

WYROK
z dnia 15 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane CIROKO sp. z o.o. w Szczecinie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Szczecińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „EBUD” – Przemysłówka sp. z o.o. w Bydgoszczy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane CIROKO sp. z o.o. w Szczecinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane CIROKO sp. z o.o. w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowlanego CIROKO sp. z o.o. w Szczecinie** na rzecz **Szczecińskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Szczecinie** kwotę **4.408 zł 85 gr** (słownie: czterech tysięcy czterystu ośmiu złotych osiemdziesięciu pięciu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz stawiennictwa na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szczecińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Szczecinie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa osiedla mieszkaniowego Wrzosowe Wzgórze Etap II (dawna nazwa osiedla GLINKI) przy ulicy Szosa Polska w Szczecinie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 czerwca 2020 r. nr 2020/S 114-275628.

7 sierpnia 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy Przedsiębiorstwu Budowlanemu CIROKO sp. z o.o. w Szczecinie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka sp. z o.o. w Bydgoszczy, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej, odwołujący wniósł 17 sierpnia 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako sporządzonej niezgodnie z zapisami SIWZ wskazanymi w uzasadnieniu odwołania i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej,
- 2) ewentualnie art. 82 ust. 3 ustawy Pzp przez wybór oferty sprzecznej z zapisami SIWZ wskazanymi w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności oceny ofert, zaś w rezultacie:
- 2) odrzucenie oferty przystępującego, a następnie:
- 3) powtórzenie wyboru ofert, a następnie:
- 4) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w myśl ust. 5 rozdziału II SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, „w przypadku stosowania rozwiązań, materiałów, urządzeń, innych elementów równoważnych – do formularza oferty wykonawca załącza ich zestawienie, zgodnie z załącznikiem nr 1 a do SIWZ (załącznikiem nr 1 do formularza oferty) wraz z dowodami świadczącymi o równoważności, w tym z załącznikiem nr 15 do SIWZ – zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozdziale VIII ust. 6 SIWZ”.

Odwołujący przywołał także postanowienie z ust. 6.4 rozdziału VIII SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, „wszystkie proponowane przez Wykonawcę rozwiązania równoważne, w tym także te, których równoważność Zamawiający potwierdził w toku prowadzonego postępowania przetargowego, winny znaleźć się w wykazie rozwiązań równoważnych, dołączonych do formularza oferty. Sporządzając wykaz rozwiązań równoważnych należy opisać dane rozwiązanie, a np. w przypadku wentylacji mechanicznej należy zestawić urządzenia, które Wykonawca planuje zastosować, spełniające parametry równoważności treści Załącznika nr 14 do SIWZ. Opis dołączonych do oferty zaproponowanych rozwiązań równoważnych, w tym materiałów, urządzeń, powinien zapewniać Zamawiającemu przy ocenie ofert ocenę spełnienia wymagań dotyczących ich parametrów, właściwości funkcjonalnych, jakościowych, użytkowych, estetycznych oraz rozstrzygnąć czy zaproponowane rozwiązania są równoważne. Oznacza to, że na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferowane przez niego rozwiązania, w tym materiały, urządzenia, inne elementy są równoważne w stosunku do opisanych przez Zamawiającego”.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z ust. 6.7 rozdziału VIII SIWZ w przedmiotowym postępowaniu „w stosunku do dopuszczonych przez Zamawiającego w Załączniku nr 14 do SIWZ rozwiązań, materiałów, urządzeń zamiennych uznanych jako równoważne oraz w stosunku do ewentualnych innych rozwiązań, materiałów, urządzeń uznanych przez Zamawiającego w toku postępowania przetargowego jako równoważne, nie wymaga się złożenia dowodów na ich równoważność. Powyższe nie zwalnia Wykonawcy ze sporządzenia wykazu zastosowanych rozwiązań równoważnych i dołączenia go do formularza oferty w formie załącznika nr 1. W wykazie tym winny znaleźć się wszystkie planowane do zastosowania rozwiązania, materiały, urządzenia równoważne, w tym te wymienione w Załączniku nr 14 oraz te, które Zamawiający uznał jako równoważne w toku postępowania przetargowego. W odniesieniu jednak do tych rozwiązań, materiałów i urządzeń Wykonawcy w załączniku nr 1 do formularza oferty, w miejscu wymaganego do złożenia dokumentu (dowodu) uwiarygadniającego zastosowanie rozwiązań, materiałów, urządzeń równoważnych wpisują źródło uzyskanej informacji od Zamawiającego o ich równoważności (np. punkt z treści Załącznika nr 14 lub numer odpowiedzi na pytanie zadane w trakcie postępowania przetargowego). Poza ciężarem udowodnienia ich równoważności, pozostałe wymagania Rozdziału VIII ust. 6 są dla Wykonawcy wiążące. Dotyczy to min. sporządzenia wykazu rozwiązań równoważnych z podaniem nazwy materiału, urządzenia lub rozwiązania, strony i pozycji dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ, których rozwiązanie zamienne dotyczy, opracowania dodatkowych obliczeń, projektu zamiennego, w tym złożenia oświadczenia o treści zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 15 do SIWZ.”.

Odwołujący wskazał także, że w ust. 5 rozdziału II SIWZ w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zastrzegł ponadto, że „dokumenty i dowody potwierdzające równoważność oferowanych rozwiązań, materiałów, urządzeń, innych elementów jako opisujące sposób wykonania zamówienia, stanowią treść oferty i nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy”, zaś „niewykazanie równoważności oferowanych rozwiązań stanowi niezgodność oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 2 Ustawy, skutkiem czego oferta taka zostaje odrzucona”.

Odwołujący wywiódł w oparciu o przywołane postanowienia, że zamawiający dopuścił możliwość wyceny i zaoferowania przez oferentów rozwiązań równoważnych, nakazując zarazem, aby każde takie rozwiązanie zostało umieszczone przez tych oferentów w tabeli zawartej w załączniku nr 1 do ofert. Zdaniem odwołującego, w tabeli tej oferent powinien był:

- 1) wskazać materiał, urządzenie lub rozwiązanie opisane w dokumentacji projektowej, STWiOR lub SIWZ, które będą zastąpione rozwiązaniem równoważnym,
- 2) wskazać materiał, urządzenie lub rozwiązanie równoważne, które zastąpią materiał, urządzenie lub rozwiązanie opisane w dokumentacji projektowej, STWiOR lub SIWZ,
- 3) wskazać punkt z treści załącznika nr 14 do SIWZ, bądź numer odpowiedzi na pytanie zadane w trakcie postępowania przetargowego dopuszczające proponowany materiał równoważny albo udokumentować równoważność w przypadku, gdy zamawiający nie objął danego materiału, urządzenia lub rozwiązania treścią załącznika nr 14 lub odpowiedzi na pytanie zadane w trakcie postępowania przetargowego.

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł, że w pkt 4 (pozycja 4) kolumna 2 zestawienia rozwiązań, materiałów i urządzeń równoważnych przystępujący oświadczył, że w oparciu o pkt. 11 załącznika nr 14 do SIWZ, zamierza wykonać „izolację akustyczną posadzek gr 3 cm I, II, III piętro w budynku 1-6”. Odwołujący wywiódł, że pkt. 11 załącznika nr 14, na który powołał się przystępujący dopuszcza „zmianę grubości pierwszej warstwy styropianu akustycznego miękkiego z grubości 2 cm przyjętej w projekcie na 3 cm”, nie pozwala zarazem na zastosowanie innego rodzaju materiału izolacyjnego niż „styropian akustyczny miękki”.

Zdaniem odwołującego, przystępujący stwierdzając w pkt 4 (pozycji 4) kolumna 2 zestawienia, że zamierza wykonać „izolację akustyczną posadzek”, nie wyjaśnił z jakiego materiału owa „izolacja” ma zostać wykonana. Izolacja akustyczna może być natomiast wykonana z różnych alternatywnych materiałów, nie tylko ze styropianu akustycznego miękkiego. Może być ona przykładowo wykonana także z akustycznych mat, pianek, korków, itp. W oparciu o powyższe odwołujący wywiódł, że zaproponowane przez przystępującego rozwiązanie zamienne dla „pierwszej warstwy styropianu akustycznego miękkiego o grubości 2 cm”, w postaci „izolacji akustycznej posadzek o gr. 3 cm”, nie można de facto uznać za

rozwiązanie równoważne zaakceptowane przez zamawiającego w pkt. 11 załącznika nr 14 do SIWZ. Według odwołującego przystępujący wraz z oświadczeniem o zamiarze zastosowania ww. rozwiązania zamiennego, powinien był sprecyzować rodzaj materiału oraz zarazem złożyć dowody świadczące o jego równoważności, czego nie uczynił, czym naruszył zapis zawarty w rozdziale II ust. 5 SIWZ. Konsekwencją winno być odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazał, że odrzucenie oferty winno nastąpić w tym przypadku z pominięciem normy wyrażonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (co zresztą wyraźnie wskazał zamawiający w ustępie 5 rozdziału II SIWZ).

Odwołujący wywiódł, że przystępujący stwierdzając, że jako rozwiązanie równoważne zamierza wykonać „izolację akustyczną posadzek”, nie określił z jakiego materiału zamierza ową izolację wykonać. Zdaniem odwołującego narusza to wymóg zamawiającego zawarty w rozdziale VIII ust. 6.4 SIWZ, w myśl którego „opis dołączonych do oferty zaproponowanych rozwiązań równoważnych, w tym materiałów, urządzeń, powinien zapewniać Zamawiającemu przy ocenie ofert ocenę spełnienia wymagań dotyczących ich parametrów, właściwości funkcjonalnych, jakościowych, użytkowych, estetycznych oraz rozstrzygnąć czy zaproponowane rozwiązania są równoważne.”. Ww. brak wskazania z jakiego materiału przystępujący zamierza wykonać izolację akustyczną posadzek nie pozwala zamawiającemu na prawidłową ocenę i porównanie ofert, a także nie pozwala rozstrzygnąć, że ww. rozwiązanie jest równoważne.

Odwołujący wskazał także, że w piśmie z dnia 7 sierpnia 2020 r. Zamawiający stwierdził wprawdzie, że „nie podano nazwy materiału równoważnego <<styropian>>, tym samym uznaje się, że zmianie podlega wyłącznie grubość, a nie rodzaj izolacji”. Zdaniem odwołującego, twierdzenie to stanowi jedynie domniemanie zamawiającego nie znajdujące potwierdzenia w treści oferty złożonej przez przystępującego. Zamawiający w przywołanym piśmie nie wskazał bowiem podstaw na jakich oparł swoją opinię, natomiast przystępujący nie wskazał przecież wprost jakiego konkretnie rodzaju materiał izolacyjny zaoferował, zamiast tego zaś wskazał pojęcie niejednoznaczne, w którego zakresie mieści się szereg materiałów różnych typów i o różnych właściwościach fizycznych.

Odwołujący argumentował, że w ww. piśmie zamawiający wskazał także, że skoro przystępujący powołał się na pkt 11 załącznika nr 14, to wykonawcy temu chodziło o zastosowanie rozwiązania równoważnego polegającego na „zmianie grubości pierwszej warstwy styropianu akustycznego (miękkiego) z grubości 2 cm przyjętej w projekcie, na 3 cm”. Zdaniem odwołującego nie jest to argumentacja przekonująca. Powołanie się przez przystępującego na określony punkt załącznika nr 14 nie może być bowiem samo przez się uznane za potwierdzenie równoważności, w przypadku gdy opis rozwiązania zaoferowanego przez wykonawcę jest zarazem literalnie inny, niż to wynika z ww. punktu owego załącznika nr 14. Odwołujący wskazał, że akceptacja przez zamawiającego rozwiązania równoważnego

opisanego przez przystępującego jako „izolacja akustyczna posadzek o gr. 3 cm” oznacza w konsekwencji dopuszczenie do wykonania przedmiotowej izolacji z praktycznie dowolnego materiału. Według odwołującego przyjęcie ww. argumentacji zamawiającego wiedzie bowiem wprost do założenia, że w opisie rozwiązania równoważnego można byłoby wpisać cokolwiek, a następnie powołać się na określony punkt załącznika nr 14 i – zgodnie z optyką zamawiającego zaprezentowaną w piśmie z dnia 7 sierpnia 2020 r. - byłoby to wystarczające dla uznania równoważności tego rozwiązania.

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący wskazał, że w pkt 6 (pozycja 6) kolumna 2 zestawienia rozwiązań, materiałów i urządzeń równoważnych przystępujący oświadczył, że w oparciu o pkt 12 załącznika nr 14 do SIWZ, zamierza wykonać „izolację akustyczną posadzek o $\lambda \leq 0,050W/mk$ I, II, III piętra w budynku 1-6”.

Odwołujący argumentował, że pkt. 12 załącznika nr 14, na który powołał się przystępujący, dopuszczając „możliwość zastosowania styropianu akustycznego o współczynniku $\leq 0,050W/mk$ w miejscu wskazanego w projekcie parametru styropianu akustycznego $\lambda \leq 0,042W/mk$ ”, nie pozwala zarazem na zastosowanie innego rodzaju materiału izolacyjnego niż „styropian akustyczny”. Natomiast przystępujący stwierdzając w pkt. 6 (pozycja 6) kolumna 2 zestawienia, że zamierza wykonać „izolację akustyczną posadzek”, także w tym punkcie nie wyjaśnił z jakiego materiału owa „izolacja” ma zostać wykonana, ta zaś jak już wskazano wyżej - może być wykonana z różnych alternatywnych materiałów, nie tylko ze styropianu akustycznego. Może być ona przykładowo wykonana także z akustycznych mat, pianek, korków, itp. Według odwołującego narusza to wymóg zamawiającego zawarty w rozdziale VIII ust. 6.4 SIWZ, w myśl którego „opis dołączonych do oferty zaproponowanych rozwiązań równoważnych, w tym materiałów, urządzeń, powinien zapewniać Zamawiającemu przy ocenie ofert ocenę spełnienia wymagań dotyczących ich parametrów, właściwości funkcjonalnych, jakościowych, użytkowych, estetycznych oraz rozstrzygnąć czy zaproponowane rozwiązania są równoważne.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący wywiódł, że zaproponowane przez przystępującego rozwiązanie zamienne dla „styropianu akustycznego $\lambda \leq 0,042W/mk$ ”, w postaci „izolacji akustycznej posadzek o $\lambda \leq 0,050W/mk$ ”, nie jest de facto rozwiązaniem równoważnym zaakceptowanym przez zamawiającego w pkt. 12 załącznika nr 14 do SIWZ. Zdaniem odwołującego przystępujący wraz z oświadczeniem o zamiarze zastosowania ww. rozwiązania zamiennego, powinien był ponownie sprecyzować rodzaj materiału oraz złożyć dowody świadczące o jego równoważności, czego nie uczynił, czym naruszył zapis zawarty w rozdziale II ust. 5 SIWZ. W rezultacie Zamawiający na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp winien był odrzucić jego ofertę jako nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, że przystępujący stwierdzając, że jako rozwiązanie równoważne zamierza wykonać „izolację akustyczną posadzek”, nie określił z jakiego materiału zamierza ową izolację wykonać. Narusza to wymóg Zamawiającego zawarty w Rozdz. VIII ust. 6.4 SIWZ, w myśl którego „*opis dołączonych do oferty zaproponowanych rozwiązań równoważnych, w tym materiałów, urządzeń, powinien zapewniać Zamawiającemu przy ocenie ofert ocenę spełnienia wymagań dotyczących ich parametrów, właściwości funkcjonalnych, jakościowych, użytkowych, estetycznych oraz rozstrzygnąć czy zaproponowane rozwiązania są równoważne*”. Zdaniem odwołującego brak wskazania z jakiego materiału przystępujący zamierza wykonać izolację akustyczną posadzek nie pozwala zamawiającemu na prawidłową ocenę i porównanie ofert, a także nie pozwala rozstrzygnąć, że ww. rozwiązanie jest równoważne.

Odwołujący podniósł także, że w piśmie z dnia 7 sierpnia 2020 r. zamawiający wyjaśnił co prawda, że „*nie podano nazwy materiału równoważnego <<styropian akustyczny>>, tym samym uznaje się, że zmiana podlega wyłącznie parametr lambda, a nie rodzaj izolacji. Gdyby wykonawca zamieniał rodzaj materiału na inny musiałby to wykazać w tej kolumnie*”. Zdaniem odwołującego wyjaśnienie to ponownie stanowi domniemanie zamawiającego nieznajdujące potwierdzenia w treści oferty złożonej przez przystępującego, skoro nie wskazał on wprost jaki konkretnie materiał izolacyjny (o określonym parametrze lambda) zaoferował, zamiast tego zaś – wskazał pojęcie niejednoznaczne, w którego zakresie mieści się szereg materiałów różnych typów i o różnych właściwościach nie tylko fizycznych i użytkowych, ale również funkcjonalnych, jakościowych i estetycznych.

Odwołujący argumentował także, że w ww. piśmie zamawiający wskazał także, że skoro przystępujący powołał się na pkt 12 załącznika nr 14 do SIWZ, to wykonawcy temu chodziło o zastosowanie rozwiązania równoważnego polegającego na „*zastosowaniu styropianu akustycznego o współczynniku lambda $\leq 0,050$ W/mK w miejscu wskazanego w projekcie parametru styropianu akustycznego lambda $\leq 0,042$ W/mK*”. Zdaniem odwołującego nie jest to argumentacja przekonująca i cytowaną opinię należy uznać jedynie za domniemanie zamawiającego nieznajdujące potwierdzenia w treści oferty.

Odwołujący argumentował, że powołanie się przez przystępującego na określony punkt załącznika nr 14 nie może być samo przez się uznane za potwierdzenie równoważności, w przypadku gdy opis rozwiązania zaoferowanego przez oferenta jest zarazem literalnie inny, niż to wynika z ww. punktu owego załącznika nr 14. Zdaniem odwołującego również w tym przypadku akceptacja przez zamawiającego rozwiązania równoważnego opisanego przez przystępującego jako „*izolacja akustyczna posadzek o lambda $\leq 0,050$ W/mK*” oznacza w konsekwencji dopuszczenie do wykonania przedmiotowej izolacji z praktycznie dowolnego materiału z zachowaniem jedynie określonej wartości współczynnika przenikalności cieplnej. Przyjęcie ww. argumentacji zamawiającego wiedzie

wprost do założenia, że w opisie rozwiązania równoważnego można byłoby wpisać cokolwiek, a następnie powołać się na określony punkt załącznika nr 14 i – zgodnie z optyką zamawiającego zaprezentowaną w piśmie z dnia 7 sierpnia 2020 r. - byłoby to wystarczające dla uznania równoważności tego rozwiązania.

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący wskazał, że w pkt 11 (pozycja 11) kolumna 2 zestawienia rozwiązań, materiałów i urządzeń równoważnych przystępujący oświadczył, że w oparciu o pkt. 52 załącznika nr 14 do SIWZ, zamierza zrealizować *„wykonanie prefabrykowanych biegów schodowych z lastryka w dwóch kolorach sygnalizującą zmianę poziomów (spocznik/schody) bez wkładek antypoślizgowych, przy jednoczesnym zapewnieniu antypoślizgowości okładziny R10 w budynku 1-6”*.

Odwołujący zwrócił uwagę, że pkt. 52 załącznika nr 14, na który powołał się przystępujący, dopuszcza *„możliwość rezygnacji z systemowych wkładek gumowych (dla stopni biegów schodowych), przy zastosowaniu dwóch kolorów lastriko sygnalizujących zmianę poziomu (spocznik/schody) i zapewnieniu wymaganej antypoślizgowości nawierzchni min. R10”*, nie zaś *„wykonanie (całych) prefabrykowanych biegów schodowych z lastryka w dwóch kolorach”*.

Odwołujący argumentował, że przedmiotem rozwiązania równoważnego dopuszczonego przez zamawiającego w pkt. 52 załącznika nr 14 do SIWZ jest zamiana systemowych antypoślizgowych wkładek gumowych na stopniach biegów schodowych, na powierzchni stopni schodowych z lastriko w dwóch kolorach z zapewnieniem wymaganej antypoślizgowości nawierzchni, nie zaś – wykonanie całych biegów schodowych z lastriko, jak to wynika ze wpisu przystępującego.

Zdaniem odwołującego zaproponowane przez przystępującego rozwiązanie zamienne dla *„systemowych wkładek gumowych na stopniach biegów schodowych”*, w postaci *„wykonania prefabrykowanych biegów schodowych z lastryka”*, nie jest de facto rozwiązaniem równoważnym zaakceptowanym przez zamawiającego w pkt. 52 załącznika nr 14 do SIWZ. Rozwiązanie to stanowi bowiem całkowite odstępstwo od rozwiązań konstrukcji schodów przyjętych w dokumentacji projektowej (biegi prefabrykowane żelbetowe) bądź rozwiązań uznanych przez zamawiającego za równoważne to jest biegi schodowe wylewane. Proponowane wyżej rozwiązanie stanowi odstępstwo również od zaakceptowanych przez zamawiającego możliwych rozwiązań wykończenia schodów to jest okładzin w postaci stopnicy z podstopnicą wykonanych jako jeden element prefabrykowany z lastriko.

Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 7 sierpnia 2020 r. (załącznik nr 6 do niniejszego odwołania) zamawiający wyjaśnił co prawda, że opis proponowanego rozwiązania równoważnego jest jednoznaczny i zgodny z punktem 52 załącznika nr 14 do

SIWZ. Zdaniem odwołującego nie wiadomo jednak na czym owo domniemanie się oparło, skoro przystępujący wskazał przecież wprost, że zamierza wykonać całe biegi schodowe z lastryka (czego nie przewiduje dokumentacja projektowa, STWiOR, ani SIWZ, a ponadto – czego nie przewiduje punkt 52 załącznika nr 14 do SIWZ), a nie same tylko nawierzchnie z lastryka stopni ww. biegów schodowych, co przewiduje pkt. 52 załącznika nr 14 do SIWZ).

Zdaniem odwołującego powołanie się przez przystępującego na określony punkt załącznika nr 14 nie może być samo przez się uznane za potwierdzenie równoważności, w przypadku gdy opis rozwiązania zaoferowanego przez oferenta jest zarazem literalnie inny, niż to wynika z ww. punktu owego załącznika nr 14. Przyjęcie ww. argumentacji zamawiającego prowadziłoby do sytuacji polegającej na tym, że można by wpisać cokolwiek w opisie rozwiązania równoważnego, a następnie powołać się na określony punkt załącznika nr 14 i – zgodnie z optyką zamawiającego zaprezentowaną w piśmie z dnia 7 sierpnia 2020 r. - byłoby to wystarczające dla uznania równoważności tego rozwiązania.

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący wskazał, że przystępujący w punkcie 2 (pozycja 2) kolumna 2 zestawienia rozwiązań, materiałów i urządzeń równoważnych oświadczył, że w oparciu o pkt. 2 załącznika nr 14 do SIWZ, zamierza wykonać *biegi schodowe wylewane na budowie z izolacją akustyczną na styku schodów, spoczników i ścian lokali mieszkalnych w budynku nr 1-6*. Natomiast z wymienionego wyżej oświadczenia przystępującego w punkcie 11 (pozycja 11) kolumna 2 wynika, że w tych samych budynkach (nr 1-6) zamierza on wykonać *prefabrykowane biegi schodowe z lastryka*. Zdaniem odwołującego, tak sformułowana treść złożonej oferty nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, jakie rzeczywiście biegi schodowe we wskazanych budynkach zamierza wykonać oferent.

Według odwołującego powyższa niekonsekwencja przystępującego pozbawia zatem zamawiającego możliwości oceny, którą z technologii wykonania biegów schodowych przystępujący ostatecznie przyjął jako podstawę do obliczenia ceny ofertowej. Rodzić to powinno skutek w postaci odrzucenia przez zamawiającego tak sformułowanej oferty i to bez uprzedniego zastosowania normy z art. 26 ust. 3 pzp. Zaniechanie jej odrzucenia w przedmiotowym postępowaniu spowodowało natomiast, że zamawiający samodzielnie ustalił jej przedmiot, co z kolei stanowiło niedozwoloną ingerencję w treść oferty i doprowadziło do przyjęcia założeń korzystnych dla przystępującego a tym samym niekorzystnych dla odwołującego, co narusza zasadę, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego przystępujący winien sprecyzować dokładnie jakie schody wykona oraz z oświadczeniem o zamiarze zastosowania rozwiązania równoważnego powinien był złożyć dowody świadczące o jego równoważności, czego nie uczynił, czym naruszył zapis zawarty w rozdz. II ust. 5 SIWZ.

Zdaniem odwołującego, dodatkową konsekwencją wszystkich wskazanych przez przystępującego rozwiązań które de facto nie są rozwiązaniami równoważnymi (przewidują bowiem rozwiązania technologiczne zupełnie odmienne od przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz SIWZ i jego uszczegółowieniu), będących zaś przedmiotem zarzutów zawartych w odwołaniu, jest fakt że tak sformułowana oferta stanowi ofertę wariantową w rozumieniu art. 2 pkt 7 ustawy pzp. Natomiast w SIWZ niniejszego postępowania, a konkretnie w jej rozdziale II ust. 5 lit a) Zamawiający wyraźnie wskazał, że nie dopuszcza składania ofert wariantowych. Zdaniem odwołującego zamawiający powinien uznać, że treść tak sformułowanej oferty nie odpowiada wymaganiom SIWZ, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka sp. z o.o. w Bydgoszczy. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą

przystępującego. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego skutkować będzie koniecznością nakazania wykonania tej czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że:

1. *Przedmiotem zamówienia jest budowa osiedla mieszkaniowego Wrzosowe Wzgórze Etap II (dawna nazwa osiedla GLINKI) przy ulicy Szosa Polska w Szczecinie.*
2. *Zakres zamówienia obejmuje wykonanie pod klucz sześciu budynków mieszkalnych (203 lokale mieszkalne, p.u. – 9 990,22 m² oraz 2 lokali usługowych, p.u. – 633,51 m²), wykonanie niezbędnej infrastruktury towarzyszącej i zagospodarowania terenu wraz z realizacją wszelkich prac i czynności niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia w zakresie rzeczowym ujętym w opracowaniach:
 - a) *dokumentacji projektowej, tj. projektach budowlanych i wykonawczych, przedmiarach robót;*
 - b) *specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót;*
wykonanych przez DOMINO Grupę Architektoniczną W. D. z siedzibą w Szczecinie przy Mickiewicza 118/5
oraz
 - c) *SIWZ.**
4. *Opracowania opisujące przedmiot zamówienia, tj. dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, stanowią załącznik nr 13 do SIWZ: (rozdział VIII ust. 1, 2 i 4 SIWZ).*

Ustalono ponadto, że zamawiający w rozdziale VIII ust. 6 SIWZ (zmodyfikowanym w dniu 1 lipca 2020 r.) wskazał m.in.:

- 6.3. *W przypadku zastosowania przez Wykonawcę rozwiązań, materiałów, urządzeń równoważnych, Zamawiający wymaga od Wykonawcy stosowanie do treści art. 30 ust 5 Ustawy złożenia wraz z ofertą (zgodnie z załącznikiem nr 1 a do SIWZ) zestawienia oferowanych materiałów, urządzeń lub rozwiązań równoważnych wraz ze wskazaniem miejsca ich zastosowania / wbudowania oraz ze wskazaniem nazwy materiałów, urządzeń lub rozwiązań opisanych w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ, których równoważność dotyczy wraz z dokumentami (dowodami) uwiarygadniającymi zastosowanie rozwiązań równoważnych, w tym z oświadczeniem o treści zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 15 do SIWZ.*

W przypadku gdy Wykonawca nie złoży w ofercie zestawienia i dokumentów o których mowa powyżej, to rozumieć się będzie przez to, że do kalkulacji ceny oferty i wykonania przedmiotu zamówienia ujęto materiały, urządzenia, rozwiązania zaproponowane w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz SIWZ, w związku z tym Wykonawca zobowiązany jest zastosować do wykonania zamówienia materiały lub urządzenia lub rozwiązania zaproponowane w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ.

- 6.4. Wszystkie proponowane przez Wykonawcę rozwiązania równoważne, w tym także te, których równoważność Zamawiający potwierdził w toku prowadzonego postępowania przetargowego winny znaleźć się w wykazie rozwiązań równoważnych, dołączonych do formularza oferty. Sporządzając wykaz rozwiązań równoważnych należy opisać dane rozwiązanie, a np. w przypadku wentylacji mechanicznej należy zestawić urządzenia, które Wykonawca planuje zastosować, spełniające parametry równoważności treści Załącznika nr 14 do SIWZ. Opis dołączonych do oferty zaproponowanych rozwiązań równoważnych, w tym materiałów, urządzeń, powinien zapewniać Zamawiającemu przy ocenie ofert ocenę spełnienia wymagań dotyczących ich parametrów, właściwości funkcjonalnych, jakościowych, użytkowych, estetycznych oraz rozstrzygnąć czy zaproponowane rozwiązania są równoważne. Oznacza to, że na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferowane przez niego rozwiązania, w tym materiały, urządzenia, inne elementy są równoważne w stosunku do opisanych przez Zamawiającego.*
- 6.7. W stosunku do dopuszczonych przez Zamawiającego w Załączniku nr 14 do SIWZ rozwiązań, materiałów, urządzeń zamiennych uznanych jako równoważne oraz w stosunku do ewentualnych innych rozwiązań, materiałów, urządzeń uznanych przez Zamawiającego w toku postępowania przetargowego jako równoważne, nie wymaga się złożenia dowodów na ich równoważność. Powyższe nie zwalnia Wykonawcy ze sporządzenia wykazu zastosowanych rozwiązań równoważnych i dołączenia go do formularza oferty w formie załącznika nr 1. W wykazie tym winny znaleźć się wszystkie planowane do zastosowania rozwiązania, materiały, urządzenia równoważne, w tym te wymienione w Załączniku nr 14 oraz te, które Zamawiający uznał jako równoważne w toku postępowania przetargowego. W odniesieniu jednak do tych rozwiązań, materiałów i urządzeń Wykonawcy w załączniku nr 1 do formularza oferty, w miejscu wymaganego do złożenia dokumentu (dowodu) uwiarygadniającego zastosowanie rozwiązań, materiałów, urządzeń równoważnych wpisują źródło uzyskanej informacji od Zamawiającego o ich równoważności (np. punkt z treści Załącznika nr 14 lub numer odpowiedzi na pytanie zadane w trakcie postępowania przetargowego). Poza ciężarem udowodnienia ich równoważności, pozostałe wymagania Rozdziału VIII ust. 6 są dla Wykonawcy wiążące.*

Dotyczy to min. sporządzenia wykazu oferowanych rozwiązań równoważnych ze wskazaniem miejsca ich zastosowania / wbudowania oraz ze wskazaniem nazwy materiałów urządzeń lub rozwiązań opisanych w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ, których równoważność dotyczy, opracowania dodatkowych obliczeń, projektu zamiennego, w tym złożenia oświadczenia o treści zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 15 do SIWZ. Zamawiający zwraca uwagę, że zarówno niezbędne obliczenia jak i dokumentacja projektowa zamienna nie są dołączane do oferty, tylko winny być dostarczone do Zamawiającego po podpisaniu umowy, zgodnie z załącznikiem nr 15 do SIWZ.

Ustalono ponadto, że w załączniku nr 14 do SIWZ (uszczegółowienie i modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia) zamawiający wskazał m.in. co następuje.

Pkt 2 – Dopuszcza się zmianę biegów schodowych prefabrykowanych na biegi schodowe wylewane (należy pamiętać o uwzględnieniu izolacji akustycznej na styku schodów, spoczników i ścian lokali mieszkalnych).

Koszty przeprojektowania biegów schodowych powinien wycenić sam Wykonawca i uwzględnić je w cenie oferty. Wykonawca może zastosować biegi prefabrykowane i nie wprowadzać zmiany. Jeśli uzna, że lepszym dla niego jest rozwiązanie biegów wylewanych to musi bądź zlecić przeprojektowanie projektantowi Etapu II Osiedla lub samemu wykonać projekt przez uprawnionego projektanta. W przypadku wykonania projektu zamiennego przez wybranego przez Wykonawcę projektanta autor dokumentacji zamiennej przejmuje odpowiedzialność w zakresie objętym dokumentacją zamienną. Także projektant dokumentacji zamiennej zobowiązuje się do pełnienia nadzoru autorskiego przy realizacji obiektu w zakresie przekazanej dokumentacji zamiennej.

Pkt 11 - W projekcie architektury posadzka I, II i III piętra występują 2 rodzaje styropianu o 2 różnych grubościach. Projektant dopuszcza zmianę grubości pierwszej warstwy styropianu akustycznego (miękkiego) z grubości 2 cm przyjętej w projekcie na 3 cm oraz styropianu podłogowego z grubości 3cm na 2 cm.

Pkt 12 - Dopuszcza się możliwość zastosowania styropianu akustycznego o współczynniku $\leq 0,050 \text{ W/mK}$ w miejscu wskazanego w projekcie parametru styropianu akustycznego $\lambda \leq 0,042 \text{ W/mK}$.

Pkt 52 - Zamawiający dołącza skorygowane przedmiary robót uwzględniające stopnie biegów schodowych klatek schodowych na wszystkich budynkach – przedmiar uzupełniający (P4). Dopuszcza się możliwość rezygnacji z systemowych wkładek gumowych przy

zastosowaniu dwóch kolorów lastryko sygnalizujących zmianę poziomu (spocznik / schody) i zapewnieniu wymaganej antypoślizgowości nawierzchni min. R10. W wycenie należy przyjąć lastryko na cemencie szarym, ale w przypadku rezygnacji z systemowych wkładek gumowych należy stosować dwa kolory lastryko.

Ustalono ponadto, że w załączniku nr 1 do SIWZ (wzór formularza ofertowego) zamawiający wymagał złożenia m.in. następujących oświadczeń i podania następujących informacji:

Pkt 2 Oświadczamy, że zaoferowana cena brutto wskazana w pkt. 1 obejmuje:

*- wszystkie rozwiązania, materiały, urządzenia, inne elementy zgodne z opisem zawartym w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ **

*- zastosowanie rozwiązań, materiałów, urządzeń, innych elementów równoważnych w stosunku do opisanych w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ. Wykaz zastosowanych rozwiązań, materiałów, urządzeń, innych elementów równoważnych wraz z dowodami świadczącymi o ich równoważności stanowi załącznik do niniejszego formularza oferty. Pozostałe, nie wymienione w przedmiotowym wykazie rozwiązania, materiały, urządzenia, inne elementy zostaną zastosowane, wbudowane zgodnie z opisem zawartym w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ **

**Niepotrzebne skreślić*

Ustalono ponadto, że w załączniku nr 1a do SIWZ (wykaz materiałów, urządzeń i rozwiązań równoważnych) zamawiający wymagał złożenia m.in. następujących oświadczeń i podania następujących informacji:

w nawiązaniu do pkt. 2 formularza oferty oświadczamy, że zaoferowana cena brutto wskazana w pkt. 1 formularza oferty zawiera niżej wymienione rozwiązania, materiały lub urządzenia równoważne.

Pozostałe, nie wymienione w poniższym wykazie rozwiązania, materiały, urządzenia, inne elementy zostaną zastosowane, wbudowane zgodnie z opisem zawartym w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ.

ZESTAWIENIE ROZWIĄZAŃ, MATERIAŁÓW, URZĄDZEŃ RÓWNOWAŻNYCH

<i>Lp.</i>	<i>Materiał, urządzenie lub rozwiązanie równoważne oferowane przez Wykonawcę wraz ze wskazaniem miejsca zastosowania / wbudowania</i>	<i>Materiał, urządzenie lub rozwiązanie opisane w dokumentacji projektowej, STWiOR lub SIWZ, których rozwiązanie równoważne dotyczy</i>	<i>Udokumentowanie równoważności oferowanych materiałów, urządzeń lub rozwiązań równoważnych*</i>

1	2	3	4

Ustalono następnie, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta przystępującego.

Ustalono, że przystępujący do swej oferty dołączył wypełniony przez siebie wzór formularza ofertowego. W formularzu tym oświadczył, co następuje:

Pkt 2 – Oświadczamy, że zaoferowana cena brutto wskazana w pkt. 1 obejmuje zastosowanie rozwiązań, materiałów, urządzeń, innych elementów równoważnych w stosunku do opisanych w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ. Wykaz zastosowanych rozwiązań, materiałów, urządzeń, innych elementów równoważnych wraz z dowodami świadczącymi o ich równoważności stanowi załącznik do niniejszego formularza oferty. Pozostałe, nie wymienione w przedmiotowym wykazie rozwiązania, materiały, urządzenia, inne elementy zostaną zastosowane, wbudowane zgodnie z opisem zawartym w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ

Ustalono, że przystępujący załączył do swej oferty wypełniony przez siebie załącznik nr 1a do SIWZ (wykaz materiałów, urządzeń i rozwiązań równoważnych). W wykazie tym oświadczył m.in. co następuje.

„w nawiązaniu do pkt. 2 formularza oferty oświadczamy, że zaoferowana cena brutto wskazana w pkt. 1 formularza oferty zawiera niżej wymienione rozwiązania, materiały lub urządzenia równoważne.

Pozostałe, nie wymienione w poniższym wykazie rozwiązania, materiały, urządzenia, inne elementy zostaną zastosowane, wbudowane zgodnie z opisem zawartym w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ

ZESTAWIENIE ROZWIĄZAŃ, MATERIAŁÓW, URZĄDZEŃ RÓWNOWAŻNYCH

L p .	Materiał, urządzenie lub rozwiązanie równoważne oferowane przez Wykonawcę wraz ze wskazaniem miejsca zastosowania / wbudowania	Materiał, urządzenie lub rozwiązanie opisane w dokumentacji projektowej, STWiOR-lub SIWZ, których rozwiązanie równoważne dotyczy	Udokumentowanie równoważności oferowanych materiałów, urządzeń lub rozwiązań równoważnych*
1	2	3	4
2	Biegi schodowe wylewane na budowie z	P.W. Konstrukcja budynek nr 1,2,6 Opis techniczny pkt 4.7, rys	Załącznik nr 14 do SIWZ pkt.2

	<i>izolacją akustyczną na styku schodów, spoczników i ścian lokali mieszkalnych w budynku nr 1-6</i>	<i>K47(budynek nr 1 i 2) oraz K52 i K53 (budynek nr 6), budynek nr 3,4,5 Opis techniczny pkt 5.5; rys K34 Biegi schodowe zaprojektowano jako prefabrykowane P.W. Architektura budynku nr 1-6 Opis techniczny pkt 5.5 Biegi schodowe prefabrykowane rys A15 (budynek nr 1,2); A13 (budynek nr 3,4,5); A16 (budynek nr 6)</i>	
4	<i>Izolacja akustyczna posadzek gr 3cm I, II, III piętro w budynku nr 1-6</i>	<i>Izolacja akustyczna posadzek gr 2cm I, II, III piętro w budynku nr 1-6 PW Architektura opis techniczny pkt 7.3 (budynek nr 1,2,3,4,5,6), rys A15 (budynek nr 1,2); A13 (budynek nr 3,4,5); A16 (budynek nr 6)</i>	<i>Załącznik nr 14 do SIWZ pkt. 11</i>
6	<i>Izolacja akustyczna posadzek o lambda <=0,050W/mK I, II, III piętra budynku nr 1-6</i>	<i>Izolacja akustyczna posadzek o lambda <=0,042W/mK I, II, III piętro w budynku nr 1-6 PW Architektura opis techniczny pkt 7.3 (budynek nr 1,2,3,4,5,6), rys A15 (budynek nr 1,2); A13 (budynek nr 3,4,5); A16 (budynek nr 6)</i>	<i>Załącznik nr 14 do SIWZ pkt. 12</i>
11	<i>Wykonanie prefabrykowanych biegów schodowych z lastryka w dwóch kolorach sygnalizującą zmianę poziomów (spocznik/schody) bez wkładek antypoślizgowych, przy jednoczesnym zapewnieniu antypoślizgowości okładziny R10 w budynku nr 1-6</i>	<i>Zabezpieczenie antypoślizgowe - w stopnicy oraz na krawędzi każdego spocznika wkładka antypoślizgowa; projektuje się systemowe antypoślizgowe podwójne wkładki -w dwóch równoległych rzędach, zintegrowane w trakcie procesu produkcji ze stopnicą, osadzone z odstępem od skraju stopni, w kolorze czarnym PW Architektura Opis techniczny pkt 8.2 (budynek nr 1-6); rys A15 (budynek nr 1,2); A13 (budynek nr 3,4,5); A16 (budynek nr 6)</i>	<i>Załącznik nr 14 do SIWZ pkt.52</i>

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 7 sierpnia 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej*

konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 82 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Pierwsze dwa zarzuty przedstawione w odwołaniu dotyczyły niezgodności rozwiązania zaoferowanego przez przystępującego w pozycji 4 i 6 przytoczonego wyżej wykazu równoważności z postanowieniami SIWZ. Zdaniem odwołującego, opis rozwiązania równoważnego przedstawiony przez przystępującego w ww. pozycjach wykazu równoważności był niewystarczający. Odwołujący wskazywał, że przystępujący ograniczył się do użycia sformułowania „izolacja akustyczna posadzek”. Odwołujący argumentował, że przystępujący w ten sposób nie sprecyzował rodzaju materiału, jaki miał zostać użyty do wykonania owej izolacji posadzek. Wskazywał, że izolacja może być wykonana nie tylko ze styropianu akustycznego miękkiego, tak jak wymagano w dokumentacji projektowej, ale również z innych materiałów, np. mat, pianek, korków, które jednak zostały dopuszczone przez zamawiającego zgodnie z treścią pkt 11 i 12 załącznika nr 14 do SIWZ, na jakie powołał się przystępujący.

Zdaniem Izby odwołujący błędnie odczytał treść oferty przystępującego. Podkreślić należy, że treść oferty wykonawcy należy ustalać z uwzględnieniem wszystkich oświadczeń w niej zawartych, a nie tylko niektórych, wybranych przez odwołującego. Ponadto przypomnienia wymaga, że każda oferta stanowi wyraz odpowiedzi na postanowienia SIWZ. W pierwszej kolejności wskazać należało na rolę, jaką miał spełniać wykaz równoważności, zawarty we wzorze, stanowiącym załącznik nr 1a do SIWZ. Otóż zgodnie z jego tytułem był to „wykaz materiałów, urządzeń i rozwiązań równoważnych”. W wykazie tym należało zatem wymienić i opisać jedynie materiały, urządzenia i rozwiązania równoważne, czyli takie, które nie wynikały z dokumentacji projektowej. W konsekwencji jeśli dany materiał, urządzenie lub rozwiązanie zaoferowane przez wykonawcę wynikało z dokumentacji projektowej, to nie miał on obowiązku ujmować ich w spornym wykazie. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający w pkt 6.3. SIWZ wyraźnie przesądził o takim znaczeniu wykazu. Zamawiający wskazał w powołanym postanowieniu, że jeśli wykonawca nie złoży m.in. załącznika 1a do SIWZ, to „rozumieć się będzie przez to, że do kalkulacji ceny oferty i wykonania przedmiotu zamówienia ujęto materiały, urządzenia i rozwiązania zaproponowane w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz SIWZ, w związku z tym

Wykonawca zobowiązany jest zastosować do wykonania zamówienia materiały lub urządzenia lub rozwiązania zaproponowane w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ". Wbrew zatem stanowisku odwołującego, oświadczenie przystępującego o wykonaniu izolacji akustycznej posadzek z pkt 4 i 6 wykazu równoważności należało wyklądać również z uwzględnieniem wymaganej zawartości oraz roli tego dokumentu, wynikającej z SIWZ.

Stwierdzono ponadto, że przy interpretacji oferty przystępującego odwołujący nie wziął również pod uwagę całej zawartości wykazu rozwiązań równoważnych złożonego przez tego wykonawcę. Na stronie 1 wykazu równoważności przystępujący złożył wprawdzie oświadczenie, że cena zawiera niżej wymienione rozwiązania, materiały lub urządzenia równoważne. I rzeczywiście w pozycji 4 i 6 wykazu opisując rozwiązanie równoważne wspomniał jedynie o izolacji akustycznej, nie precyzując, z jakiego materiału owa izolacja będzie wykonana. Jednakże uszło uwadze odwołującego, że przystępujący złożył ponadto oświadczenie, że pozostałe nie wymienione w wykazie rozwiązania, materiały, urządzenia i inne elementy zostaną zastosowane, wbudowane zgodnie z opisem zawartym w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SIWZ. Tymczasem w dokumentacji projektowej dopuszczono jedynie wprost wykonanie izolacji akustycznej ze styropianu miękkiego. Skoro zatem wykonawca nie wymienił w opisie izolacji, jaki materiał zastosuje, należało rozumieć, że będzie to opisany w SIWZ styropian.

Przy interpretacji oświadczeń przystępującego należało także uwzględnić opis dopuszczalnych rozwiązań równoważnych, na jakie powołał się sam wykonawca, a które wskazano w pkt 11 i 12 załącznika nr 14 do SIWZ. Otóż w pkt 11 załącznika nr 14 do SIWZ zamawiający wskazał, że uzna za rozwiązanie równoważne m.in. zmianę grubości pierwszej warstwy styropianu akustycznego miękkiego z grubości 2 cm na 3 cm, oraz zmianę styropianu podłogowego z grubości 3 cm na 2 cm. Rozwiązanie równoważne z pkt 11 załącznika nr 14 do SIWZ przystępujący zaoferował w pkt 5 wykazu równoważności, niekwestionowanym przez odwołującego gdzie zamienił styropian podłogowy o grubości 3cm na 2 cm. Z kolei w spornym pkt 4 wykazu równoważności, zmienił grubość izolacji akustycznej posadzek z 2 cm na 3 cm. Skoro zaś nie wskazał, z jakiego materiału izolacja miała być wykonana, to zgodnie z oświadczeniem ze strony pierwszej wykazu równoważności należało przyjąć, że będzie to styropian akustyczny miękki, opisany w dokumentacji projektowej, a nie inny materiał.

Z kolei w pkt 12 załącznika nr 14 do SIWZ zamawiający dopuścił możliwość zastosowania styropianu akustycznego o współczynniku $\leq 0,050$ W/mK w miejsce wskazanego w projekcie parametru styropianu akustycznego $\lambda \leq 0,042$ W/mK. Wykonawca w pkt 6 wykazu równoważności oświadczył, że oferuje izolację akustyczną posadzek o $\lambda \leq 0,050$ W/mK. Skoro zaś nie wskazał, z jakiego materiału izolacja

miała być wykonana, to zgodnie z oświadczeniem ze strony pierwszej wykazu równoważności należało przyjąć, że będzie to styropian akustyczny miękki, opisany w dokumentacji projektowej, a nie inny materiał. Na powyższe wskazywał także fakt, że wykonawca w kwestionowanych pozycjach 4 i 6 wykazu równoważności odwołał się właśnie do postanowień odpowiednio pkt 11 i 12 załącznika 14 do SIWZ, gdzie była mowa o zmianach grubości (λ) izolacji, a nie zmianie materiału.

Wbrew stanowisku odwołującego, taka interpretacja treści oferty przystępującego nie jest wyrazem dowolności po stronie zamawiającego, lecz konsekwencją prawidłowego zbadania treści całego wykazu, z tym z uwzględnieniem brzmienia strony 1 wykazu. Ponadto, jak wyjaśniono wcześniej, za koniecznością takiej wykładni przemawiało też postanowienie rozdziału VIII pkt 6.3 SIWZ, w którym zamawiający przesądził, że jeżeli jakiś materiał nie zostanie wymieniony w wykazie równoważności, to przyjmuje się, że wykonawca skalkulował materiał opisany w dokumentacji projektowej.

Za chybione uznano zarzuty niezgodności z treścią SIWZ oferty przystępującego w części dotyczącej pkt 2 i 11 wykazu równoważności.

Odwołujący wywodził w odwołaniu, że przystępujący w pkt 11 wykazu równoważności zaoferował wykonanie prefabrykowanych biegów schodowych z lastryka. Argumentował, że zgodnie z dokumentacją projektową biegi schodowe należało wykonać jako prefabrykowane biegi z żelbetu. Ewentualnie, zgodnie z pkt 2 załącznika nr 14 dopuszczalne było zaoferowanie rozwiązania równoważnego polegającego na zamawianie biegów schodowych prefabrykowanych żelbetowych na biegi schodowe wylewane.

Izba stwierdziła, że również w analizowanym zakresie odwołujący dokonał wykładni oferty przystępującego w sposób nieprawidłowy, tracąc z pola widzenia całokształt oświadczeń przystępującego, zapisy SIWZ, a także zasady logiki i doświadczenia życiowego.

Odwołujący nie wziął pod uwagę, że postanowienia pkt 2 i pkt 11 wykazu dotyczyły innych elementów oferowanych robót budowlanych. W pkt 2 wykazu równoważności była mowa o konstrukcji biegów schodowych, a w pkt 11 – o nawierzchni antypoślizgowej tych biegów. Wprawdzie rzeczywiście w pkt 11 wykazu równoważności, dotyczącym antypoślizgowości biegów schodowych przystępujący wpisał: *Wykonanie prefabrykowanych biegów schodowych z lastryka w dwóch kolorach sygnalizującą zmianę poziomów (spocznik/schody) bez wkładek antypoślizgowych, przy jednoczesnym zapewnieniu antypoślizgowości okładziny R10 w budynku nr 1-6*. Jednakże odwołujący nie może utrzymywać, że wykonawca tym samym zmienił konstrukcję biegów i zaoferował wykonanie biegów schodowych z lastryka. Podkreślenia wymagało bowiem, że pozycji nr 2 wykazu

równoważności, poświęconej wprost konstrukcji biegów schodowych, wykonawca wprost wskazał, że oferuje rozwiązanie równoważne polegające na wykonaniu biegów schodowych wylewanych, opisane w pkt 2 załącznika nr 14 do SIWZ.

W tej sytuacji można było mówić nie tyle o wariantowości, co najwyżej wewnętrznej sprzeczności w treści oferty przystępującego, która jednak okazała się pozorna, o czym będzie mowa poniżej. Na gruncie ustawy Pzp, jeśli oferta wydaje się wewnętrznie sprzeczna to w pierwszej kolejności zadaniem zamawiającego jest próba ustalenia rzeczywistej jej treści, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności. Zgodnie z art. 65 § 1 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, *oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje*. Ponadto, zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp został także wyposażony przez ustawodawcę w prawo wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty.

Zdaniem izby w analizowanej sprawie zamawiający słusznie doszedł do przekonania, że wewnętrzna sprzeczność w ofercie przystępującego jest jedynie pozorna. Należało bowiem zestawić postanowienia pozycji 2 i 11 wykazu i odkodować rzeczywistą treść oferty w kontekście brzemienia całego wykazu równoważności, czy nawet szerzej, całej oferty wykonawcy, nie wyłączając zapisów SIWZ, na które wykonawca powołał się w spornych pozycjach wykazu.

Biorąc powyższe pod uwagę nie ulegało wątpliwości, że pozycja nr 2 wykazu równoważności dotyczyła konstrukcji biegów schodowych. Na powyższe wskazywał po pierwsze sam opis rozwiązania równoważnego sporządzony przez wykonawcę (*biegi schodowe wylewane z izolacją akustyczną na styku schodów, spoczników i ścian lokali mieszkalnych*). Po drugie wykonawca w tej pozycji, w kolumnie 3, odwołał się do części dokumentacji projektowej dotyczącej konstrukcji budynków „*P.W. Konstrukcja budynek nr 1,2,6 Opis techniczny pkt 4.7, rys K47(budynek nr 1 i 2) oraz K52 i K53 (budynek nr 6), budynek nr 3,4,5 Opis techniczny pkt 5.5; rys K34 Biegi schodowe zaprojektowano jako prefabrykowane; P.W. Architektura budynku nr 1-6 Opis techniczny pkt 5.5 Biegi schodowe prefabrykowane rys A15 (budynek nr 1,2); A13 (budynek nr 3,4,5); A16 (budynek nr 6)*”. Wreszcie w tej pozycji, w kolumnie 4, wykonawca jasno oświadczył, że zamierza skorzystać z dopuszczonego w pozycji 2 załącznika nr 14 do SIWZ rozwiązania równoważnego dotyczącego konstrukcji, a polegającego na zaoferowaniu biegów schodowych wylewanych. Wykonawca wyraźnie odwołał się bowiem do postanowienia pkt 2 załącznika nr 14.

Jak już wcześniej wskazano, pozycja 11 wykazu równoważności dotyczyła zabezpieczenia antypoślizgowego biegów schodowych. Na powyższe wskazywał fakt, że wykonawca w tej pozycji, w kolumnie 3, odwołał się do części dokumentacji projektowej poświęconej właśnie zabezpieczeniu antypoślizgowemu biegów schodowych:

„Zabezpieczenie antypoślizgowe -w stopnicy oraz na krawędzi każdego spocznika wkładka antypoślizgowa; projektuje się systemowe antypoślizgowe podwójne wkładki -w dwóch równoległych rzędach, zintegrowane w trakcie procesu produkcji ze stopnicą, osadzone z odstępem od skraju stopni, w kolorze czarnym PW Architektura Opis techniczny pkt 8.2 (budynku nr 1-6); rys A15 (budynek nr 1,2); A13 (budynek nr 3,4,5); A16 (budynek nr 6)”. Tym samym, wskazując do jakiego elementu dokumentacji projektowej proponowane rozwiązanie ma być równoważne, wykonawca powołał się wyłącznie na postanowienia dokumentacji poświęcone zabezpieczeniu antypoślizgowemu biegów schodowych, a nie konstrukcji budynku (tak jak w pozycji 2 wykazu).

Dokonując wykładni oświadczenia woli wykonawcy zamawiający słusznie także uwzględnił brzmienie pkt 52 załącznika nr 14 do SIWZ. Powyższe działanie okazało się o tyle zasadne, że na ten właśnie punkt przystępujący powołał się wyraźnie w kolumnie 4 pozycji 11 wykazu. Tymczasem w pkt 52 załącznika nr 14 do SIWZ wskazano, że *dopuszcza się możliwość rezygnacji z systemowych wkładek gumowych przy zastosowaniu dwóch kolorów lastryko sygnalizujących zmianę poziomu (spocznik / schody) i zapewnieniu wymaganej antypoślizgowości nawierzchni min. R10.*

Biorąc powyższe pod uwagę zamawiający słusznie doszedł do wniosku, że wykonawca nie zaoferował biegów schodowych z lastryka a biegi schodowe wylewane. Pisząc zaś o zaoferowaniu *lastryka w dwóch kolorach sygnalizującą zmianę poziomów (spocznik/schody) bez wkładek antypoślizgowych, przy jednoczesnym zapewnieniu antypoślizgowości okładziny R10*, wykonawca nawiązywał jedynie do pkt 52 załącznika nr 14 do SIWZ i miał na myśli wykonanie zabezpieczenia antypoślizgowego z takiego materiału, a nie konstrukcji całych biegów schodowych.

W konsekwencji należało dojść do wniosku, że oferta przystępującego nie ma charakteru wariantowego, gdyż nie przewiduje odmiennego niż określony w SIWZ sposobu wykonania robót budowlanych (art. 2 pkt 7 ustawy Pzp). Wykonawca zaoferował zamawiającemu wyłącznie wykonanie biegów schodowych wylewanych, dopuszczonych w treści SIWZ.

Kierując się powyższymi rozważaniami za bezzasadne uznano zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 82 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest

postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

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

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – Izba oddaliła odwołanie. Za wynik postępowania odwoławczego odpowiadał odwołujący, zatem całością kosztów obciążono tę stronę. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 20.000 zł, koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3.600 zł, a także koszty poniesione przez zamawiającego tytułem stawiennictwa pełnomocnika na posiedzenie Izby w wysokości 808,25 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, 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. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b, § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: