

**WYROK**

**z dnia 6 grudnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Solver spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Starostwo Powiatowe w Kole w trybie przetargu nieograniczonego na „*Montaż systemu solarnego w budynku Domu Pomocy Społecznej w Kole przy ul. Poniatomskiego 21*”

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert;**

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Starostwo Powiatowe w Kole i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Solver spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 13.600 zł 00 gr (trzynastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) przez Zamawiającego Starostwo Powiatowe w Kole na rzecz Odwołującego Solver spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Koninie**.

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Montaż systemu solarnego w budynku Domu Pomocy Społecznej w Kole przy ul. Poniatowskiego 21” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 273823-2010 w dniu 5 października 2010 r.

Odwołujący w dniu 19 listopada 2010r. otrzymał informację o wyniku postępowania w tym o odrzuceniu Jego oferty, zaś w dniu 24 listopada 2010r. wniósł odwołanie od tej czynności.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 2 ust. 5 ustawy, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy, art. 87 ust. 1 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;
3. nakazania Zamawiającemu wyboru oferty wykonawcy SOLVER sp. z o.o. jako najkorzystniejszej spośród złożonych w postępowaniu ofert;
4. przyznanie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że korzystając z możliwości zaoferowania przedmiotu równoważnego do tego, który opisano w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaoferował w swojej ofercie kolektory typu GERES ASCO GAM 2,5., co potwierdzają dokumenty załączone do oferty, w postaci sprawozdania z badań kolektora GAM 2,5. Proponowany kolektor przeszedł badania przez wyspecjalizowane niezależne laboratorium badawcze, jakim jest laboratorium INTA. Z badań sporządzono raport zawierający wszystkie parametry charakteryzujące kolektor i pozwalające na porównanie z innymi kolektorami. Kolektor z projektu posiada raport z badań o numerze 011-7S080F, będący załącznikiem do

certyfikatu Solar Keymark, który obejmuje nie tylko własności optyczne i energetyczne kolektorów, ale także ich trwałość mechaniczną i żywotność. Płyn solarny przeznaczony do współpracy z kolektorami GAM 2.5 to Term sol EKO. Karta płynu z specyfikacją techniczną również została dołączona do oferty. Jest to płyn nowej generacji, będący roztworem glikolu propylenowego z inhibitorami korozji, środków zmięczających, stabilizatorów PH i rezerwy alkalicznej, biostatyków, barwników i wody. Płyn Tyfocor opiera się na tym samym związku chemicznym - glikolu propylenowym z dodatkiem inhibitorów korozji, dlatego w obu płynach solarnych nie wystąpią różnice w odbiorze i transporcie ciepła. Płyny różnią się dodatkami, których skład zależy od producenta. Odwołujący podkreślił, że z porównania parametrów wynika, że kolektory GAM 2,5 GERES ASCO wykazują się lepszymi parametrami technicznymi, niż kolektory wskazane w SIWZ przez Zamawiającego. Stwierdzenie równoważności w powyższym zakresie możliwe jest na podstawie dokumentacji załączonej do oferty Odwołującego. Z dokumentacji tej wynikają wszelkie parametry, które są istotne dla pracy kolektora i zostały wyspecyfikowane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący podał, że w dokumentacji technicznej nie ma podanych żadnych parametrów kolektora - wskazano tylko jego typ. Certyfikaty z danymi kolektorów są dostępne na oficjalnej stronie internetowej, gdzie umieszczone są wszystkie kolektory posiadające znak SOLAR KEYMARK, a ponadto dane te są dostępne na stronie internetowej firmy Viessmann. Wyniki obliczone są ze wzoru, do którego wstawiane są dane z certyfikatu, a co za tym idzie ze sprawozdania z badań. Odwołujący podjął polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego iż *badanie równoważności w zakresie parametrów technicznych określonych w SIWZ musi odbyć się poprzez wyspecjalizowany ośrodek badawczy, który porównałby wszystkie parametry obu kolektorów oraz parametry płynu solarnego. W ocenie Zamawiającego bez takiej analizy nie można stwierdzić, czy proponowany przez Wykonawcę kolektor zamienny jest rozwiązaniem równoważnym w stosunku do projektu* (lit. a uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty). Zdaniem Odwołującego oznacza to, że Zamawiający z góry zakładał, że jedynym kolektorem, jaki może zostać zaoferowany przez Wykonawców w postępowaniu jest kolektor Vitosol 200 - F, SV - 2, bowiem każdy inny kolektor musiałby być w ten sposób badany przez Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, iż to Zamawiający zobligowany jest do przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego przeprowadzenia. W ramach prowadzenia postępowania zobligowany jest on do oceny ofert, w tym również równoważności wykazanej przez Odwołującego dokumentami. Brak wiedzy Zamawiającego w zakresie kolektorów lub jakichkolwiek innych urządzeń specjalistycznych winien być podstawą do powołania do komisji biegłego, który mógłby ocenić złożone oferty;

nadto skoro Zamawiający wskazał parametry techniczne urządzeń podanych w SIWZ i umiał je opisać, to powinien również umieć ocenić równoważność urządzeń zaoferowanych przez Wykonawców. Zakładanie z góry, że ocena równoważności wymagałaby podjęcia dodatkowych działań przez Zamawiającego i tłumaczenie tą okolicznością niemożliwości uznania oferty za równoważną, w sytuacji gdy Wykonawca złożył do oferty wszystkie wymagane dokumenty powoduje, iż dopuszczenie rozwiązań równoważnych staje się w przedmiotowym postępowaniu fikcją. Odwołujący powołał się na wyrok KIO/UZP 1303/10 z dnia 7 lipca 2010 roku *„zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy wykonawca obowiązany jest wykazać, że oferowany produkt spełnia wymagania zamawiającego, jednakże przepis ten wymaga, aby zamawiający te wymagania określił. KIO stwierdza jednocześnie, że Zamawiający jest uprawniony opisać wymagania co do przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający jego odpowiednią wartość użytkową w dostosowaniu do jego potrzeb, jednakże takie uwarunkowania muszą wynikać ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Za nieuprawnione bowiem KIO uznaje działanie Zamawiającego, zmierzające do ustalania wymagań stanowiących podstawę oceny ofert po ich złożeniu”*.

Odwołujący podaje, że załączył do oferty dokumenty, z których wynika spełnianie przez zaoferowane kolektory wszelkich wymagań, co do parametrów technicznych, wskazanych w SIWZ. Twierdzenia Zamawiającego, że należy sprawdzać jakieś inne parametry niż podane w dokumentach jest niezgodne z prawem zamówień publicznych. *Zamawiający zobligowany jest wskazać wymogi, które w ramach ofert równoważnych będzie badał* (tak m. in. KIO/UZP 1334/10). Odwołujący argumentuje, że jeżeli Zamawiający na jakimkolwiek etapie badania ofert powziął wątpliwość, co do spełniania wymagań przez zaoferowane kolektory, miał prawo zwrócić się do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie treści oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Zdaniem Odwołującego, o fikcyjności dopuszczenia rozwiązań równoważnych świadczy również wskazanie przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Wykonawcy SOLVER sp. z o.o., iż nierównoważność zaoferowanych urządzeń przejawia się w większej o 1,48 m<sup>2</sup> powierzchni absorberów kolektorów zamiennych, podczas gdy Zamawiający określił parametr „wymagana powierzchnia absorbera” na poziomie minimum 2,32 m<sup>2</sup>. Oznacza to, że w tym zakresie rozwiązaniem równoważnym jest powierzchnia absorbera 2,32 m<sup>2</sup> lub więcej. Kolektory GERES ASCO GAM 2,5 mają powierzchnię czynną absorbera 2,44 m<sup>2</sup>. Uznać zatem należy, że warunek minimalny postawiony przez Zamawiającego został przez Odwołującego spełniony. Zamawiający nie wskazał w SIWZ jaka wielkość absorbera kolektora jest wielkością maksymalną. Mając na względzie powyższą okoliczność należy uznać, że Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia założył, że wielkość zaoferowanych kolektorów może być różna od wielkości kolektora wzorcowego Vitosol. Nie ma wobec tego możliwości, by Zamawiający na

etapie oceny ofert modyfikował wskazany parametr i stwierdzał, że zaoferowanie kolektora z większym niż 2,32 m<sup>2</sup> absorberem jest niedopuszczalne. W ocenie Odwołującego opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest jednoznaczny w swoim przekazie. *Jeśli Zamawiający nie sprecyzował swoich żądań w SIWZ, to Wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków niezwerbalizowania przez Zamawiającego swoich wymagań. Odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ może mieć miejsce wtedy, gdy niezgodność ta dotyczy wymagań jasno wyrażonych, nie zaś wymagań przedstawionych przez Zamawiającego na etapie badania ofert. Niezgodność ta nie może być konsekwencją przyjęcia określonej, ale nie zakomunikowanej w formie pisemnej interpretacji SIWZ (tak w wyroku KIO/UZP 1902/10 z dnia 20 września 2010 roku). Zgodnie z wyrokiem KIO/UZP 455/10 z dnia 7 kwietnia 2010 roku dookreślanie i ustalanie szczegółowych wymagań dotyczących równoważności lub dotyczących przedmiotu zamówienia w ogólności są niedopuszczalne na etapie „po złożeniu ofert”. Takie działania Zamawiającego naruszają art. 29 ust. 1 i 3 ustawy. Ustawa Prawo Zamówień Publicznych nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty, oznacza to między innymi, że zamawiający winien ustalone w SIWZ przez siebie warunki, jakim mają odpowiadać oferty, egzekwować w sposób, jaki zostały przewidziane. Weryfikacja ofert może się odbywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił sam Zamawiający, wiążące także jego samego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać czy interpretować w sposób dowolny (tak wyrok KIO/UZP 1900/10 z dnia 16 września 2010 roku, KIO/UZP 1757/10 z dnia 31 sierpnia 2010 roku). Przy założeniu, że kolektory zaoferowane przez Wykonawców muszą spełniać wszystkie wymagania Zamawiającego wskazane w SIWZ, a dodatkowo mieć powierzchnię absorbera równą 2,32 m<sup>2</sup> lub 2,33 m<sup>2</sup> i nie większą, jedynie kolektor wskazany z nazwy producenta przez Zamawiającego spełnia opis przedmiotu zamówienia, co stanowi rażące naruszenie przez Zamawiającego zasad dokonywania opisu przedmiotu zamówienia. Powołał się Odwołujący na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2010 roku (KIO/UZP 1798/10) „Opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że poszczególne urządzenia wchodzące w skład zamówienia mogą pochodzić od jednego tylko producenta, może utrudniać uczciwą konkurencję, a tym samym naruszać art. 29 ust. 2 ustawy. Takie wskazania faworyzują, bowiem w sposób nieuprawniony bezpośrednio takiego producenta, a pośrednio również podmioty, które pozostają w stałych stosunkach gospodarczych z takim producentem. Skonstruowanie opisu przedmiotu w taki sposób, nie może, w ocenie Izby, być uzasadnione jedynie szczególnymi potrzebami Zamawiającego. Izba przyjęła, że Zamawiający w postępowaniu otwartym, konkurencyjnym nie może ograniczać opisu przedmiotu zamówienia, w taki sposób, ażeby chociażby część zamawianego sprzętu, mogła pochodzić tylko od jednego producenta”.*

Odwołujący podał, że w lit) b informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, że „poprzez zmianę ilości kolektorów SOLVER sp. z o.o. złożyła ofertę niezgodną z wymogami przedstawionymi w dokumentacji technicznej i przedmiarze robót”. Ze stanowiskiem takim nie można się zgodzić. Nie ulega wątpliwości, że tworząc ofertę Odwołujący zmienił ilość oferowanych kolektorów, w stosunku do ilości kolektorów wskazanej w dokumentacji przez Zamawiającego. Zmiana taka wiąże się jednak z dopuszczeniem przez Zamawiającego zaofiarowania rozwiązań równoważnych i dopuszczeniem zaofiarowania kolektorów o większej powierzchni niż 2,32 m<sup>2</sup>. Odwołujący podkreśla, że przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest montaż systemu solarnego, a nie montaż 80 sztuk kolektorów słonecznych. Jak wskazał Zamawiający w Specyfikacji Technicznej: „przedmiotem robót budowlanych jest montaż kolektorów słonecznych na dachu budynku głównego, montaż urządzeń towarzyszących, osprzętu, armatury i automatyki w budynku Domu Pomocy Społecznej w Kole, ul. Poniatowskiego 21, wykorzystanie energii odnawialnej, co w konsekwencji prowadzi do zmniejszenia zapotrzebowania ciepła na cele grzewcze i ograniczenie emisji związków szkodliwych do atmosfery”. Również w SIWZ Zamawiający wskazał: „Zamówienie publiczne współfinansowane jest przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013 działanie 3.7 „Zwiększenie wykorzystania odnawialnych zasobów energii””. Wszystkie te wymagania są spełnione przez system zaofiarowany przez Odwołującego.

Brak możliwości zaofiarowania innej ilości kolektorów przy dokonanym przez Zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia, spowodowałby - tak jak wskazano już wyżej - możliwość zaofiarowania jedynie kolektorów Vitosol 200 - F, co narusza zasady uczciwej konkurencji i ogranicza dostęp do zamówienia Wykonawcom. Równoważność co do jakości kolektorów, przy możliwych różnicach w ich wielkości musi przekładać się na równoważność co do ich ilości. Przyjmując tok myślenia Zamawiającego zaprezentowany w niniejszym postępowaniu trzeba byłoby również uznać, że skoro w przedmiarach robót wpisano urządzenia konkretnego producenta, to mimo dopuszczenia rozwiązań równoważnych niemożliwa jest zmiana nazwy tego urządzenia w przygotowywanych przez Wykonawców kosztorysach, ponieważ dojdzie do złożenia oferty niezgodnej z SIWZ. Takie stanowisko jest niedopuszczalne w przypadku umożliwienia składania ofert równoważnych.

Zwrot „równoważne” oznacza możliwość uzyskania efektu założonego przez Zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych poprzez dopuszczenie ofert opartych na równoważnych ustaleniach (tak m. in. w wyroku KIO/UZP 313/10 z dnia 25 marca 2010

roku). Rozwiązania oferowane przez Odwołującego zakładają osiągnięcie lepszych efektów, niż te założone w SIWZ i określone w punkcie 4.3. STWiORB. Inne rozwiązania techniczne mogą powodować zmiany ilościowe urządzeń, bowiem ilości podane w przedmiarach odnoszą się do rozwiązań konkretnie wskazanych przez Zamawiającego, przewidujących powierzchnię czynną absorbera na poziomie 2,32 m<sup>2</sup>. Według Odwołującego, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej obowiązku dokonania zmian elementów konstrukcyjnych na dachu i dodatkowych obliczeń, również to stanowisko uznać należy za nieprawdziwe i dążące jedynie do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego: kolektor GAM, pomimo posiadanej większej powierzchni czynnej, jest lżejszy od kolektora Vitosol 200 - F. Instalacja 77 kolektorów stanowić będzie mniejsze obciążenie dla konstrukcji dachu, niż zamontowanie 80 kolektorów Vitosol 200 - F; nadto kolektor GAM 2.5 jest również niższy od kolektora Vitosol, dlatego ustawiony pod kątem 45 ° zajmie mniejszą długość dachu, a także będzie wymagał mniejszej przerwy pomiędzy bateriami niż jest to w projekcie (przy zachowaniu identycznej proporcji pomiędzy wysokością kolektora a odległością pomiędzy bateriami jak w projekcie). Pozwoli to ustawić baterie kolektorów słonecznych ciasniej, a na zyskanym miejscu zmieści się dodatkowa bateria 5 sztuk kolektorów. Kolektory słoneczne są montowane do dachu przy użyciu systemowych mocowań producenta kolektorów słonecznych. Kolektor GAM 2.5 jest o 4,2 kg lżejszy od Vitosola 200F. Zastosowanie 77 sztuk lżejszych kolektorów GAM 2.5, w dodatku w o jednej więcej baterii, ale zlokalizowanej na tej samej powierzchni spowoduje bardziej równomierne rozłożenie mniejszego obciążenia (bo o 3 kol. mniej) na tej samej powierzchni. Projekt nie przewiduje wzmocnienia dachu, ani montażu dodatkowej konstrukcji wsporczej poza systemowymi producenta). W udostępnionym przez Zamawiającego projekcie nie przedstawiono obliczeń obciążania dachu. Jest jedynie zapis: „*Obciążenie dachu zwiększy się o około 20kg/m<sup>2</sup>, co nie stanowi żadnego zagrożenia dla konstrukcji obiektu*”. Odwołujący argumentuje, że zastosowanie mniejszej liczby lżejszych kolektorów na tej samej powierzchni dachu nie przekroczy obciążenia przyjętego do obliczeń w projekcie.

Zgodnie z prawem budowlanym zmiana liczby kolektorów nie jest podstawą do wnioskowania o nowe pozwolenie na budowę. Należy jedynie złożyć wniosek o zatwierdzenie zmian w istniejącym pozwoleniu budowlanym, co Zamawiający musiał przewidywać dopuszczając rozwiązania równoważne i większe niż 2,32 m<sup>2</sup> powierzchnie absorberów kolektorów. Zamawiający błędnie rozumie pojęcie rozwiązania „równoważnego”. Nie oznacza ono bowiem tożsamości zaoferowanych rozwiązań, a odnosi się do celu zamówienia, ilości

i jakości produktów w takim znaczeniu, aby końcowy efekt odpowiadał wymogom Zamawiającego lub był dla Zamawiającego korzystniejszy.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów ustalonych przez Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu tym kryterium była cena oferty. Oferta Wykonawcy SOLVER sp. z o.o. odpowiada wszelkim wymaganiom postawionym przez Zamawiającego, a jednocześnie jest niemal o 100 000 zł tańsza od wybranej na obecnym etapie postępowania oferty.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał swoją argumentację; Zamawiający nie skorzystał z możliwości zaprezentowania swojego stanowiska w odniesieniu do zarzutów odwołania – pomimo prawidłowego zawiadomienia nie stawil się na rozprawę, nie złożył także odpowiedzi na odwołanie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, w oparciu o teędokumentację ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział II pkt 3) podał, że: *zakres rzeczowy robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia publicznego obejmuje między innymi wykonanie konstrukcji systemowej dla zamocowania kolektorów słonecznych, montaż kolektorów słonecznych na dachu płaskim, których parametry odpowiadają następującym wymaganiom: typ kolektora – płaski pionowy, wymagana powierzchnia absorbera – min 2,32 m<sup>2</sup>, materiał i konstrukcja absorbera – płyta miedziana z powłoką tlenku tytanu, pojedyncza rura miedziana ułożona w sposób meandrowy o odległościach osi sąsiednich odcinków rur nie większych niż  $P_{max} = 100$ , dopuszczalna temperatura pracy – pow. 200<sup>o</sup>C, połączenie kolektorów ze sobą w jednym zestawie do 8 sztuk za pomocą łączników bocznych.*

W stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych [część C.I specyfikacji technicznej], Zamawiający zastrzegł w odniesieniu do systemu solarnego „INSTALACJE CENTRALNEGO OGRZEWANIA - PRZEDMIOT I ZAKRES ROBÓT: *Przedmiotem tej części ST są wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót, polegających na montażu kolektorów słonecznych na dachu łącznika oraz wykonaniu instalacji grzewczej z rur miedzianych. Obejmują one następujący zakres: montaż kolektorów słonecznych typ Vitosol 200-F, SV2, F = 2,32m<sup>2</sup> (Viessmann) na wsporczej konstrukcji systemowej, montaż wymienników i podgrzewaczy c.w.u., montaż instalacji grzewczej, montaż filtrów, armatury odcinającej i zwrotnej. Zestawienie elementów instalacji jest zawarte w dokumentacji technicznej systemu solarnego w Domu Pomocy Społecznej w Kole, ul. Poniatowskiego 21. MATERIAŁY; Według wymagań ogólnych. Materiałami*



stosowanymi przy wykonywaniu robót w zakresie instalacji centralnego ogrzewania są: kolektory słoneczne typ Vitosol 200-F, SV2,  $F = 2,32m^2$  (Viessmann – 80 szt.) według zestawienia w dokumentacji projektowej, konstrukcja systemowa (Z005455, Z005456, Z0005457) według zestawienia w dokumentacji projektowej i kosztorysowej, podgrzewacz c.w.u. Vitocell L-100,  $V = 750l$  (Viessmann – 2 szt.) – w/g dokumentacji projektowej, wymienniki płytowe CB52-40L i CB27-34M (Alfa Laval – 2 szt.), naczynia przeponowe Reflex 2 szt. – w/g dokumentacji projektowej, zawory kulowe, gwintowane zawory zwrotne SOCLA, typ 802 mierniki przepływu AV-23 (Taco-Setter), odpowietrzniki automatyczne, termometry, manometry, rury stalowe, rury i złączki z polietylenu, akcesoria montażowe : śruby, wkręty, uchwyty do rur, elektrody.”

W części II projektu budowlano – wykonawczego systemu solarnego Zamawiający opisał wymagany sprzęt, następująco: „II. ZESTAWIENIE URZĄDZEŃ, OSPRZĘTU I ARMATURY 1. System solarne: 1. Kolektor płaski typ Vitosol-200F, SV2,  $F = 2,3m^2$  na konstrukcji do dachów płaskich nr kat. 7248395, Z005455, Z005456, Z005457 (Viessmann) - 80 szt., 2. Regulator solarne Vitosolic 200, nr kat.7176451 (Viessmann) - 1 szt., 3. Czujnik solarne (wyposażenie Vitosolica 200, Viessmann) - 1 szt., 4. Czujnik cieczy w kolektorze (wyposażenie Vitosolica 200, Viessmann) - 1 szt., 5. Czujnik temperatury w podgrzewaczu C (wyposażenie Vitosolica 200, Viessmann) - 1 szt., 6. Czujnik temperatury wody w podgrzewaczu A,B,C nr kat. 7170965 (Viessmann) - 3 szt.” [projekt budowlano – wykonawczy systemu solarnego, str. 17]

Następnie, w pkt 12 rozdziału II specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający przewidział, że: „Zamawiający dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane przez Zamawiającego, pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w przedmiarach robót oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów, uniwierniającoych te materiały i urządzenia”.

W odniesieniu do wskazanych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia zadano pytanie: „Opis przedmiotu zamówienia (p. II SIWZ) bardzo szczegółowo definiuje rodzaj, typ i charakterystykę kolektorów. Zapis ten nie pozwala na wykorzystanie uprawnień dla Wykonawcy, który wynika z p. II 12 o dopuszczeniu innych urządzeń o parametrach równoważnych. W naszej ofercie planujemy zastosować próżniowe rurowe kolektory słoneczne. Proszę więc o zajęcie stanowiska i jednoznaczne stanowisko dotyczące rozszerzenia asortymentu możliwych do zastosowania kolektorów o próżniowa rurowe kolektory słoneczne”, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż: „Wariant z zastosowaniem kolektorów słonecznych próżniowych rurowych jest niezgodny z dokumentacją techniczną przygotowaną na etapie złożenia wniosku o dofinansowanie z Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013. W wyniku przeprowadzonej analizy dla niniejszego projektu kilku wariantów w Studium Wykonalności wyłoniono tylko jeden wariant, który spełniał postawione cele oraz osiągnął najwyższą ilość punktów w założonych kryteriach.

*Wybrany w Studium Wykonalności wariant najkorzystniejszy był to wariant z zastosowaniem kolektorów płaskich.” [odpowiedzi na pytania wykonawców do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 15 października 2010r.]*

Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował kolektory innego typu i producenta, aniżeli opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest kolektor słoneczny GERES – ASCO GAM, 2,5 w miejsce Vitosol 200-F, SV2, izolację rurociągu FLEXOROCK w miejsce ISOTUBE, płyn solarny Termosol EKO w miejsce Tyfocor oraz zasobnik c.w.u. Relex LS 750 w miejsce Vitocell 100-L [oferta Odwołującego, str. 35]. Do oferty Odwołującego zostały załączone dokumenty dotyczące zaoferowanych kolektorów oraz innych materiałów równoważnych.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych [pismo Zamawiającego z dnia 19 listopada 2010r. nr OZ 3422-7/5/2010], uznając, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uzasadniając tę decyzję: zastosowanie kolektorów typu GERES ASCO GAM 2,5 w ilości 77 szt., zamiast Vitosol 200-F, SV-2 (80 szt.): powierzchnia absorbera Vitosol 200, FI =  $2,33\text{m}^2 \times 80 = 186,4 \text{ m}^2$ ; powierzchnia absorbera GERES ASCO GAM 2,5, F2 =  $2,44\text{m}^2 \times 77 = 187,88 \text{ m}^2$ ; wykonawca poprzez zmianę ilości kolektorów złożył ofertę niezgodną z wymogami przedstawionymi w dokumentacji technicznej i przedmiarze robót; zmiana ilości kolektorów w stosunku do ilości ujętych w dokumentacji powoduje zmianę rozmieszczenia grup solarnych na dachu; kolektory słoneczne zamiennie mają inne wymiary aniżeli zastosowane w dokumentacji, w związku z czym niezbędna jest zmiana elementów konstrukcyjnych na dachu, co wiąże się z przeprowadzeniem dodatkowych obliczeń wytrzymałościowych konstrukcji i obliczeń hydraulicznych w zakresie przepływu czynnika solarnego; zmiany ilości kolektorów powodują konieczność wykonania dokumentacji zamiennej, wraz z kosztorysami w branżach technologicznej i konstrukcyjnej, pod warunkiem uznania na podstawie analizy porównawczej zaproponowanego przez Wykonawcę rozwiązania jako rozwiązanie równoważne; dokumentacja zamienna wymaga uzyskania pozwolenia na budowę.

**Na tle tak ustalonego stanu faktycznego,  
skład orzekający zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 5 października 2010r. (data ogłoszenia o zamówieniu) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy *ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo*

*zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *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) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania – w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą w tym postępowaniu, w związku z czym wykonawca miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowane w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych) czynności Zamawiającego należało uznać, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Na gruncie analizowanej sprawy nie ulega wątpliwości, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia (kolektory słoneczne i inne elementy związane z ich montażem) poprzez wskazanie modelu oraz producenta; dopuścił także zaoferowanie przez wykonawców równoważnego sposobu wykonania zamówienia, w tym zastosowania równoważnych materiałów i urządzeń do tych, które opisano w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynika to wyraźnie z brzmienia pkt 12 rozdziału II specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie ogólnie dopuszczono ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane przez Zamawiającego, pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych. Zamawiający

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie opisał jednak, jak będzie rozumiał pojęcie równoważności, w tym, które właściwości, cechy i funkcjonalności oferowanego przedmiotu są dla niego istotne w tym stopniu, że będą decydować o zachowaniu równoważności bądź nie. Takiego charakteru nie można przypisać, zawartemu w pkt 3 rozdziału II specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisowi kolektorów słonecznych firmy Viessmann, typ Vitosol-200F, SV2, F = 2,3m<sup>2</sup> na konstrukcji do dachów płaskich o numerach katalogowych: 7248395, Z005455, Z005456, Z005457, gdzie podano wymiary kolektorów, ich liczbę, materiał oraz konstrukcję (płyta miedziana z powłoką tlenku tytanu, pojedyncza rura miedziana ułożona w sposób meandrowy o odległościach osi sąsiednich odcinków rur nie większych niż P<sub>max</sub> = 100), dopuszczalną temperaturę pracy – powyżej 200<sup>0</sup>C, sposób połączenia kolektorów ze sobą w jednym zestawie do 8 sztuk za pomocą łączników bocznych – podane cechy stanowią bowiem dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia za pomocą wskazania producenta i typu wymaganych urządzeń, a zatem taki opis, który w świetle brzmienia art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga zagwarantowania możliwości zaoferowania przez wykonawców przedmiotu równoważnego.

Należy na wstępie podkreślić, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2004 roku sygn. akt UZP/ZO/0-725). Natomiast zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 roku (sygn. akt II Ca 587/05) istotne jest, by przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji.

Wyjątek dopuszczający odmienny od uregulowanego w art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, został określony w art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Jednakże ze względu na to, iż przepis ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach i interpretowany ściśle: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszą wyrazy: „lub równoważne” albo podobne, co nadaje

wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. Jest to obowiązek zamawiającego w sytuacji, gdy korzysta z możliwości dokonania opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający nie wyczerpał powołanej regulacji, opisując bowiem przedmiot zamówienia w sposób jednoznacznie nawiązujący do produktu pochodzącego od konkretnego producenta, wskazując zarazem jego typ a nawet w projekcie budowlano – wykonawczym systemu solarnego - konkretne numery katalogowe kolektorów słonecznych, nie zawarł w tej części określenia „lub równoważne”, co stanowi o naruszeniu przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należało uznać, że mimo wyraźnego nie podania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy opisie przedmiotu zamówienia za pomocą wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, wymaganego brzmieniem powołanego przepisu art. 29 ust. 3 ustawy określenia „lub równoważne”, Zamawiający dopuścił zaoferowanie równoważnych materiałów i urządzeń – wynika to z pkt 12 rozdziału II specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym: *„Zamawiający dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane przez Zamawiającego, pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w przedmiarach robót oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów, uwiarygodniających te materiały i urządzenia”*. Również z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika dopuszczenie rozwiązań, materiałów i urządzeń równoważnych, skoro Zamawiający podał, iż pod warunkiem uznania na podstawie analizy porównawczej zaproponowanego przez Wykonawcę rozwiązania jako rozwiązanie równoważne; zachodzi potrzeba dokonania odpowiednich zmian w dokumentacji projektowej oraz przeprowadzenia dodatkowych obliczeń.

Na gruncie analizowanej sprawy, Zamawiający nie wyjaśnił ani nie doprecyzował w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jakie parametry lub cechy musi posiadać produkt oferowany, aby został zaklasyfikowany do tej samej klasy co wskazane przez Zamawiającego kolektory słoneczne firmy Viessmann, typ Vitosol-200F, SV2, F = 2,32 m<sup>2</sup> o numerach katalogowych: 7248395, Z005455, Z005456, Z005457.

Wobec zaniechania opisanego przez Zamawiającego zasad uznawania za równoważne zaoferowanych materiałów i urządzeń uznano, że nie sposób przyjmować, by w takim wypadku za równoważne należało uznawać te materiały, urządzenia, które zostały wymienione przez Zamawiającego – równoważność w takim wypadku byłaby iluzoryczną i sprowadzałaby się jedynie do możliwości zaoferowania urządzeń i materiałów jedynie producenta i typu

wymienionego w specyfikacji. 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. Tym samym uznano, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie wymienił wszystkich istotnych dla niego parametrów i cech wymaganego przedmiotu, które miałyby decydować o zachowaniu równoważności, nie jest dopuszczalne przyjęcie tezy, że w takim wypadku równoważność dotyczy wszystkich parametrów danego urządzenia. Takie stanowisko oznaczałoby, że dopuszczenie możliwości zaoferowania przedmiotu równoważnego jest iluzorycznym, skoro w praktyce sprowadzać by się mogło jedynie do zaoferowania takiego samego przedmiotu jak opisany za pomocą znaku towarowego, pochodzenia, wskazania producenta oraz typu i modelu.

Podzielono w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 16 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1400/08, w uzasadnieniu którego wskazano: „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”.

Dostrzeżono, że brak jest w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych przepisu, który wprost nakładałby na zamawiającego obowiązek precyzowania wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert, wskazywania określonych parametrów i ich minimalnych wielkości dla oceny równoważności oferowanych produktów, niemniej jednak wskazanie dopuszczalnego zakresu równoważności ofert należy uznać co najmniej za pożądane w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nadto przepisu art. 29 ust. 2 tej ustawy, zakazującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby ograniczać uczciwą konkurencję.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż niedookreślenie zakresu równoważności poprzez brak wskazania istotnych dla Zamawiającego funkcji i elementów wymaganych kolektorów nie spełnia warunku określonego w art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wymogu, aby opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób

jednoznaczny i wyczerpujący, przy użyciu dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Pożądane cechy oferowanego przez wykonawców produktu winny zostać precyzyjnie określone. Ich ogólne sformułowanie prowadzi bowiem do sytuacji, iż wykonawcy oferując produkt o zbliżonych cechach będą oczekiwać uznania go za odpowiadający założonym ogólnym parametrom, tj. uznania go za równoważny. Tym samym Zamawiający dopuszczając złożenie oferty na produkt równoważny winien wskazać, jakie cechy powinien on spełniać, aby mógł być za taki uznany. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia Zamawiającemu w większym stopniu podjęcie prawidłowej decyzji w tym zakresie. Jest to o tyle istotne, że na podstawie swoich wymagań określonych wyraźnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający będzie mógł ocenić, czy złożone oferty obejmujące kolektory równoważne są zgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 12, rozdział II) zawarł postanowienia, zgodnie z którymi w razie zaoferowania materiałów i urządzeń innych aniżeli opisane w specyfikacji, o parametrach nie gorszych niż w przedmiarach robót oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wymagane jest złożenie stosownych dokumentów, uwiarygodniających te materiały i urządzenia. Stwierdzenie równoważności w powyższym zakresie możliwe jest na podstawie dokumentacji załączonej do oferty Odwołującego, skoro oferta została opatrzona odpowiednimi dokumentami. Z dokumentacji tej wynikają wszelkie parametry, które są istotne dla pracy kolektora i zostały wyspecyfikowane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W świetle powyższego nie sposób uznać za wystarczającą podstawę uznania niegodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i odrzucenia oferty Odwołującego stwierdzenia zawartego w decyzji o rozstrzygnięciu postępowania, iż *badanie równoważności w zakresie parametrów technicznych określonych w SIWZ musi odbyć się poprzez wyspecjalizowany ośrodek badawczy, który porównałby wszystkie parametry obu kolektorów oraz parametry płynu solarnego. W ocenie Zamawiającego bez takiej analizy nie można stwierdzić, czy proponowany przez Wykonawcę kolektor zamienny jest rozwiązaniem równoważnym w stosunku do projektu.* Skoro Zamawiający dopuścił zaoferowanie materiałów i urządzeń równoważnych o parametrach nie gorszych od opisanych w specyfikacji, to rzeczą Zamawiającego było najpierw opisanie zasad uznawania za równoważne innych aniżeli scharakteryzowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kolektorów a wreszcie określenie sposobu sprawdzenia tej równoważności. Na etapie

oceny ofert za niedopuszczalne należało uznać przerzucanie ciężaru tej oceny na wykonawcę a także skutków nieumiejętności dokonania tej oceny przez Zamawiającego, szczególnie w warunkach, gdy jest to następstwem niewystarczająco starannego przygotowania postępowania, w tym pozostawiającego niedosyt informacji opisu przedmiotu zamówienia w części odnoszącej się do zasad uznawania innych zaoferowanych przedmiotów za równoważne. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Podobnie należało ocenić uzasadnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Solver sp. z o.o., zgodnie z którym, zmiana ilości kolektorów w stosunku do ilości ujętych w dokumentacji powoduje zmianę rozmieszczenia grup solarnych na dachu; zaoferowane kolektory słoneczne zamiennie mają inne wymiary aniżeli zastosowane w dokumentacji, w związku z czym niezbędna jest zmiana elementów konstrukcyjnych na dachu, co wiąże się z przeprowadzeniem dodatkowych obliczeń wytrzymałościowych konstrukcji i obliczeń hydraulicznych w zakresie przepływu czynnika solarnego; zmiany ilości kolektorów powodują konieczność wykonania dokumentacji zamiennej, wraz z kosztorysami w branżach technologicznej i konstrukcyjnej, pod warunkiem uznania na podstawie analizy porównawczej zaproponowanego przez Wykonawcę rozwiązania jako rozwiązanie równoważne; dokumentacja zamienna wymaga uzyskania pozwolenia na budowę. Jak wskazano wyżej, Zamawiający dopuścił zaoferowanie innych urządzeń i materiałów o parametrach nie gorszych od opisanych przez siebie. Podał także, że wymagana powierzchnia absorbera kolektorów ma wynosić minimum 2,32 m<sup>2</sup>, co oznacza że wykonawcy mogli zaoferować kolektory o powierzchni większej niż podane 2,32 m<sup>2</sup>; tak też uczynił Odwołujący. Skoro zaś dopuszczalne było zaoferowanie kolektorów o powierzchni absorberów większej, Zamawiający nie podał przy tym maksymalnej ich wielkości, to tym samym zasadny jest wniosek, że dopuszczono także zaoferowanie zastosowania innej ilości absorberów aniżeli odpowiadające wielkości 2,32 m<sup>2</sup> 80 sztuk tych absorberów. W warunkach gdy Odwołujący zaoferował kolektory o powierzchni absorberów większej, naturalnym jest, że ich powierzchnia (a w konsekwencji ilość) powinna być dostosowana do wielkości dachu, na którym mają one być zamontowane, przy jednoczesnym zachowaniu oczekiwanej przez Zamawiającego wydajności. Powyższe oznacza, że zaoferowanie ilości kolektorów mniejszej niż 80 sztuk, jeśli było następstwem zastosowania urządzenia równoważnego o powierzchni większej aniżeli



opisana przez Zamawiającego było dopuszczone przez Zamawiającego. W warunkach dopuszczenia możliwości zaoferowania urządzeń materiałowych równoważnych, również ewentualna, podniesiona w decyzji o uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego potrzeba dodatkowych obliczeń wytrzymałościowych konstrukcji i obliczeń hydraulicznych w zakresie przepływu czynnika solarnego; konieczność wykonania dokumentacji zamiennej, wraz z kosztorysami w branżach technologicznej i konstrukcyjnej; uzyskania pozwolenia na budowę obciąża w tym wypadku Zamawiającego. Nie przesądzając zatem o zasadności tak postawionych twierdzeń, dostrzeżono, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek przygotowania postępowania o zamówienie publiczne, w tym przewidzenia, że mogą zostać zaoferowane rozwiązania inne od opisanych w specyfikacji, a zatem to Zamawiający winien opisać odpowiednie zasady postępowania w takim wypadku. Zamawiający nie ustosunkował się natomiast do twierdzeń zawartych w odwołaniu, nie stawiał się także na rozprawę. Wobec dopuszczenia materiałów i urządzeń równoważnych, spójności argumentacji Odwołującego, przy jednoczesnym braku kontrargumentów ze strony Zamawiającego oraz przyznanego w treści decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego zaniechania oceny równoważności zaoferowanych kolektorów, uznano odwołanie za uzasadnione.

Biorąc zatem pod uwagę, że:

1. brak w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień odnośnie rozumienia przez Zamawiającego równoważności oferowanych kolektorów;
2. niewykazania przez Zamawiającego istnienia przepisów, norm czy standardów, pozwalających uznać, jakie parametry / cechy kolektorów słonecznych pozwalają uznać je za równoważne do kolektorów firmy Viessmann, typ Vitosol-200F, SV2, F = 2,3m<sup>2</sup> o numerach katalogowych: 7248395, Z005455, Z005456, Z005457;
3. całkowitej bierności procesowej Zamawiającego w zakresie argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu;
4. przyznania w kwestionowanej w odwołaniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego [pismo Zamawiającego z dnia 19 listopada 2010r., nr OZ 3422-7/5/2010], że Zamawiający w istocie zaniechał oceny, czy zaoferowane przez Solver sp. z o.o. jako równoważne do opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kolektory są zgodne z postawionymi wymaganiami a poprzestał na odrzuceniu oferty (stwierdzenia Zamawiającego, iż badanie równoważności w zakresie parametrów technicznych określonych w SIWZ musi odbyć się poprzez wyspecjalizowany ośrodek badawczy, który porównałby wszystkie parametry obu

kolektorów oraz parametry płynu solarne. W ocenie Zamawiającego bez takiej analizy nie można stwierdzić, czy proponowany przez Wykonawcę kolektor zamienny jest rozwiązaniem równoważnym w stosunku do projektu; a także: zmiany ilości kolektorów powodują konieczność wykonania dokumentacji zamiennej, wraz z kosztorysami w branżach technologicznej i konstrukcyjnej, pod warunkiem uznania na podstawie analizy porównawczej zaproponowanego przez Wykonawcę rozwiązania jako rozwiązanie równoważne),

uznano, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z zastosowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Orzeczono zatem o obowiązku unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie o obowiązku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której to oceny Zamawiający winien uwzględnić zawarte w uzasadnieniu wyroku wskazania, w tym dokonać oceny równoważności oferty Odwołującego, biorąc pod uwagę wynikający z przepisów obowiązek dopuszczenia równoważnych rozwiązań oraz zaoferowanie przez Odwołującego kolektorów o cechach, co do których Zamawiający nie wykazał ich nierównoważności do wymaganych w niniejszym postępowaniu. Biorąc zatem pod uwagę, że postępowanie na obecnym etapie nie zostało zakończone wyborem najkorzystniejszej oferty i podpisaniem umowy, termin wykonania umowy jeszcze nie upłynął (opiewa na datę 17 grudnia 2010r.), Zamawiający obowiązany jest w wykonaniu niniejszego wyroku podjąć działania zmierzające do zakończenia postępowania, to jest wyłonienia wykonawcy, w tym dokonać powtórnej oceny oferty Odwołującego, a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Powyższe skutkowało uwzględnieniem odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: