnienie czynności wyboru oferty
- unieważnienie czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego,
- powtórzenia czynności oceny i badania ofert,
- wyboru na realizację zamówienia oferty Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący wskazał, iż pismem z dn. 26 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty powołując się na art. 22 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu o wykluczeniu Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że na podstawie złożonej oferty i złożonych do niej wyjaśnień Wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w art. 22 ust. 1 pkt 3 dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający na potwierdzenie spełniania tego warunku żądał dołączenia do oferty wykazu osób posiadających uprawnienia

do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi. W przypadku jeśli wykonawca nie zatrudnia osoby posiadającej te uprawnienia, ale będzie taką osobą dysponował, wówczas winien był przedstawić pisemne zobowiązanie tej osoby do uczestniczenia w realizacji zamówienia w powierzonym zakresie (względnie zobowiązanie podmiotu, który taką osobę udostępni). Zamawiający na etapie badania ofert stwierdził że Wykonawca wykazując dysponowanie osobą kierownika robót branży budowlanej w oparciu o umowę zlecenie, nie spełnił powyższego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym ponieważ nie dołączył zobowiązania tej osoby. Wobec wątpliwości Zamawiającego w tej kwestii dodatkowo zwrócono się do Odwołującego o złożenie zobowiązania zatrudnionej na umowę zlecenie osoby. Złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp zobowiązanie z datą 06 kwietnia 2011 r wg Zamawiającego nie potwierdza spełniania warunku udziału w dacie składania ofert. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający badając jego ofertę nie wziął pod uwagę faktu iż wykazany w ofercie kierownik robót branży budowlanej jest zatrudniony w firmie Odwołującego w oparciu o umowę zlecenia, a więc jak pozostali wykazani kierownicy robót pozostaje w bezpośredniej dyspozycji Odwołującego. W takiej sytuacji nie ma obowiązku załączenia do oferty pisemnego zobowiązania tej osoby gdyż mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. W opinii Odwołującego w terminie na złożenie wyjaśnień Odwołujący pomimo spełnienia na dzień złożenia oferty dysponowania kierownikiem robót branży budowlanej, dodatkowo potwierdził ten fakt zobowiązaniem, a data o której mówi Zamawiający jest jedynie datą złożenia wyjaśnień a nie datą od której Odwołujący dysponuje tą osobą dla wykonania przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący na dzień złożenia oferty dysponował kierownikiem robót branży budowlanej i w opinii odwołującego nie powinien on zostać wykluczony z postępowania.

W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że na podstawie SIWZ, złożonej oferty i wyjaśnień do niej Wykonawca zastosował urządzenia nierównoważne. Według Zamawiającego zastosowany:

1. Kocioł szwajcarskiej Firmy Hoval typ Max-3 420 z pełną automatyką zgodną z założeniami projektowymi oraz palnikiem dwupaliwowym prod. Wieshaupt, typ WM-GL 10/2-A wyk. ZM-T armatura R2- min. ciśnienie przed palnikiem 18mbar nie jest urządzeniem równoważnym, ponieważ:

-sprawność znormalizowana kotła Hoval Max 3 wynosi 95 %, sprawność znormalizowana kotła Yiesmann Vitoplex 300 wynosi 96 %

-straty postojowe kotła Hoval Max 3 wynoszą 1000W, straty postojowe kotła Viessmann Vitoplex 300 wynoszą 858W.

-kocioł Hoval Max 3 nie posiada systemu Therm - Control.

-Kocioł Hoval Max 3 ma ograniczenie temperaturowe wody powrotnej do kotła, minimalna temperatura wody powrotnej wynosi 55 C . Kocioł Viessmann Vitoplex 300 nie posiada takiego ograniczenia, minimalna temperatura wody powrotnej do kotła - brak ograniczeń.

2. Wymiennik ciepła (spaliny/woda) ze stali nierdzewnej szwajcarskiej firmy Hoval typ ThermoCondensator AF450 nie jest urządzeniem równoważnym do wymiennika ciepła spaliny/woda firmy Viessmann typ Vitotrans 300 nr kat Z000708.

- Wymiennik ciepła firmy Hoval typ Thermo Conderson AF450 jest urządzeniem przeznaczonym do eksploatacji z palnikiem gazowym oraz okresowej eksploatacji z palnikiem olejowym. Zgodnie z danymi technicznymi producenta, przy eksploatacji olejowej wymiennik spaliny/woda Thermo Conderson AF450 nie może pracować dłużej niż 4 tygodnie w sezonie grzewczym. Olej opałowy musi być olejem o zawartości siarki poniżej 50 ppm.

- Wymiennik ciepła firmy Viessmann typ Vitotrans 300 nr kat Z000708 jest urządzeniem, które bez żadnych ograniczeń może pracować z palnikiem gazowym lub olejowym. Skład stopowy stali, z której zbudowany jest wymiennik, pozwala na bezpieczną ciągłą pracę z paliwem gazowym lub olejowym.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego Odwołujący wskazał, iż przebudowa kotłowni w zakresie technologicznym zgodnie ze specyfikacją techniczną stanowiącą załącznik do SIWZ polegać będzie na wymianie jednostek kotłowych wraz z którymi będą współpracować wymienniki ciepła (spaliny/woda) wykorzystujące ciepło kondensacji w celu uzyskania wysokiej sprawności sumarycznej do 101%. Kocioł z wymiennikiem ciepła są urządzeniami które pracują nierozłącznie i w przypadku przedmiotowego zamówienia układem równoważnym dla projektowanego jest taki układ technologiczny kocioł-wymiennik ciepła, który uzyska sumaryczną sprawność min. 101%. Zaproponowany przez Odwołującego układ technologiczny kocioł-wymiennik ciepła firmy Hoval posiada sprawność sumaryczną 105,4%, co przedstawialiśmy Zamawiającemu w wyjaśnieniach z dn. 08 kwietnia 2011 r. wskazując jednocześnie na korzyści ekonomiczne wynikające z takiego rozwiązania sięgające rzędu kilkunastu tysięcy złotych w stosunku rocznym. Straty postojowe kotła są parametrem nieistotnym z punktu widzenia równoważności urządzenia, rozpatrywać je można jedynie w sezonie letnim i to w nieznacznym okresie (okres braku produkcji ciepłej wody) ponieważ pozostały czas jest okresem grzewczym w którym kotły pracują ciągle (bez przestoju) na potrzeby centralnego ogrzewania. Maksymalna wartość roczna może wynieść kilkaset złotych. W opinii Odwołującego wykazanie strat postojowych kotła jako elementu stanowiącego o nierównoważności kotła jest całkowicie bezzasadne ponieważ Odwołujący zaproponował układ technologiczny kocioł-wymiennik ciepła o wyższej sprawności niż projektowany, który pozwala wielokrotnie obniżyć koszty eksploatacji. Zarzucanie braku posiadania przez kocioł firmy Hoval MAX 3 systemu Therm-Control jest bezzasadne ponieważ Therm-Control jest to nazwa własna producenta czyli firmy

Viessmann. W opinii Odwołującego system ten jest rozwiązaniem chroniącym kocioł przed zbyt niską temperaturą powrotu. Firma Hoval jak każdy inny producent kotłów posiada i stosuje własne rozwiązania techniczne chroniące kocioł przed zbyt niską temperaturą powrotu (zabezpieczenie temperatury kotła). Nie można braku tej nazwy własnej w kotle Hoval rozpatrywać przy ocenie równoważności urządzenia. Odnosząc się do przedstawionego zarzutu nierównoważności wymiennika ciepła Odwołujący stwierdził, że na podstawie projektu wykonawczego i specyfikacji technicznej zaprojektowana kotłownia jest kotłownią gazową a paliwo olejowe zaprojektowano alternatywnie tylko na wypadek awarii systemu gazowego. Odwołujący zawarł to w wyjaśnieniach do złożonej oferty - pismo z dn. 8 kwietnia 2011 r. Ze względu iż obiekt ma charakter obiektu szpitalnego sytuacje awaryjne są usuwane natychmiastowo i praca awaryjna na paliwie olejowym może być jedynie jednodwudniowa, co jest zapewnione w pełni przez Odwołującego. Odwołujący dodał również, iż dopuszczalna zawartość siarki w oleju opałowym to 10 ppm wg PN-EN ISO 20884,2006 więc maksymalna zawartość siarki jest pięciokrotnie mniejsza od dopuszczalnej dla kotła Hoval. Każdy więc olej opałowy zgodny z normą posiada dopuszczenie przez Hoval. Zastosowane w ofercie Odwołującego kolektory słoneczne firmy Hewalex typ KS 2000TP są w opinii Odwołującego równoważne z kolektorami firmy Viessmann. Posiadają podstawowe parametry techniczne określające kolektor tj. rodzaj absorbera (w obu kolektora TiNOx), sprawność optyczna (Hewalex posiada wyższą tj. 0,802 natomiast Viessmann 0,791), niższe współczynniki strat (Hewalex A1 - 3,80, A2 - 0,0067 natomiast Viessmann A1 - 3,94, A2 - 0,0122) a więc nie gorsze od projektowanych kolektorów firmy Viessmann typ Vitosol 200F SV2;SH2 co zostało przedstawione w wyjaśnieniach do oferty z dn. 06.04.2011 zn. 260/04/11. Zamawiający nie znajdując żadnych powodów wskazujących na zastosowanie rozwiązania nierównoważnego informacyjnie bez podania przyczyny zamieścił informację w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego. Wobec powyższego wszystkie zarzuty Zamawiającego dotyczące zarówno wykluczenia jak i odrzucenia oferty są w opinii Odwołującego bezpodstawne. Zastosowane przez Odwołującego urządzenia w jego opinii są równoważne i pozwolą Zamawiającemu na oszczędnościach w eksploatacji układu grzewczego.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie Janusz Rogowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo Handlowa „INSTALATOR”, 32-700 Bochnia, ul. Pagórek 14a.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz**

**postanowienia SIWZ, ofertę Przedsiębiorstwa Usługowo Produkcyjno Handlowego „OTECH” Sp. z o.o. jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 4 maja 2011 r.

W dniu 5 maja 2011 r. (data wpływu do Krajowej Izby Odwoławczej-za pośrednictwem faksu), w formie pisemnej w dniu 9 maja 2011 r. (data wpływu do Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca Janusz Rogowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo Handlowa „INSTALATOR”, 32-700 Bochnia, ul. Pagórek 14a zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W świetle art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Ponadto zgodnie z § 7 zd. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwołania kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną.

Z powyższego wynika, iż zgłoszenie przystąpienia powinno wpłynąć do Izby w formie pisemnej w terminie przewidzianym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp (t.j. w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania). Tym samym za niewystarczające w świetle obowiązujących przepisów rozporządzenia i ustawy jest zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wyłącznie za pośrednictwem faksu (w sytuacji gdy zgłoszenie przystąpienia

nie wpłynęło w terminie w formie pisemnej), ponieważ forma pisemna polega na złożeniu własnoręcznego podpisu przez osobę dokonującą czynności na dokumencie zawierającym jej oświadczenie woli. Stąd też wymaganym jest, w świetle ww. przepisów aby zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Izby w formie pisemnej w terminie przewidzianym w ustawie Pzp.

Ponadto wykonawca Firma Usługowo Handlowa „INSTALATOR” nie przekazał również kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu.

W świetle powyższego Izba uznała, że zgłoszenie przystąpienia nie było skuteczne.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Przechodząc do szczegółowego omówienia zarzutów, w pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący wykluczenia Odwołującego z powodu niespełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zdaniem Izby powyższy zarzut potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2011 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania.

W opinii Zamawiającego w przypadku jeśli wykonawca nie zatrudnia osoby posiadającej te uprawnienia, ale będzie taką osobą dysponował, wówczas winien był przedstawić pisemne zobowiązanie tej osoby do uczestniczenia w realizacji zamówienia w powierzonym zakresie.

Izba zauważa dzieląc pogląd wyrażony w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1170/10, iż: *„w myśl postanowienia art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Prawo zamówień publicznych nie określa, jak też nie zastrzega jakiegokolwiek formy prawnej dysponowania osobami. Elementem istotnym jest gwarancja osoby, że będzie ona mogła świadczyć określone usługi na rzecz wykonawcy. O fakcie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga więc prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a daną osobą (osobami). W przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie której (których) wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej*



*działalność gospodarczą itd. O przypadkach pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga natomiast więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą o podmiotem trzecim (arg. z art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych). W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych osób. Nie są zastrzeżone żadne szczególne wymogi prawne co do charakteru takiego zobowiązania. Zobowiązanie takie może wynikać z różnych stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim, może to być m.in. umowa przedwstępna, umowa o podwykonawstwo, umowa o współpracy, porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w celu wykonywania pracy u wykonawcy itd. Tak więc z przypadkami pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będziemy mieli do czynienia między innymi w sytuacji delegowania pracowników podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem tego zamówienia, jak też w sytuacji, gdy podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (spełniającymi wymagania określone przez zamawiającego), będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia. (..)*".

Ponadto interpretacja Zamawiającego dotycząca dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia jest zawężająca w świetle zapisów ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, iż w przypadku jeśli wykonawca nie zatrudnia osoby posiadającej te uprawnienia, ale będzie taką osobą dysponował, wówczas winien był przedstawić pisemne zobowiązanie tej osoby do uczestniczenia w realizacji zamówienia w powierzonym zakresie (względnie zobowiązanie podmiotu, który taką osobę udostępni). Zamawiający utożsamiał zatrudnienie z dysponowaniem, zastrzegając jednocześnie, iż w przypadku gdy wykonawca nie zatrudni osoby zobowiązuje wykonawcę przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego.

Izba zauważa, że z zapisów ustawy nie wynika, aby wykonawca musiał być związany z takimi osobami (osobami, którymi dysponuje) wyłącznie stosunkiem pracy. Pojęcie „dysponuje” niewątpliwie jest szersze aniżeli pojęcie „zatrudnia”, czy „jest związany umową” (orzeczenie Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim z 9 października 2008 r., VII Ga 24/08), zaś w przypadku zobowiązania z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp musi występować podmiot trzeci, udostępniający osoby, które w przyszłości mają uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Z sytuacją bezpośredniego dysponowania osobą wymienioną w wykazie będziemy mieli do czynienia w niniejszym postępowaniu. Wybrany wykonawca, na druku oferty stwierdził, iż nie będzie korzystał w prowadzonym postępowaniu z podwykonawstwa. W wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wskazał Pana Jana D,

kierownika robót branży budowlanej, wskazując umowę zlecenia jako podstawę dysponowania wskazaną osobą. Tym samym umowa zlecenia jest podstawą do dysponowania niniejszą osobą. Zamawiający w toku postępowania nie wykazał, aby Pan Jan D pozostawał w dyspozycji podmiotu trzeciego, który musiałby wyrazić zgodę na jego udostępnienie. Zatem skoro mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim, wymaganie od wykonawców przedkładania zobowiązań podmiotów trzecich w takich wypadkach jest nieuprawnione.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że Zamawiający bezpodstawnie wzywała wykonawcę do uzupełnienia zobowiązania, a w następstwie bezzasadnie wykluczył Odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Co do odrzucenia oferty Odwołującego, z uwagi iż nie zaproponował on urządzeń równoważnych, Izba uznała iż powyższy zarzut również potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ, Rozdział III „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 3 wskazał, iż ilekroć przedmiot zamówienia określony w załącznikach do SIWZ opisany jest przez wskazanie znaku towarowego, patentu lub pochodzenia dopuszcza się rozwiązania równoważne pod warunkiem posiadania przez te materiały i produkty nie gorszych parametrów technicznych, charakteryzujących wskazany produkt, stanowiący o ich przydatności, charakterze, wytrzymałości. Każdy wykonawca składający ofertę równoważną jest obowiązany wykazać w treści przedkładanej przez siebie oferty, że ofertowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania i parametry techniczne określone w SIWZ, bądź też przewiduje rozwiązania lepsze niż opisywane. W szczególnych przypadkach, gdy zastosowanie rozwiązań równoważnych wymagało zmiany pozwolenia na budowę, ciężar opracowania nowej dokumentacji i zmiany pozwolenia na budowę spoczywać będzie na wykonawcy.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 4 kwietnia 2011 r. na podstawie art. 87 ustawy Pzp wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienie kwestii dotyczących 13 pozycji kosztorysu ofertowego w zakresie równoważności złożonej oferty.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego udzielił obszernej odpowiedzi w powyższym zakresie.

Następnie Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2011 r. dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, z uwagi iż nie zastosował on rozwiązań równoważnych.

W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że nie zastosował on urządzeń równoważnych. Według Zamawiającego zastosowany:

1. Kocioł szwajcarskiej Firmy Hoval typ Max-3 420 z pełną automatyką zgodną z założeniami projektowymi oraz palnikiem dwupaliwowym prod. Wieshaupt, typ WM-GL 10/2-

A wyk. ZM-T armatura R2- min. ciśnienie przed palnikiem 18mbar nie jest urządzeniem równoważnym, ponieważ:

-sprawność znormalizowana kotła Hoval Max 3 wynosi 95 %, sprawność znormalizowana kotła Viessmann Vitoplex 300 wynosi 96 %

-straty postojowe kotła Hoval Max 3 wynoszą 1000W, straty postojowe kotła Viessmann Vitoplex 300 wynoszą 858W.

-kocioł Hoval Max 3 nie posiada systemu Therm - Control.

-Kocioł Hoval Max 3 ma ograniczenie temperaturowe wody powrotnej do kotła, minimalna temperatura wody powrotnej wynosi 55 C . Kocioł Viessmann Vitoplex 300 nie posiada takiego ograniczenia, minimalna temperatura wody powrotnej do kotła - brak ograniczeń.

2. Wymiennik ciepła (spaliny/woda) ze stali nierdzewnej szwajcarskiej firmy Hoval typ ThermoCondensor AF450 nie jest urządzeniem równoważnym do wymiennika ciepła spaliny/woda firmy Viessmann typ Vitotrans 300 nr kat Z000708.

- Wymiennik ciepła firmy Hoval typ Thermo Conderson AF450 jest urządzeniem przeznaczonym do eksploatacji z palnikiem gazowym oraz okresowej eksploatacji z palnikiem olejowym. Zgodnie z danymi technicznymi producenta, przy eksploatacji olejowej wymiennik spaliny/woda Thermo Conderson AF450 nie może pracować dłużej niż 4 tygodnie w sezonie grzewczym. Olej opałowy musi być olejem o zawartości siarki poniżej 50 ppm.

- Wymiennik ciepła firmy Viessmann typ Vitotrans 300 nr kat Z000708 jest urządzeniem, które bez żadnych ograniczeń może pracować z palnikiem gazowym lub olejowym. Skład stopowy stali, z której zbudowany jest wymiennik, pozwala na bezpieczną ciągłą pracę z paliwem gazowym lub olejowym.

Skład orzekający Izby podziela i przyjmuje za własne stanowisko KIO wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym w szczególności w wyroku z dnia 16 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1400/08, zgodnie z którym: *„Uznaje się, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry”*.

Izba zauważa, odnosząc się do opinii sporządzonej przez Pana Jacka P, będącej podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, że dopuszczenie w SIWZ rozwiązania równoważnego nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego

producenta, przyjętego przez projektanta. Takie rozumienie równoważności zaprzeczyłoby istocie przyjętej w ustawie Pzp regulacji i naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazując z jednej strony w SIWZ konkretne urządzenie, a z drugiej strony dopuszczając w tym zakresie możliwość rozwiązania równoważnego, winien określić przynajmniej minimalne parametry albo oczekiwane rozwiązania technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to urządzenie. Powyższe Zamawiający powinien doprecyzować na etapie sporządzania specyfikacji, nie zaś dopiero w toku postępowania odwoławczego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie określił minimalnych rozwiązań, oczekiwań w zakresie równoważności, co przyznał na rozprawie.

Zatem wobec dokonanych ustaleń i zebranego materiału dowodowego, skład orzekający Izby wskazuje, że pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia.

Ponadto skład orzekający Izby nie podziela stanowiska, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie wymienił takich parametrów i żaden z wykonawców nie zapytał o wyszczególnienie parametrów decydujących o równoważności, należy przyjąć, iż równoważność dotyczy wszystkich parametrów danego urządzenia. Takie stanowisko przeczyłoby zasadzie równości i uczciwej konkurencji.

Tym samym w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz przepisu art. 29 ust. 2 zakazującego opisu przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby ograniczać uczciwą konkurencję istotnym jest wskazanie dopuszczalnego zakresu równoważności ofert.

Biorąc pod uwagę, że w SIWZ brakowało postanowień odnośnie rozumienia przez Zamawiającego równoważności oferowanego zamówienia jak również niewskazanie, które z parametrów, w celu wykazania równoważności są dla Zamawiającego najistotniejsze, skład orzekający Izby uznał, że uwzględniając przedstawioną argumentację faktyczną i prawną, doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

W świetle powyższego, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, i w konsekwencji dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów, t.j. art. 22 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....