

Sygn. akt: KIO 1115/13

WYROK
z dnia 27 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2013 r. przez wykonawcę **EUROVIA POLSKA S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-200 Rybnik**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL Sp. z o.o., ul. Salwatorska 14, 30-109 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **EUROVIA POLSKA S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **EUROVIA POLSKA S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **EUROVIA POLSKA S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** na rzecz **Miasta Rybnik, ul. Bolesława**

Chrobrego 2, 44-200 Rybnik kwotę **13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę ul. Wielopolskiej w Rybniku na odcinku km 0+500 -1+750”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Miasto Rybnik (dalej *zamawiający*) wykonawca EUROVIA POLSKA S.A. (dalej *odwołujący*) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 marca 2013 r. (nr 103772-2013).

Odwołujący wskazał, że podstawą decyzji o odrzuceniu oferty było uznanie przez zamawiającego złożonej przez niego oferty jako „*oferty wariantowej*” w rozumieniu przepisów art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) (dalej *ustawa Pzp*).

W ocenie odwołującego zamawiający podjął wadliwą decyzję, na podstawie błędnej oceny stanu faktycznego oraz obowiązującego stanu prawnego, poprzez co czynność odrzuceniu oferty na wskazanej podstawie jest nieuprawniona, co uchybia przepisom art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art.7 ustawy Pzp.

Odwołujący zażądał:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego,
3. dokonania powtórnej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Przedstawiając stan faktyczny sprawy odwołujący ocenił, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej *SIWZ*) w Rozdziale II Przedmiot zamówienia ppkt „Ogólne wymagania Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia” zamawiający zawarł dwa, istotne dla rozstrzygnięcia odwołania, postanowienia:

1. „Jeżeli w projekcie technicznym zastosowano materiały i urządzenia z podaniem konkretnych producentów, które zaproponował projektant, to Wykonawca ma prawo do zmian producenta na innego, oferującego urządzenia lub materiały takiej samej lub lepszej jakości (ofertom takim winny towarzyszyć wszelkie informacje niezbędne do kompletnej oceny przez Zamawiającego, włącznie z obliczeniami projektowymi, specyfikacjami technicznymi, analizą cen oraz innymi odpowiednimi szczegółami). Użyte do budowy sieci kanalizacyjnej materiały muszą posiadać odpowiednie atesty wydane przez uprawnione instytucje” - str. 4/33 ostatni akapit SIWZ,

2. „Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisanym w projekcie budowlano-wykonawczym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przedmiarach robót. Wykonawca, który powołuje się w swojej ofercie na rozwiązania równoważne opisanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać w ofercie, że zaproponowane przez niego materiały lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W przypadku gdy zmiany te spowodują konieczność aktualizacji projektu technicznego Wykonawca zobowiązany jest przeprowadzić ją na własny koszt i przedstawić do akceptacji projektantowi, który wykonał projekt, na podstawie którego przygotowano przetarg. Wykonawca zobowiązany jest w takim przypadku do uzyskania wszelkich wymaganych zmian decyzji, uzgodnień i pozwoleń” - str. 5/33 pierwszy akapit SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że pierwsze z powyższych postanowień koresponduje wprost z wymogami ujętymi przepisem art. 29 ust.3 ustawy Pzp, nakazującymi zamawiającym w każdym przypadku dopuszczenie zastosowania materiałów i urządzeń „*równoważnych*”, gdy zamawiający nie mogąc opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń używa nazw własnych, wskazuje znaki towarowe, patenty lub w inny sposób identyfikuje pochodzenie wskazywanych produktów. Przy czym, zaznaczył odwołujący, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wskazuje tej równoważności w odniesieniu do poszczególnych elementów wyspecyfikowanych w dokumentacji przetargowej, ale odnosi się w sposób ogólny - wskazując tylko na projekt techniczny.

W odniesieniu do drugiego przywołanego powyżej postanowienia SIWZ odwołujący uznał, że jednoznacznie i bezspornie wskazuje ono na uprawnienie wykonawcy do zaoferowania rozwiązań równoważnych w zakresie robót budowlanych, w stosunku do rozwiązań opisanych w projekcie budowlano-wykonawczym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz przedmiarach.

Odwołujący podał, że korzystając z tego uprawnienia zaoferował równoważny sposób wzmocnienia podłoża i doprowadzenia go do grupy nośności G1, tj. zamiast stosowania materaca z geosiatki wypełnionej kruszywem, jak wskazał w projekcie budowlano-wykonawczym zamawiający, zastosuje stabilizację gruntu rodzimego cementem na głębokość 34 cm, wykonaną zgodnie ze sprawdzoną i zweryfikowaną technologią.

Odwołujący wyjaśnił, że oferując zastosowanie rozwiązania równoważnego, zgodnie z wymaganiem zamawiającego zawarł opracowanie pt. „Opis rozwiązania równoważnego i technologii robót wzmocnienia podłoża i doprowadzenia do nośności grupy G1” (str. 66 do 77 oferty).

Zaoferowane rozwiązanie odwołujący uznał za równoważne (ekwiwalentne) z punktu

widzenia technicznego i wymagań stawianych przez zamawiającego, gwarantując uzyskanie żądanych parametrów drogi, a nadto za stanowiące technologię wprost dopuszczoną przepisami obowiązującego prawa (Zgodnie z przepisami punktu 5 Załącznika Nr 4 do rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie „Wzmocnienie słabego podłoża nawierzchni”, w celu doprowadzenia podłoża nawierzchni do grupy nośności G1, jako jedno z rozwiązań wskazano technologię stabilizacji podłoża spoiwem np. cementem).

Oceniając decyzję zamawiającego jako wadliwą odwołujący wskazał na to, że w treści przywołanych postanowień SIWZ zamawiający w sposób jasny i jednoznaczny przyznał wykonawcom prawo do zaoferowania rozwiązania równoważnego w stosunku do opisanych w projekcie budowlano-wykonawczym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz w przedmiarach robót również w doniesieniu do robót budowlanych.

Zdaniem odwołującego zezwolenie na zaoferowanie „*równoważnych robót budowlanych*” może się wyrażać np. propozycją innego sposobu wykonania niektórych elementów robót, w tym konkretnym przypadku propozycją odmiennego sposobu stabilizacji podłoża i doprowadzenia jego nośności do wymaganego poziomu, w kontekście czego decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, tylko dlatego, że zaoferował dopuszczone, równoważne rozwiązanie w zakresie jednego z rodzajów robót budowlanych – wzmocnienia nośności podłoża – stoi w jawnej sprzeczności z postanowieniem zawartymi w treści SIWZ.

Wskazał, za orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, iż „negatywne konsekwencje braku staranności zamawiającego w redakcji SIWZ obciążają zamawiającego, a wątpliwości interpretacyjne postanowień SIWZ muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Działa on bowiem w zaufaniu do zamawiającego zobligowanego do jednoznacznego i jasnego formułowania postanowień SIWZ. Konsekwencje w postaci uznania treści oferty za sprzeczną z SIWZ odnosić należy do jej postanowień nie budzących wątpliwości interpretacyjnych”, w konsekwencji stwierdzając, że jeżeli zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dopuścił możliwość zaoferowania przez wykonawcę robót budowlanych równoważnych opisanym w projekcie budowlano-wykonawczym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz w przedmiarach robót, to nie może z tytułu tego, iż wykonawca skorzystał z przypisanego mu uprawnienia, podejmować decyzji o odrzuceniu oferty.

Dodatkowo, jak wskazał – na marginesie powstałego sporu – odwołujący ocenił, że zamawiający wadliwie pojmuje znaczenie pojęcia „*oferta wariantowa*”. Wyjaśnił, że w rozumieniu odwołującego oferta wariantowa to nie jest oferta, która w jakimkolwiek stopniu – dopuszczonym przepisami prawa albo warunkami konkretnego postępowania

formułowanymi przez zamawiającego – jest odmienna od szczegółowego opisu zawartego w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia (np. w projekcie budowlanym, projektach wykonawczych, specyfikacji wykonania i odbioru robót) lub w dokumentacji stanowiącej podstawę do kalkulacji ceny ofertowej (np. w przedmiarach robót), ale jest to oferta, której możliwość złożenia dopuszcza zamawiający, polegająca na odmiennym sposobie wykonania zamówienia, przy zachowaniu wypełnienia sprecyzowanych wymagań. Podkreślił, że na fakt, że ten „*odmienny sposób wykonania*” jest w takiej ofercie rzeczywiście istotnie różny niż określony przez zamawiającego wskazuje wprost przepis art. 83 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi o obowiązku przyjęcia poza cenowego kryterium wyboru przy dopuszczeniu składania ofert wariantowych. Zdaniem odwołującego jest to w pełni zasadne i wynika z racjonalności działania ustawodawcy – oferty w takim przypadku będą się bowiem rzeczywiście istotnie różniły, a w związku z tym poza cenowe kryterium winno stosownie wartościować różne – odmienne sposoby wykonania świadczenia oferowane przez różnych wykonawców.

Jeszcze wyraźniej na istotę ujętego w ustawowej definicji oferty wariantowej pojęcia „*odmienności sposobu wykonania*” wskazuje, zdaniem odwołującego, regulacja art. 24 dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna), dopuszczająca, w skrajnych przypadkach, nawet zmianę rodzaju zamówienia, jaka może się faktycznie dokonać w następstwie wyboru oferty wariantowej - w ust. 4 zdanie drugie tego przepisu ustawodawca europejski wskazuje, iż w przypadku dopuszczenia składania ofert równoważnych nie można odrzucić takiej oferty wyłącznie dlatego, że proponowany sposób wykonania powodowałby, że w konsekwencji udzielane byłoby zamówienia na usługi, a nie dostawy lub na dostawy, a nie na usługi.

Według odwołującego zamawiający przyjął odmienne stanowisko tzn. uznał, że każda różnica np. zastosowanie przez wykonawcę innych materiałów, urządzeń lub inny sposób wykonania niektórych elementów robót – nawet jeżeli taka możliwość jest dopuszczona – stanowi ofertę wariantową; konsekwencja takiego założenia logicznie prowadzić musi wprost do irracjonalnego wniosku, że setki czy tysiące postępowań obarczonych jest istotną wadą polegającą na zaniechaniu odrzucenia lub wprost na wyborze „ofert wariantowych”, mimo że ich składanie nie było dopuszczone w postępowaniu. Wynika to wprost z treści art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, w każdym przypadku, gdy zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, do którego ten przepis się odnosi, a nie są to przecież „oferty wariantowe”.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odwołania wykonawcy z dnia 13 maja 2013 r., odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 23 maja 2013 r., a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Na podstawie pkt 9 *Zestawienie ofert* Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego skład orzekający Izby ustalił bowiem, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z najniższą ceną oraz z jednym z trzech najkrótszym terminem wykonania zamówienia, co biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 90%, terminowi zaś 10% znaczenie, a zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do poddania oferty odwołującego ponownemu badaniu, a zatem dałoby mu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – druk ZP-PN,
2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal *SIWZ*),
3. oferty odwołującego,
4. zawiadomienia o wynikach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 7 maja 2013 r.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający podał w *SIWZ* następujące postanowienia odnoszące się do ofert równoważnych oraz wariantowych, a także kryteriów oceny ofert:

1. „Jeżeli w projekcie technicznym zastosowano materiały i urządzenia z podaniem konkretnych producentów, które zaproponował projektant, to Wykonawca ma prawo

do zmian producenta na innego, oferującego urządzenia lub materiały takiej samej lub lepszej jakości (oferantom takim winny towarzyszyć wszelkie informacje niezbędne do kompletnej oceny przez Zamawiającego, włącznie z obliczeniami projektowymi, specyfikacjami technicznymi, analizą cen oraz innymi odpowiednimi szczegółami). Użyte do budowy sieci kanalizacyjnej materiały muszą posiadać odpowiednie atesty wydane przez uprawnione instytucje” (str. 4/33 ostatni akapit SIWZ, w ramach ppkt. Ogólne wymagania Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia).

2. „Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisanym w projekcie budowlano-wykonawczym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przedmiarach robót. Wykonawca, który powołuje się w swojej ofercie na rozwiązania równoważne opisanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać w ofercie, że zaproponowane przez niego materiały lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W przypadku gdy zmiany te spowodują konieczność aktualizacji projektu technicznego Wykonawca zobowiązany jest przeprowadzić ją na własny koszt i przedstawić do akceptacji projektantowi, który wykonał projekt, na podstawie którego przygotowano przetarg. Wykonawca zobowiązany jest w takim przypadku do uzyskania wszelkich wymaganych zmian decyzji, uzgodnień i pozwoleń” (str. 5/33 pierwszy akapit SIWZ, w ramach ppkt. Ogólne wymagania Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia).
3. „Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych” (str. 5/33 ppkt Oferty wariantowe).
4. „Kryterium I Cena 90%, Kryterium II Termin realizacji zamówienia 10%” (str. 12/33 Rozdział XII Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty).

Informując odwołującego o podstawach faktycznych odrzucenia jego oferty zamawiający podał: „Przedstawiona w ofercie zmiana technologii robót w zakresie konstrukcji jezdni, polegająca na wykonaniu stabilizacji gruntu rodzimego cementem zamiast zaprojektowanego materaca z geosiatki wypełnionego kruszywem ingeruje w zaprojektowaną konstrukcję jezdni i technologię robót stanowiąc odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych powyżej opisana zmiana jest oferta wariantową. Ponieważ zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych – oferta podlega odrzuceniu”.

Bezsporny był fakt, że odwołujący nie zaoferował wykonania materaca z geosiatki wypełnionego kruszywem, ale zaoferował – jak opisał to odwołujący – inny sposób

wzmocnienia podłoża (cementem).

Dostrzeżenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 2 (słowniku) nie zawiera definicji legalnej „oferty równoważnej”.

Z przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wynika jednak, kiedy zamawiający jest zobligowany dopuścić w prowadzonym przez siebie postępowaniu składanie ofert równoważnych. Jest to mianowicie sytuacja, gdy zamawiający opisz przedmiot zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń).

Skład orzekający Izby ustalił, że opis wykonania materaca z geosiatki wypełnionego tłuczniem kamiennym (kruszywem), zawarty w dokumentacji opracowanej przez zamawiającego na potrzeby tego postępowania i udostępniony wykonawcom (Projekt budowlano-wykonawczy, Szczegółowe specyfikacja techniczne, przedmiar robót) nie wskazuje żadnych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Na rozprawie okoliczność ta została potwierdzona przez zamawiającego i nie została zakwestionowana przez odwołującego.

Konsekwencją opisu przedmiotu zamówienia, w tym przypadku w części odnoszącej się do wykonania materaca, bez odwoływania się do jakichkolwiek znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, musi być - w świetle przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp – stwierdzenie, że ustawa nie dopuszcza w takim przypadku możliwości składania ofert równoważnych. W związku z tym, w ocenie składu orzekającego Izby, przez pryzmat wynikającej z ustawy Pzp konsekwencji należy interpretować postanowienia SIWZ odnośnie do dopuszczonego przez zamawiającego zakresu równoważności. Skoro zatem opis wykonania materaca z geosiatki wypełnionego tłuczniem kamiennym (kruszywem) nie wskazuje żadnych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, to nie ma podstaw do stosowania materiałów, urządzeń, czy szerzej - rozwiązań równoważnych, ponieważ nie ma w takim przypadku ryzyka zachwiania uczciwej konkurencji. Innymi słowy, opis przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – jak w omawianym stanie faktycznym (nie było to w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kwestionowane) – powoduje, że nie istnieje cel równoważenia opisu przedmiotu zamówienia, tj. przywrócenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ dopuścił zmianę producenta, jeżeli w projekcie technicznym zastosowano materiały i urządzenia z podaniem konkretnych producentów. A contrario, jeżeli w projekcie technicznym zastosowano materiały i urządzenia bez podania konkretnego producenta, a tak właśnie jest w przedmiotowym stanie faktycznym w odniesieniu do wykonania materaca z geosiatki, to zmiana producenta nie została

dopuszczona, tj. nie została dopuszczona żadna równoważność.

W ocenie odwołującego, podstawą prawną dopuszczenia przez zamawiającego, jak podkreślił odwołujący „w sposób ogólny”, ofert równoważnych był wyłącznie przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp – potwierdził to odwołujący wskazując, że „pierwsze z powyższych postanowień koresponduje wprost z wymogami ujętymi przepisem art. 29 ust. 3 ustawy”. Z tego względu, w ocenie składu orzekającego Izby, drugie z przywołanych przez odwołującego jako istotne dla rozstrzygnięcia odwołania, postanowienie SIWZ (str. 5), może być odczytane jedynie z uwzględnieniem przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, a w ramach SIWZ jedynie z uwzględnieniem postanowienia pierwszego (str. 4).

Szczególnego podkreślenia wymaga, że to wola ustawodawcy przesądziła o tym, w jakiej sytuacji dopuszczenie ofert równoważnych jest celowe i konieczne. W ocenie składu orzekającego Izby brak zaistnienia okoliczności nakazujących dopuszczenie składania ofert równoważnych oznacza jednocześnie ich niedopuszczalność w każdym innym przypadku. Tak zamawiający, opracowując postanowienia SIWZ, jak i wykonawcy, interpretując postanowienia SIWZ, nie mogą czynić tego, nie respektując przepisów ustawy, w tym przypadku art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby sformułowanie użyte przez zamawiającego (str. 4), choć jest ogólne, to jednak jest jasne – nie może bowiem nastroić żadnych trudności dla profesjonalistów zamówień publicznych, w tym odwołującego, zidentyfikowanie nazw konkretnego producenta, co warunkowało sięgnięcie po rozwiązania równoważne (w każdym przypadku, „jeżeli w projekcie technicznym zastosowano materiały i urządzenia z podaniem konkretnych producentów, które zaproponował projektant”).

Reasumując powyższe, w ocenie składu orzekającego Izby, zamawiający nie dopuścił w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego możliwości składania ofert równoważnych co do wykonania materaca z geosiatki, w konsekwencji odwołujący nie mógł w tym zakresie złożyć oferty równoważnej.

Art. 2 pkt 7 ustawy Pzp definiuje pojęcie oferty wariantowej - zgodnie z nim jest to oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższe wyjaśnienie rozumienia oferty wariantowej nie stoi na przeszkodzie, aby pojęciem tym objąć zarówno sytuacje, gdy wariantowość odnosić się będzie do przedmiotu zamówienia jako całości, jak i gdy będzie odnosić się jedynie do niektórych jego elementów. W ślad za dopuszczeniem w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wariantowości co do całości albo części przedmiotu zamówienia winny podążać postanowienia SIWZ odnoszące

się do kryteriów oceny ofert (art. 83 ust. 1 ustawy Pzp).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych w jakimkolwiek zakresie – elemencie robót budowlanych, stąd zaoferowanie przez odwołującego w ofercie wykonanie w miejsce materaca z geosiatki wypełnionego kruszywem warstwy cementu należy uznać za sprzeczne z postanowieniami SIWZ, skutkującym odrzuceniem oferty odwołującego.

Wobec powyższego skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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: