

**WYROK**  
**z dnia 7 czerwca 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GPEC SERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku i Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Opec – System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Energa Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce, EKO Energetyka i Ciepłownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce oraz ELEKTROTERMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. odrzuca odwołanie w części obejmującej zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut oznaczony nr 1 w odwołaniu), art. 7 ust. 3 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut oznaczony nr 2 w odwołaniu) w zakresie, w jakim ich podstawa faktyczna nie jest oparta na okolicznościach wynikających z wyjaśnień przystępującego z dnia 29 kwietnia 2019 r. złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2019 r. oraz w części obejmującej zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczący wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy (zarzut oznaczony nr 4 w odwołaniu);

2. uwzględnia odwołanie w części obejmującej zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut oznaczony nr 1 w odwołaniu) i art. 7 ust. 3 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut oznaczony nr 2 w odwołaniu) w zakresie dotyczącym zaoferowanych przez przystępującego wymienników ciepła wraz z izolacją firmy Secespol i nakazuje zamawiającemu Opec – System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Częściach nr I i II zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Energa Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce, EKO Energetyka i Ciepłownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce oraz ELEKTROTERMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Opec – System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 4.2. zasądza od zamawiającego Opec – System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GPEC SERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku i Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Toruniu.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Opec – System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na realizację robót budowlanych w przedsięwzięciu pod nazwą „Energooszczędna dystrybucja ciepła w Grudziądzu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 250-578153. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 23 maja 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia GPEC SERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku i Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert i wyników w ich konsekwencji:

- a) zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum firm: Energa Serwis sp. z o.o., Eko Energetyka i Ciepłownictwo sp. z o.o. oraz ELEKTROTERMEX sp. z o.o. (dalej jako „Konsorcjum Energa”) pomimo niezgodności oferty z SIWZ z uwagi na niewykazanie, iż proponowane urządzenia zamienne są równoważne do urządzeń przewidzianych w SIWZ;
- b) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Energa pomimo wystąpienia przesłanki do jej odrzucenia w postaci nieprawidłowego wniesienia, a następnie przedłużenia wadium lub nieprawidłowego przedłużenia okresu związania ofertą;
- c) wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Energa pomimo zaistnienia przesłanek wskazanych w punktach a), b) i c).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Energa pomimo jej niezgodności z SIWZ w wyniku niewykazania przez wykonawcę, jakie urządzenia równoważne dla urządzeń przewidzianych w dokumentacji projektowej zamierza wykorzystać oraz że zaproponowane urządzenia zamienne są równoważne do urządzeń przewidzianych w dokumentacji projektowej, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji;
2. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez wybranie oferty Konsorcjum Energa pomimo tego, że narusza ona art. 30 ust. 5 ustawy Pzp wobec niewykazania, że oferowane przez niego urządzenia zamienne spełniają wymagania określone przez Zamawiającego

dla urządzeń równoważnych;

3. naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie zmiany treści oferty przez Konsorcjum Energa poprzez zaoferowanie dodatkowego urządzenia równoważnego - filtra Perfexim PHA-060 o ilości oczek 280/cm<sup>2</sup> nie wykazanego w ofercie;
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Energa pomimo wniesienia przez to Konsorcjum wadium w sposób wadliwy, tj. poprzez złożenie gwarancji bankowej nie pokrywającej w całym zakresie przypadków zatrzymania wadium określonych ustawą Pzp - gwarancja bankowa została wystawiona wyłącznie na lidera Konsorcjum – Energa Serwis Sp. z o.o.;
5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Energa pomimo niewyrażenia przez to Konsorcjum zgody na przedłużenie ważności oferty zgodnie z żądaniem Zamawiającego, a w razie przyjęcia, że doszło do przedłużenia ważności oferty o 60 dni - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum Energa pomimo niezabezpieczenia wadium całego okresu związania ofertą.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Energa oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert. Wniósł także o zasądzenie o Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Wykazując spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż jego oferta została oceniona niżej niż oferta Konsorcjum Energa, w związku z tym posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wypadku utrzymania w mocy czynności Zamawiającego, w tym wyboru oferty Konsorcjum Energa, które to czynności w jego opinii naruszają przepisy ustawy Pzp. Dodał, iż zarzuty podniesione w odwołaniu nie były dotąd przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej z uwagi na ich uznanie przez Zamawiającego i umorzenie postępowania w sprawie KIO 538/19 bez rozstrzygnięcia. Tak samo czynności Zamawiającego będące przedmiotem odwołania nie zostały zdziałane w wyniku rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. W związku z powyższym nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania określone w art.189 ust. 2 pkt 4) i 5) ustawy Pzp (w tym zakresie Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1310/16).

Uzasadniając zarzuty oznaczone nr 1-3 w *petitum* odwołania, Odwołujący podniósł, iż w złożonej ofercie Konsorcjum Energa zadeklarowało zastosowanie urządzeń zamiennych, których listę dołączyło w formie tabeli stanowiącej załącznik nr 2 do oferty. Zgodnie z wymogiem Zamawiającego zawartym w punkcie 4.11. SIWZ, stanowiącym transpozycję art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, w takim wypadku wykonawca „jest obowiązany wykazać, że oferowane

przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego”. Konsorcjum Energa było zatem zobowiązane do dołączenia do oferty specyfikacji technicznych i charakterystyk pozwalających na wykazanie równoważności, co znalazło potwierdzenie w punkcie 7 formularza ofertowego w brzmieniu „Oświadczamy, że do budowy węzłów cieplnych zastosujemy urządzenia techniczne, których specyfikacje techniczne i charakterystyki pozwalające na wykazanie równoważności zawarte są w załączniku nr 2 do oferty

Odwołujący, powołując jako dowód załącznik nr 2 do oferty Konsorcjum Energa wskazał, iż ww. Konsorcjum dołączyło do oferty:

- informację o urządzeniach równoważnych wraz z informacją o dołączeniu kart katalogowych zamiennych urządzeń;
- kartę zawierającą zbiorcze zestawienie parametrów wymienników Secespol;
- kartę katalogową Multical 603;
- kartę katalogową filtra Perfexim PHA-060;
- kartę katalogową zaworów BZT Broen;
- kartę katalogową zaworów PHA-001 Perfexim;
- kartę katalogową nr WIKA PM 02.01. dla Manometru WIKA z rurką Bourdona;
- kartę zawierającą informacje zbiorcze o termometrach przemysłowych KWT;
- kartę katalogową odpowietrznika TACOVENT HYVENT.

Dalej podniósł, iż pismem z dnia 18 kwietnia 2019 roku Zamawiający wezwał Konsorcjum Energa w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do szczegółowego wykazania równoważności proponowanych urządzeń zamiennych. W odpowiedzi Konsorcjum Energa w dniu 29 kwietnia 2019 roku złożyło pismo zawierające wyjaśnienia oraz dołączyło m.in. oświadczenie firmy Perfexim z dnia 9. Stycznia 2019 roku o możliwości dostarczenia na specjalne zamówienie filtra o ilości oczek wynoszącej 280/cm<sup>2</sup>.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Energa:

- nie wskazało w ofercie jakich urządzeń technicznych zamierza użyć zamiennie do urządzeń wskazanych w dokumentacji projektowej;
- nie wskazało jakie dokładnie urządzenia techniczne wskazane w dokumentacji projektowej zamierza zastąpić jakimi urządzeniami równoważnymi;
- wobec powyższego nie podjęło nawet próby wykazania równoważności proponowanych urządzeń;
- dołączyło do oferty specyfikacje techniczne/karty katalogowe nie potwierdzające nawet potencjalnej równoważności oferowanych urządzeń;
- w zakresie filtra Perfexim uzupełniło ofertę, zmieniając ją w sposób niedopuszczalny

poprzez dołączenie oświadczenie firmy Perfexim o możliwości wykonania filtrów o parametrach innych niż wskazane w specyfikacji technicznej dołączonej do oferty.

Odwołujący wskazał, iż w dokumentacji projektowej zawartej w SIWZ znajdują się konkretne nazwy urządzeń technicznych proponowanych przez projektanta, dla których wykonawca był zobowiązany wykazać równoważność ewentualnie proponowanych urządzeń zamiennych. Przykładowo dla węzła ul. Kustronia 16 (który również przykładowo powołało Konsorcjum Energa w wyjaśnieniach przesłanych Zamawiającemu) w Wykazie urządzeń wskazano m.in. Wymiennik ciepła XB12L-1-20 G 5/4 (25mm); Zawór odcinający Danfoss, JIP-WW, DN32, Spawany; Manometr Danfoss, MDD80, 0-16bar, śred. 80mm, klasa 1.0, G1/2"; Termometr cieczowy w obudowie mosiężnej Danfoss, TDL150, 0-120°C; Manometr Danfoss, MDD80, 0-6 bar, Temp. max 130°C; Filtr Danfoss, FVR-DZR [280], 1 1/2", Gwint. Podkreślił, iż wykaz urządzeń technicznych w projektach zawiera konkretne modele konkretnych urządzeń oraz parametry techniczne, które bez najmniejszych wątpliwości muszą zostać zachowane, a zgodnie z treścią punktu 4.10 i 4.11 SIWZ urządzenia równoważne muszą te parametry spełniać. Odwołujący wskazał, iż urządzenia te są tożsame we wszystkich projektach węzłów, zatem cała lista urządzeń, dla których wykonawca zamierza użyć urządzeń zamiennych nie obejmowałaby więcej niż kilkanaście lub kilkadziesiąt pozycji. Należyta staranność przygotowania informacji o urządzeniach zamiennych wymagałaby zatem, aby podać zarówno urządzenie zamieniane oraz urządzenie na jakie następuje zamiana.

Dalej Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2447/16, gdzie wskazano, iż „Aby uznać, że dany wykonawca zaoferował rozwiązania równoważne do opisanych, musiałby to w sposób wyraźny zadeklarować w ofercie podając konkretnie, jaki produkt lub produkty oferuje w zamian za jaki produkt/produkty. W braku wykazu towarów (materiałów i urządzeń równoważnych) oraz opisu rozwiązań równoważnych w żaden sposób nie można więc uznać, że wykonawca zaoferował rozwiązania równoważne, nawet jeśli miałby taki zamiar. Dokumentów tych przy ich braku nie można bowiem uzupełnić - stanowią one ścisłą treść oferty i takie działanie prowadziłyby do zmiany oferty (zmiana oferowanych produktów referencyjnych na równoważne.”

W ocenie Odwołującego, już pobieżna lektura „Informacji o urządzeniach równoważnych” dołączonej do oferty pozwala stwierdzić, że Konsorcjum Energa złożyło dokument, z którego nie da się ustalić jakie urządzenia zamierza zamienić na jakie inne urządzenia. Po pierwsze brak wskazania konkretnych urządzeń z dokumentacji projektowej uniemożliwia w ogóle porównywanie urządzeń zamiennych. Można się jedynie domyślać, że wskazana w kolumnie pierwszej Informacji pozycja np. filtry „gwintowane firmy Danfoss” obejmuje wszystkie takie filtry zawarte w projektach. Jednakże ocena dokonywana przez Zamawiającego nie może polegać na dokonywaniu własnych założeń. Cała kolumna

„Urządzenie wg projektu - SIWZ” została przygotowana wadliwie, gdyż nie zawiera wskazania urządzeń zamiennych. Tak samo wadliwie została uzupełniona kolumna „Urządzenie oferowane zamiennie - Elektrotermex”, która również nie zawiera wskazania konkretnych urządzeń a jedynie określenie ich producentów. Co więcej, dla pozycji „Zawory kulowe” i pozycji „Termometry” wykonawca zastrzega sobie arbitralne prawo do zastosowania urządzeń dwóch firm, z czego dla termometrów WIKA i zaworów EFAR nie dostarczył żadnych specyfikacji technicznych. Jakakolwiek ocena tak zaproponowanych urządzeń nie była zatem w ogóle możliwa. Tymczasem z oferty powinno wynikać np. jaki model wymiennika Secespol jest oferowany zamiennie do jakiego modelu wymiennika Danfoss, jaki filtr gwintowany Perfexim jest oferowany w zamian jakiego filtra Danfoss, jaki model termometru KWT lub WIKA jest oferowany za „Termometr cieczowy w obudowie mosiężnej Danfoss, TDL150”, jaki manometr jest proponowany za „Manometr Danfoss, MDD80” itd.

Zważywszy powyższe, Odwołujący podkreślił, że oferta w zakresie urządzeń zamiennych została złożona w sposób dalece niedbały, który nie pozwala na ocenę równoważności urządzeń. W tym zakresie Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO odnoszące się do interpretacji art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, tj. na wyrok z dnia 30 marca 2018 r., sygn. akt KIO 524/18 oraz wyrok z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 346/18. Wskazał, iż w zaistniałym stanie faktycznym, i to pomimo dodatkowego wezwania, Konsorcjum Energa do złożenia wyjaśnień, nie było możliwe dokonanie prawidłowej oceny równoważności urządzeń. Do dokonania takiej oceny byłoby bowiem konieczne dokonanie szeregu założeń, których Zamawiający nie miał prawa dokonywać.

Niezależnie od tego, Odwołujący wywiódł, iż próba oceny dołączonych specyfikacji technicznych dla tak wadliwie określonych urządzeń zamiennych również prowadzi do wniosku, że nie wszystkie urządzenia proponowane przez Konsorcjum Energa są równoważne albo ustalenie równoważności nie jest możliwa.

W tym zakresie Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nakazał w wykazie urządzeń zastosować urządzenie: Manometr Danfoss, MDD80, 0-6 bar, Temp. max 130°C. Zauważył, iż jak wskazało samo Konsorcjum Energa w piśmie z dnia 29 kwietnia 2019 roku, str. 8 pisma, istotność parametrów zapisanych przy urządzeniach wskazanych w dokumentacji projektowej jest oczywista. Takim parametrem jest zatem temperatura maksymalna medium 130°C wymagana w projekcie węzła. Tymczasem z karty WIKA PM 02.01 dołączonej do oferty wynika, że maksymalna temperatura medium wynosi 80°C. Z lektury karty można się dowiedzieć, że jest to manometr stosowany głównie w przemyśle chłodniczym. Na drugiej stronie można przeczytać, że możliwe jest użycie manometru o podwyższonej temperaturze nośnika do 200°C, jednak jest to manometr o innej karcie katalogowej (PM 02.02.) niż dołączona do oferty, o innym numerze modelu, zapewne również droższy.

Dalej wskazał, iż Zamawiający nakazał w wykazie urządzeń zastosować urządzenie: Termometr cieczowy w obudowie mosiężnej Danfoss, TDL150, 0-120°C. Konsorcjum Energa zaproponowało „termometry firmy KWT/Wika”. Z dołączonej do oferty karty katalogowej firmy KWT wynika, że z oferowanych przez tę firmę termometrów dokładnie połowa (5) spełnia wymóg zakresu temperatur, a połowa (5) nie spełnia. Również pozostałe wymogi (obudowa mosiężna) będą lub nie będą spełnione w zależności od modelu. Bez dołączenia informacji o konkretnym modelu termometru z kodem, Zamawiający nie mógł stwierdzić, czy oferowane termometry są równoważne do termometrów Danfoss. Do oferty nie dołączono w ogóle żadnej specyfikacji technicznej termometrów „Wika”, których możliwość zastosowania Konsorcjum Energa również zastrzegło w Informacji o urządzeniach zamiennych, zatem Zamawiający nie mógł w żaden sposób ocenić równoważności tych termometrów.

Nieprawidłowo przedstawia się zdaniem Odwołującego również sytuacja z filtrami gwintowanymi. Zamawiający nakazał w wykazie urządzeń zastosować urządzenie: Filtr Danfoss, FVR-DZR [280], 1 1/2", Gwint. Liczba „280” oznacza liczbę oczek na 1 cm<sup>2</sup>, co wynika z karty katalogowej Filtra Danfoss. Jest to zatem parametr istotny w rozumieniu SIWZ. Konsorcjum Energa dołączyło do oferty kartę katalogową filtrów PHA-060 firmy Perfexim, z której jednoznacznie wynika, że oferowane przez tego wykonawcę w tym postępowaniu filtry posiadają 36 lub 80 oczek na cm<sup>2</sup> - kolumna J2 tabeli dane techniczne. Fakt, iż określenie J2 dotyczy liczby oczek wynika z innej karty katalogowej filtra PHA-060. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień Konsorcjum Energa przesłało w załączniku oświadczenie firmy Perfexim (załącznik nr 8 do odwołania), z którego wynika, że na specjalne zamówienie firma ta jest w stanie przygotować filtry o ilości oczek 280. Tyle, że takich filtrów w niniejszym postępowaniu Konsorcjum Energa nie zaoferowało. Co więcej, jeżeli zamierzało je zaoferować składając wyjaśnienia, to była to niedozwolona zmiana oferty. Jako, że oświadczenie firmy Perfexim pochodzi z 9 stycznia 2019 roku Konsorcjum Energa posiadało na dzień składania ofert dokument, z którego wynikało, że może zaoferować prawidłowe filtry, jednak go nie złożyło, dołączając kartę katalogową dla produktów o liczbie oczek 36 i 80.

Zdaniem Odwołującego za niewystarczające należy uznać również złożenie z ofertą karty katalogowej wymienników Secespol nie precyzując, jaki wymiennik z tej karty Konsorcjum Energa proponuje za jaki wymiennik ze wskazanych w dokumentacji projektowej. W piśmie z dnia 29 kwietnia 2019 roku konsorcjum wskazało konkretne wymienniki, jednak tylko dla trzech lokalizacji węzłów. Z tego powodu na dzień oceny ofert Zamawiający nie wiedział, czy na pozostałych lokalizacjach wykonawca zaproponuje wymienniki równoważne dla wymienników wskazanych w dokumentacji projektowej.

Na podstawie powyższych rozważań, w ocenie Odwołującego, należy uznać, że decyzja Zamawiającego o uznaniu, że wykonawca wykazał równoważność zaproponowanych



urządzeń, jest nieprawidłowa. Wykonawca nie wykazał równoważności proponowanych urządzeń (nie wskazując zresztą nawet, jakie dokładnie urządzenia proponuje), czyli nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Dopuszczenie takiej oferty wbrew przepisom prawa narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zatem Zamawiający naruszył zarówno art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, który zobowiązywał go do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z SIWZ, ale i art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 tej ustawy. Pozostali oferenci mieli bowiem uzasadnioną podstawę zakładać, że wymogi zawarte w SIWZ muszą być spełnione i przygotowali oferty zgodnie z tymi warunkami, gdy Konsorcjum Energa uzyskało przewagę konkurencyjną oferując urządzenia, co do których nie wykazało równoważności.

Odwołujący dodał, powołując się na wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1391/16, że dokumenty mające na celu wykazanie równoważności urządzeń nie podlegają uzupełnianiu, gdyż stanowią element oferty opisujący oferowany przedmiot. Należy więc ponownie przypomnieć, że Konsorcjum Energa nie załączyło do oferty w ogóle kart katalogowych dla oferowanych zaworów kulowych spawalnych EFAR i termometrów Wika, czym naruszyło art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, punkt 4.11 SIWZ, punkt 7 formularza ofertowego oraz własne oświadczenie zawarte pod Informacją o urządzeniach równoważnych. W powyższym stanie faktycznym i prawnym, zdaniem Odwołującego, postępowanie Zamawiającego polegające na zaakceptowaniu tak złożonej oferty i wyjaśnień, a następnie wyborze oferty Konsorcjum Energa jest wadliwe i narusza przytoczone w odwołaniu przepisy prawa.

Uzasadniając zarzut nr 4 dotyczący wadium, Odwołujący wskazał, iż Konsorcjum Energa na podstawie art. 45 ust. 6 pkt 3) ustawy Pzp złożyło wadium w formie gwarancji bankowej. Gwarancja ta jest jednak wystawiona wyłącznie na rzecz Energa Serwis sp. z o.o., czyli lidera konsorcjum. Odwołujący podniósł, iż możliwość przedstawienia takiej gwarancji, a nie gwarancji wystawionej dla wszystkich członków konsorcjum, jest sporna, co doprowadziło do zajęcia stanowiska przez Sąd Najwyższy. W uzasadnieniu wyroku z dnia 15.02.2018 roku (IV CSK 86/17) Sąd ten stwierdził, iż „w sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust 4a i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) decydujące znaczenie dla oceny czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie”. „Rozważenia wymaga - w świetle czynników wskazanych w art. 65 KC (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje,

w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”. „Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta - także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty.” Z powodu konieczności dokonania takiej wykładni Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony w przytoczonej sprawie wyrok.

Jak wynika z powyższego, zdaniem Odwołującego, Sąd Najwyższy nie przesądził o prawidłowości wadium zabezpieczonego gwarancją wadialną złożoną przez tylko jednego z konsorcjantów, lecz nakazał w każdym wypadku badanie jej treści. Gwarancje bankowe złożone w niniejszym postępowaniu zostały wystawione przez PKO BP S.A. Zawierają one definicję „Wykonawcy” określonego jako ENERGA Serwis sp. z o.o. w Ostrołęce. Warunkiem wypłaty kwoty gwarancji jest zajście jednego z wypadków w niej opisanych, w tym okoliczność, iż Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie uzupełnił dokumentów, do czego był zobowiązany. Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż sformułowanie „Wykonawca nie uzupełnił z przyczyn leżących po jego stronie”, a po podstawieniu nazwy Wykonawcy - „ENERGA Serwis sp. z o.o. nie uzupełniła z przyczyn leżących po jej stronie” należy interpretować zgodnie z językowym sensem tego określenia. Wynika z niego wyraźnie, że nie chodzi o stany faktyczne objęte odpowiedzialnością solidarną ENERGA Serwis sp. z o.o. jako członka konsorcjum, lecz o przyczyny faktycznie leżące po jego stronie. Nieuzupełnienie dokumentów przez innego członka konsorcjum nie będzie taką przyczyną, chociaż ENERGA Serwis sp. z o.o. będzie ponosiła za nią odpowiedzialność. W niniejszym przypadku treść gwarancji bankowej przesądza zatem o tym, że nie obejmuje ona wszystkich przypadków mogących prowadzić do zatrzymania wadium, a zatem nie została ona wniesiona prawidłowo. Twierdzenie przeciwne oznaczałoby, że Zamawiający dla realizacji gwarancji bankowej zmuszony byłby do złożenia oświadczenia niezgodnego ze stanem faktycznym.

Odwołujący podkreślił, iż wobec stanowiska Zamawiającego wyrażonego w ustosunkowaniu się do pierwszego odwołania złożonego w niniejszym postępowaniu (KIO 538/19), opartego na informacji zamieszczonej na stronie [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl) wraz z informacją o wydaniu wyżej powołanego wyroku, informacja ta jest już nieaktualna, gdyż później opublikowane uzasadnienie wyroku SN oparło się na odmiennych podstawach. Na chwilę obecną brak jest ukształtowanej linii orzeczniczej, co czyni powyżej przedstawione rozważania aktualnymi. Analogicznie treść pisma Konsorcjum Energa z dnia 29 marca 2019 r. -

przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 538/19, zawiera rozważania nieaktualne w świetle uzasadnienia wyroku Sadu Najwyższego. Nie wskazuje bowiem, w jaki sposób Zamawiający może skorzystać z gwarancji bankowej bez składania oświadczenia nieprawdziwego tj. oświadczenia, że Energa Serwis sp. z o.o. np. nie uzupełniła dokumentów z przyczyn leżących po jej stronie, gdy przyczyny te będą leżały po stronie innego konsorcjanta. Analiza gwarancji złożonej przez Konsorcjum Energa prowadzi do wniosku, że od Zamawiającego wymaga się złożenia oświadczenia właśnie takiej treści.

Uzasadniając zarzut oznaczony nr 5 dotyczący przedłużenia ważności oferty oraz wadium, Odwołujący wskazał, iż w dniu 15 kwietnia 2019 roku Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Energa o przedłużenie ważności oferty z jednoczesnym wniesieniem nowego wadium na okres 60 dni licząc od upływu terminu ważności wadium wniesionego wraz z ofertą. W dniu 19.04.2019 roku Energa Serwis sp. z o.o. złożyła pismo, w którym wyraziła zgodę na przedłużenie ważności terminu związania ofertą „na okres 60 dni, tj. do dnia 21 czerwca 2019 roku” z jednoczesnym wniesieniem nowego wadium. Do pisma lider Konsorcjum Energa dołączył Zmianę do gwarancji bankowej, zgodnie z którą termin ważności gwarancji został przedłużony do dnia 21 czerwca 2019 roku. Jednakże jak wynika z treści gwarancji bankowej udzielonej na rzecz Energa Serwis sp. z o.o. w dniu 20 lutego 2019 roku gwarancja ta, wobec przypadania ostatniego dnia jej ważności na dzień ustawowo wolny od pracy uległa automatycznemu przedłużeniu do dnia 23 kwietnia 2019 roku. Wskazuje na to zapis „Niniejsza gwarancja jest ważna do dnia 22 kwietnia 2019 roku, a jeżeli data ta przypadałaby w dniu, w którym Bank nie prowadzi działalności operacyjnej, niniejsza gwarancja jest ważna do pierwszego dnia roboczego Banku, następującego po tym dniu (zwanym dalej „Termin ważności)” Wobec obowiązywania dotychczasowego wadium do dnia 23 kwietnia 2019 roku, przedłużenie gwarancji oraz okresu związania ofertą do dnia 21 czerwca 2019 roku było przedłużeniem nie o 60, lecz o 59 dni. Z powyższych okoliczności wynika, że Konsorcjum Energa przedłużyło ważność swojej oferty o 59 dni, tj. do dnia 21 czerwca 2019 roku. Przedłużenie to było zatem niezgodne z wezwaniem Zamawiającego, który domagał się przedłużenia oferty o 60 dni od upływu ważności wadium, czyli do 22 czerwca 2019 roku. W takim wypadku oferta Konsorcjum Energa powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp z uwagi na brak zgody na przedłużenie ważności wadium zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. W tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 602/15.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż z kolei, gdyby uznać, że w piśmie Konsorcjum Energa wiążąca jest wskazana liczba dni - 60 dni, a nie data kalendarzowa, to oferta została przedłużona do dnia 22 czerwca 2019 roku, a nie do dnia 21 czerwca 2019 roku. W takim jednak przypadku przedłużenie oferty powoduje, że nie zostało przez Konsorcjum Energa

wniesione wadium na cały okres związania ofertą, skoro gwarancja bankowa została wydłużona jedynie o 59 dni. W takim wypadku wykonawca naruszył punkt 13.3 SIWZ, zgodnie z którym „Wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji musi zostać złożone w oryginale i musi obejmować cały okres związania ofertą.” Oznacza to, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp.

W dniu 4 czerwca 2019 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu związanego z gwarancją wadialną wystawioną na jednego z konsorcjantów, Zamawiający powtórzył argumentację prezentowaną w sprawie o sygn. akt KIO 538/19. Powołał się na orzecznictwo, w tym wyroki Izby zapadłe w sprawach o sygn. akt KIO 1795/16, KIO 808/16, KIO 466/16, KIO 1528/18, KIO 171/18, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu w sprawie o sygn. akt II CA 489/06, wyrok Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt IV CSK 86/17. W ocenie Zamawiającego w świetle przywołanego orzecznictwa nie ma wątpliwości, iż gwarancja została wystawiona w sposób prawidłowy, zabezpiecza interes Zamawiającego i może być wystawiona tylko na lidera konsorcjum.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego terminu związania ofertą i terminu ważności wadium Zamawiający podkreślił, iż obowiązują bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, a ewentualne „nieprecyzyjne” pismo Zamawiającego nie ma w tym zakresie znaczenia. Wskazał, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz art. 85 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp oferta miała być ważna przez okres 60 dni. Następnie na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się o przedłużenie terminu o 60 dni. Zgodnie natomiast z art. 85 ust. 5 ustawy Pzp bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert to 21 lutego 2019 roku. W związku z powyższym pierwotny termin związania ofertą, a więc i termin ważności wadium upływał 21 kwietnia 2019 r. Zamawiający przywołał orzecznictwo związane ze sposobem liczenia terminu związania ofertą – wyrok z dnia 13 kwietnia 2015 r. o sygn. akt KIO 618/15, wyrok z dnia 24 stycznia 2014 r. o sygn. akt KIO 41/14, wyrok z dnia 27 lipca 2015 r. o sygn. akt KIO 1470/15.

Zamawiający wskazał, iż 15 kwietnia 2019 r. zwrócił się do wykonawców o przedłużenie terminu składania ofert o 60 dni. Termin ten w jego ocenie należy liczyć od upływu terminu związania więc od 21 kwietnia 2019 roku. Niemniej jednak nawet licząc od 22 kwietnia 2019 roku (data wskazana w treści gwarancji) to i tak termin 60 dni został zachowany, a wadium wniesione na prawidłowy okres. Licząc 60 dni od 22 kwietnia 2019 roku (włączając ten dzień) to termin związania ofertą mija 21 czerwca 2019 roku. Zamawiający podkreślił, iż do liczenia terminu związania ofertą, a w konsekwencji terminu ważności wadium bez znaczenia jest fakt, iż termin przypada w niedzielę lub dzień wolny od pracy. Niezależnie od sformułowania

użytego przez Zamawiającego, Zamawiający może żądać przedłużenia tylko raz i tylko o 60 dni (Zamawiający powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO 1016/17). W związku z powyższym stwierdził, iż okres 60 dni należy liczyć od upływu pierwotnego terminu związania ofertą, czyli prawidłowo od 21 kwietnia 2019 roku. Zgodnie z treścią założonej gwarancji bankowej gwarancja była ważna do dnia 22 kwietnia 2019 roku. W związku z powyższym nawet licząc od tej daty, to termin związania ofertą mija 21 czerwca 2019 roku. Natomiast w treści gwarancji w sposób błędny zastosowano art. 14 ust. 2 ustawy Pzp. Termin ten może przypaść w dzień, w którym bank nie prowadzi działalności operacyjnej. Nie ma żadnych podstaw do przedłużania ważności gwarancji. W ocenie Zamawiającego w zakresie terminu związania ofertą nie ma zastosowania ani art. 14 ust. 2 ustawy Pzp, ani art. 115 k.c. W tym kontekście powołał się na wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2370/16.

Podsumowując Zamawiający wskazał, iż Przystępujący w sposób prawidłowy wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą, a co istotne, zachowana została również ciągłość zabezpieczenia. Dodał, iż również inny wykonawca przedłużył okres obowiązywania oferty do 21 czerwca 2019 r.

Odnosząc się do zarzutów związanych z równoważnością urządzeń, Zamawiający w pierwszej kolejności podniósł, iż nie doszło do zmiany treści oferty Przystępującego poprzez zaoferowanie filtra Perfexim PHA-060 o ilości oczek 280/cm<sup>2</sup>. Wskazał, iż w załączniku nr 2 do oferty Przystępujący zaoferował filtry gwintowe firmy Perfexim i nie zmienił tej kwestii udzielając odpowiedzi na wezwania. Wykonawca jedynie potwierdził, iż filtry tej firmy posiadają ilość oczek siatki filtrującej 280. Do oferty Przystępujący załączył kartę katalogową Perfexim PHA-060, a więc nie można mówić o zmianie oferty. To jest w dalszym ciągu to samo urządzenie, ale jak wskazują wyjaśnienia producenta, urządzenie PHA-060 może posiadać różną ilość oczek siatki filtrującej, w tym również 280.

Zamawiający zakwestionował również twierdzenia, iż Przystępujący nie wskazał jakie urządzenia zamierza zastąpić jakimi. Do oferty została załączona tabela która w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wskazywała wyraźnie jakie urządzenia wskazane w projekcie jakimi urządzeniami zastąpi wykonawca. W ocenie Zamawiającego tabela jest czytelna i wystarczająca. Dalej Zamawiający powołał się na wyrok Izby z dnia 23 lipca 2013 r. sygn. akt KIO 1619/13 i wskazał, iż wezwał Przystępującego do wyjaśnień, zbadał ofertę i złożone wyjaśnienia i doszedł do wniosku, że oferta spełnia wymagania SIWZ. Przywołał brzmienie pkt 4.10 SIWZ i wyjaśnił, iż nazwy konkretnych urządzeń z podaniem producentów wymienione zostały w dokumentacji projektowej. Jak słusznie zauważył Przystępujący, przy konkretnych urządzeniach Zamawiający nie określił konkretnych parametrów. Jednakże Zamawiający w dokumentacji projektowej zamieścił parametry techniczne i tylko do tych wskazanych wprost w dokumentacji parametrów technicznych należy się odnosić. W tym

zakresie Zamawiający podniósł, iż owszem w wykazie urządzeń (Kustronia 16, węzły) są wskazane konkretne urządzenia, ale wbrew twierdzeniem Odwołującego nie zostały określone parametry techniczne, nie został określony zakres równoważności przy każdym z urządzeń. Co oznacza, iż oferując urządzenia równoważne nie należy posługiwać się kartą katalogową przywołanych urządzeń, tylko konkretnymi wymaganiami określonymi wprost w SIWZ. W tej sytuacji wykonawca powinien zaoferować produkty o właściwościach zbliżonych, co też Przystępujący w jego ocenie uczynił. Zamawiający wskazał, iż w SIWZ określił istotne dla, niego parametry, jednakże nie określił parametrów dla poszczególnych urządzeń; nie sprecyzował równoważności tych urządzeń. Tym samym wykonawca nie miał obowiązku pobierania kart katalogowych poszczególnych urządzeń i dokonywania weryfikacji, czy parametry zaoferowanych przez niego urządzeń są takie same. Obowiązkiem wykonawcy było zaoferowanie urządzeń funkcjonalnie zbliżonych do tych wymienionych w dokumentacji projektowej, które gwarantują prawidłową realizację zamówienia. Przystępujący, zdaniem Zamawiającego, zaoferował urządzenia o właściwościach zbliżonych do tych wskazanych w dokumentacji projektowej. Zamawiający podniósł, iż nie określił parametrów równoważności każdego urządzenia powołanego w projekcie, a tym samym może jedynie oczekiwać od wykonawcy urządzeń o zbliżonych funkcjonalnościach, nadających się do prawidłowej realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ. W tym kontekście Zamawiający powołał się na wyroki KIO z dnia 20 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2312/16, z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 738/14, z dnia 25 maja 2018 r., sygn. akt KIO 919/18, z dnia 23 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1619/13, z dnia 4 marca 2016 r., sygn. akt KIO 233/16.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 24 maja 2019 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Energa Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce, EKO Energetyka i Ciepłownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce oraz ELEKTROTERMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce (dalej jako „Przystępujący”). Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez ww. wykonawców przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i dopuściła ich do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Izba postanowiła odrzucić odwołanie w części obejmującej zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut

oznaczony nr 1 w odwołaniu), art. 7 ust. 3 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut oznaczony nr 2 w odwołaniu) w zakresie, w jakim ich podstawa faktyczna nie jest oparta na okolicznościach wynikających z wyjaśnień Przystępującego z dnia 29 kwietnia 2019 r. złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2019 r. oraz w części obejmującej zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczący wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy (zarzut oznaczony nr 4 w odwołaniu).

Wskazać należy, iż zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W myśl zaś art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Odwołujący oparł zarzuty dotyczące niewykazania równoważności zaoferowanych urządzeń zamiennych (zarzut nr 1 i 2 odwołania) w głównej mierze na okolicznościach, które były mu znane już w dniu dokonania przez Zamawiającego pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, który miał miejsce 18 marca 2019 r., ponieważ wywodziły się one wprost z dokumentów załączonych przez Przystępującego do oferty. Odwołujący miał zatem możliwość podniesienia tych zarzutów już w pierwszym swoim odwołaniu, rozpoznawanym w postępowaniu o sygn. akt KIO 538/19. Uwzględnienie poprzedniego odwołania przez Zamawiającego i wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, nie powoduje, że Odwołującemu otwiera się na nowo termin do podniesienia zarzutów, które mógł on i powinien był podnieść już wcześniej, opartych na okolicznościach znanych Odwołującemu już w dniu wnoszenia pierwszego odwołania, tj. 28 marca 2019 r. W konsekwencji rozpoznaniu przez Izbę mogły podlegać wyłącznie te zarzuty dotyczące równoważności zaoferowanych przez Przystępującego urządzeń, które oparte były na okolicznościach wynikających z wyjaśnień Przystępującego z dnia 29 kwietnia 2019 r. złożonych na wezwanie Zamawiającego, a nie na okolicznościach wywodzonych bezpośrednio z treści oferty.

Z tego względu zarzuty oznaczone nr 1 i 2 w odwołaniu podlegały rozpoznaniu wyłącznie w zakresie dotyczącym filtrów gwintowanych firmy Perfexim oraz wymienników ciepła firmy Secespol, te zarzuty Odwołujący opierał bowiem na okolicznościach mających swoje źródło w wyjaśnieniach treści oferty z dnia 29 kwietnia 2019 r. Za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu Izba uznała zarzuty oznaczone nr 1 i 2 w pozostałym zakresie, w tym w szczególności zarzut dotyczący termometrów cieczowych, zarzut dotyczący niezłączenia

do oferty kart katalogowych dla zaworów kulowych EFAR i termometrów WIKA, ale także zarzut dotyczący manometru i wymaganej maksymalnej temperatury medium, który również został oparty na okolicznościach wynikających wyłącznie z oferty i załączonych do niej dokumentów. Pomimo bowiem, iż już w pierwszym odwołaniu Odwołujący sygnalizował niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanych manometrów, a Zamawiający wzywał Przystępującego do wyjaśnienia ich równoważności w odniesieniu do manometrów firmy Danfoss, to wówczas zarzut ten dotyczył kwestii tolerancji temperatury roboczej i to w tym zakresie Przystępujący był wzywany do wyjaśnień. Natomiast w odwołaniu z dnia 22 maja 2019 r. Odwołujący podniósł inne okoliczności faktyczne (dotyczące maksymalnej temperatury medium), oparte na karcie katalogowej manometru Wika załączonej do oferty, a zatem okoliczności znanej mu już w marcu 2019 r., kiedy to nastąpił pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej, a nie podniesionej w odwołaniu z 28 marca 2019 r.

Analogicznie Izba uznała za wniesiony po terminie zarzut oznaczony nr 4 odwołania, który dotyczył zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej na lidera konsorcjum. Zarzut ten był już podnoszony w ramach odwołania z dnia 28 marca 2019 r., jednakże został przez samego Odwołującego wówczas cofnięty w związku z częściowym uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego. Jego rozpoznawanie obecnie byłoby niczym innym jak niedopuszczalnym przywróceniem terminu do wniesienia odwołania w tym zakresie.

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła, działając na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odrzucić odwołanie we wskazanej powyżej części. Jednocześnie Izba miała na względzie, iż informacja o częściowym odrzuceniu odwołania powinna znaleźć się w sentencji orzeczenia, a nie tylko w jego uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp ustawodawca nie przewidział bowiem możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku wydanego przez Izbę, jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15, w której Sąd uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji, o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

W zakresie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego. Należy zauważyć, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutecznie



zakwestionowana zostałaaby czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a jego uwzględnienie mogłoby prowadzić do nakazania Zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty wybranego wykonawcy. W konsekwencji nie sposób odmówić Odwołującemu posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, skoro powtórzenie czynności badania i oceny ofert powodowałoby, że miał on by realną szansę uzyskać zamówienie. Nie budzi także wątpliwości, iż w takiej sytuacji na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący mógłby także ponieść szkodę związaną z nieuzyskaniem zamówienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej modyfikacje, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego wraz z załącznikami, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18 marca 2019 r., odwołanie z dnia 28 marca 2019 r., postanowienie KIO z dnia 9 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 538/19, pismo Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2019 r. dotyczące wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, pismo Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2019 r. zawierające m.in. wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pismo Przystępującego z dnia 19 kwietnia 2019 r. o wyrażeniu zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą, wyjaśnienia Przystępującego z dnia 29 kwietnia 2019 r., informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13 maja 2019 r.

Izba uwzględniła także stanowiska Stron i Uczestnika postępowania złożone w pismach (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 5 czerwca 2019 roku, a także dopuściła dowody z dokumentów złożonych na rozprawie w postaci wyciągu z dokumentacji postępowania (projekt budowlany dla węzła przy ul. Chopina 17) oraz karty katalogowej manometru MDD80 firmy Danfoss w zakresie, w jakim przetłumaczona została na język polski.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż przedstawiony przez Strony i Uczestnika postępowania stan faktyczny sprawy jest zgodny z dokumentacją postępowania. W jego uzupełnieniu Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie 4 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia odnoszące się do przedmiotu zamówienia, którym jest budowa sieci ciepłowniczych wraz z przyłączami oraz modernizacja indywidualnych węzłów cieplnych, likwidacja węzłów grupowych i budowa w ich miejsce węzłów indywidualnych. W tej części SIWZ zawarto także odesłania do określonych załączników do SIWZ, zawierających szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. W pkt 4.10 SIWZ Zamawiający wskazał, iż zamieszczone w SIWZ, w szczególności w dokumentacji

projektowej, ewentualne nazwy własne producentów nie są wiążące dla wykonawcy, należy je traktować wyłącznie jako przykładowe dla zobrazowania opisywanych parametrów i wymogów technicznych. Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów, urządzeń równoważnych, tj. o parametrach funkcjonalnych nie gorszych niż wskazane przez Zamawiającego. Wszystkie przewidziane w dokumentacji projektowej parametry i wymogi techniczne przykładowych materiałów, urządzeń są parametrami minimalnymi, chyba, że zapis mówi inaczej lub dane dotyczą gabarytów i ciężaru urządzenia. Z kolei w punkcie 4.11 SIWZ wskazano, iż zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywane w dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane za pomocą norm, aprobat specyfikacji technicznych, systemów odniesienia przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla części I stanowił załącznik nr 4 do SIWZ, a dla części II załącznik nr 5 do SIWZ. W ich ramach znalazły się m.in. projekty budowlane dla poszczególnych węzłów ciepłowniczych. W projektach tych znajdowały się m.in. informacje o charakterystyce węzła cieplnego oraz wykaz urządzeń i armatury. W projekcie budowlanym dla węzła ciepłowniczego przy ul. Kustronia 16 przywołanym jako przykład w odwołaniu, w wykazie urządzeń wskazano m.in. wymiennik ciepła firmy Danfoss XB12L-1-20 G 5/4 (25mm), manometr firmy Danfoss MDD80, 0-6bar, temp. max. 130°C, filtr Danfoss FVR-DZR [280], 1 1/2" gwint, filtr Danfoss FVR-DZR [280], 1" gwint.

W postępowaniu na część I wpłynęły trzy oferty, w tym Odwołującego i Przystępującego, a na część II cztery oferty, w tym Odwołującego i Przystępującego.

Przystępujący w punkcie 7 formularza ofertowego oświadczył, iż do budowy węzłów cieplnych zastosuje urządzenia techniczne, których specyfikacje techniczne i charakterystyki pozwalające na wykazanie równoważności zawarte są w załączniku nr 2 do oferty. W załączniku tym znalazła się informacja o urządzeniach równoważnych, gdzie wskazano jakie urządzenia zamiennie oferowane są za urządzenia wg projektu, w tym m.in.: za „wymienniki ciepła wraz z izolacją firmy Danfoss” – „wymienniki ciepła wraz z izolacją firmy Secespol”; za „filtry gwintowane firmy Danfoss” – „filtry gwintowane firmy Perfexim.” Do ww. informacji dołączono karty katalogowe urządzeń. Karta katalogowa urządzeń firmy Secespol obejmowała wymienniki serii L-line i zawierała m.in. wykaz parametrów technicznych, parametrów pracy, typy i rozmiar przyłączy dla 14 typów wymienników serii L-Line. Karta katalogowa filtra Perfexim PHA-060 zawierała m.in. informacje o parametrze  $J_2$ , który dla 6 typów tego filtra wynosił 80, a dla dwóch typów 36.

W dniu 18 marca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą w obu częściach zamówienia uznał ofertę Przystępującego. Czynność ta została unieważniona w efekcie wniesionego przez Odwołującego w dniu 28 marca 2019 r., częściowo uwzględnionego przez Zamawiającego, a częściowo wycofanego przez Odwołującego, odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 538/19.

W konsekwencji pismem z dnia 18 kwietnia 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz wobec wątpliwości co do jasnego i niezaprzecznego udowodnienia równoważności urządzeń zamiennych w stosunku do zastosowanych w dokumentacji projektowej, przedstawionych w załączniku nr 2 do oferty – poza załączonymi do oferty kartami katalogowymi urządzeń zamiennych Zamawiający zażądał złożenia wyjaśnień w zakresie szczegółowego wykazania równoważności:

- 1) wymienników ciepła wraz z izolacją firmy Secespol w odniesieniu do wymienników ciepła wraz z izolacją firmy Danfoss;
- 2) liczników energii cieplnej typ Multical 603 firmy Kamstrup w odniesieniu do liczników energii cieplnej typ Multical 602 firmy Kamstrup;
- 3) filtrów gwintowanych firmy Perfexim w odniesieniu do filtrów gwintowanych firmy Danfoss – w szczególności w zakresie odmiennych wartości współczynników przepływu Kvs dla poszczególnych dymensji czy też różnic w minimalnej liczbie oczek na cm<sup>2</sup>;
- 4) zaworów kulowych spawanych firmy EFAR/Broen DZT w odniesieniu do zaworów kulowych spawanych firmy Danfoss – w szczególności w zakresie różnic wartości współczynników przepływu Kvs;
- 5) zaworów kulowych gwintowanych firmy Perfexim w odniesieniu do zaworów kulowych gwintowanych firmy Danfoss/Sanha – w szczególności w zakresie różnic wartości współczynników przepływu Kvs;
- 6) manometrów firmy Wika w odniesieniu do manometrów firmy Danfoss – w szczególności w zakresie różnic w tolerancji temperatury roboczej;
- 7) termometrów firmy KWT/Wika w odniesieniu do termometrów firmy Danfoss;
- 8) odpowietrzników firmy TACO w odniesieniu do odpowietrzników firmy Flamco – w szczególności w zakresie różnic maksymalnej temperatury roboczej oraz różnic w wydajności odpowietrzników dla konkretnych ciśnień.

W dniu 29 kwietnia 2019 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia wskazując, iż uznał, że przekazane przez Zamawiającego pytania inspirowane są zarzutami zgłoszonymi przez konsorcjum GPEC Serwis Sp. z o.o. w odwołaniu z dnia 27 marca 2019 r. Wskazał, że wszystkie zarzuty dotyczące poszczególnych urządzeń lub części nie bazowały na postanowieniach SIWZ, a na kartach katalogowych urządzeń referencyjnych. Karty te,

jednakże nie były nawet przywołane w SIWZ, nie stanowiły do niej załączników, zamawiający nie wskazał miejsca ich pozyskania. Tym samym opisy z kart katalogowych nie stanowiły wymagań zamawiającego. Jest to uzasadnione i logiczne, gdyż nie ma jednego wzorca kart katalogowych, każdy producent może na nich umieszczać dowolne informacje - zarówno takie, które mają znaczenie dla funkcjonowania później wykonanego obiektu, jak i pozostające bez żadnego znaczenia, a będące jedynie informacją marketingową, mającą na celu przyciągnięcie uwagi potencjalnego klienta. Każdy producent może też udostępniać dowolny zakres informacji. To, że jeden producent umieszcza jakiś parametr w swojej karcie, nie oznacza, że inny też musi go zamieścić. Brak zaś informacji o takim parametrze lub podanie go w inny sposób nie oznacza z kolei, że produkt nie posiada wymaganych cech lub jest gorszy.

Przystępujący wskazał, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter formalny – zamawiający zobowiązany jest do podania swoich wymagań w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący (art. 29 ust 1 ustawy Pzp). W robotach budowlanych dokumentacja projektowa będąca opisem przedmiotu zamówienia jest sporządzana przez uprawnionego projektanta. Dla wykonania projektu wykonawczego musi on przyjąć konkretne urządzenia dla wykonania obliczeń. Jednakże nie oznacza to, że możliwe jest odstępstwo od przepisów art. 29 ustawy Pzp, które zakazują dyskryminacji przez wskazanie konkretnego produktu. Tym samym nie można odczytywać zapisów dokumentacji projektowej w taki sposób, że produkt zamienny musi posiadać wszystkie cechy produktu wskazanego ze znaku towarowego. Istotne są parametry te, które przesadzają o wydajności sieci lub instalacji, jej jakości itd. W kontekście poprawności takiego sposobu rozumienia zapisów SIWZ Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał na uchwałę KIO KD 50/15. Dalej wskazał na pkt 4.10 SIWZ, gdzie Zamawiający dopuścił materiały i urządzenia równoważne o ile nie będą gorsze od wskazanych przez Zamawiającego. W dokumentacji projektowej projektant wskazał konkretne urządzenia określonych producentów, jednocześnie dokumentacja zawiera obliczenia wykonane dla tych urządzeń. W tabelach „wykaz urządzeń i armatury” projektant przy konkretnych urządzeniach wskazał na wymagane parametry istotne np. „manometr Wika, 111.10.100, 0-10bar, Temp. Max 150°C”. Te parametry są wskazane przez zamawiającego – a więc urządzenia i materiały odmienne niż wskazanego producenta muszą spełniać te wymagania, nie zaś wymagania inne, nieokreślone w SIWZ. Na poprawność powyższego rozumowania wskazują również zapisy SIWZ. W projekcie umowy (załącznik nr 7 do SIWZ, str. 3): w § 3 OBOWIĄZKI WYKONAWCY zamawiający postanowił, że wykonawca zobowiązany jest do: a) wykonania obliczeń zamiennych wynikających z dokumentacji projektowej węzłów cieplnych, w przypadku zastosowania materiałów lub urządzeń równoważnych w stosunku do przywołanych w dokumentacji projektowej, b) uzyskania

pisemnego uzgodnienia obliczeń zamiennych przed rozpoczęciem budowy węzłów cieplnych. Dobierając urządzenia zamienne w stosunku do referencyjnych wskazanych w dokumentacji projektowej Przystępujący brał pod uwagę parametry wskazane przez Zamawiającego, jak też obliczenia wykonane w dokumentacji projektowej, tak aby osiągnąć równy lub lepszy efekt. Oczywistym jest natomiast, że urządzenia równoważne nie są identyczne w każdym względzie, w tym w szczególności w zakresie cech nieistotnych z punktu widzenia celowości wykonania inwestycji, gdyż pochodzą od innych producentów.

W kontekście wymienników ciepła Przystępujący wyjaśnił, iż w SIWZ (np. „Projekt budowlano wykonawczy” - strona 4, pkt 7 Technologia węzła cieplnego, ul. Kustronia 16) Zamawiający określił wymagania dotyczące wymienników ciepła: „W węźle przyjęto płytowe, jednostopniowe, wymienniki ciepła {nazwa producenta, typ} lutowany miedzią dla instalacji c.o., lutowany miedzią dla instalacji c.w.” Jednocześnie w p. 6. Charakterystyka węzła cieplnego określił takie parametry jak zapotrzebowanie ciepła, obliczeniowe parametry wody sieciowej w sezonie grzewczym: 114/60°C, obliczeniowe parametry wody w instalacji ogrzewczej : 70/50°C czy maksymalny obliczeniowy strumień wody sieciowej w okresie zimowym. Następnie w pkt 7.2 Armatura określił max ciśnienie po stronie sieciowej równe 1,6 MPa, a po stronie wody instalacyjnej równe 0,6 MPa. Wymienione wyżej parametry techniczne zostały określone przez Zamawiającego jako istotne dla pracy wymienników (i całego węzła cieplnego). Oferent zaproponował urządzenia równoważne do wskazanych w dokumentacji tj. wymienniki płytowe, lutowane miedzią firmy Secespol o parametrach pracy znacznie przewyższających wymagania określone w SIWZ. Parametry pracy wynoszą: - max. Temperatura 230 ° C, max ciśnienie 3 MPa. Parametry te zostały potwierdzone w karcie katalogowej dołączonej do oferty. W pełni spełniają więc wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Na potwierdzenie spełnienia wymogu równoważności pod względem maksymalnego obliczeniowego strumienia wody sieciowej w okresie zimowym Przystępujący przedstawił obliczenia dla 3 wybranych węzłów cieplnych tj. budynków przy ul. Kustronia 16, Kustronia 6a, b i Ikara 16. Wskazał, iż z obliczeń tych wynika, że strumienie te nie są większe od określonych w dokumentacjach projektowych w/w obiektów. Potwierdzają one dobór wymienników zapewniający określony w dokumentacji przepływ maksymalny przez węzeł (załącznik nr 11).

Odnośnie filtrów gwintowanych i różnic w minimalnej liczbie oczek na cm<sup>2</sup>, Przystępujący wyjaśnił, że filtry siatkowe zamontowane będą na gałęziach zimnej wody i cyrkulacji ciepłej wody użytkowej, nie zaś na sieci ciepłowniczej. Nie mają więc żadnego wpływu na ciśnienie dyspozycyjne z sieci ciepłowniczej, bowiem są to różne obiegi odseparowane ciśnieniowo przez wymiennik ciepła. Wymagania określone w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w punkcie 5.1.20 nie dotyczą filtrów zamontowanych na gałęziach zimnej wody

i cyrkulacji ciepłej wody użytkowej. W punkcie tym wyraźnie napisano, że „na każdym odgałęzieniu wężła, na którym znajduje się armatura regulacyjna sterowana automatycznie, należy stosować filtry siatkowe o gęstości siatki co najmniej 96 oczek/cm<sup>2</sup> o ile DTR zastosowanej armatury regulacyjnej nie wymaga inaczej”. Filtry zaś o które Zamawiający pytał znajdują się na zupełnie innej gałęziach (zimna woda, cyrkulacja ciepłej wody użytkowej), na których nie występuje armatura regulacyjna sterowana automatycznie. Potwierdzeniem miejsca montażu filtrów są: schemat wężła cieplnego oraz wykaz urządzeń i armatury w „Projekcie budowlano wykonawczym”. Widać na nim wyraźnie brak wpływu filtrów na ciśnienie dyspozycyjne z sieci ciepłowniczej oraz brak armatury regulacyjnej w miejscu montażu filtrów.

Dalej Przystępujący wskazał, iż Zamawiający nie określił parametru minimalnej ilości oczek dla filtrów montowanych w gałęzi wody użytkowej. Konsorcjum GPEC Serwis Sp. z o.o. przyjęło, że obowiązująca jest liczba oczek podana w karcie katalogowej urządzenia referencyjnego produkcji Danfoss, przy czym ta karta katalogowa nie była składnikiem dokumentacji projektowej. Jednocześnie Przystępujący poinformował, że zaoferowane przez niego urządzenie równoważne filtr PHA-060 spełnia wymogi SIWZ. Zakres gęstości siatki wymiennej filtra wynosi od 80 do 280 oczek/cm<sup>2</sup>. Producent może dostarczyć filtry z różnymi siatkami wymiennymi, w tym 280 oczek na cm<sup>2</sup>. W załączeniu Przystępujący przedstawił oświadczenie producenta, w którym wskazano, iż jest on w stanie wykonać filtry wodne PHA-060 o ilościach oczek siatki filtrującej 80/160/220/280 na specjalne zamówienie. W razie zamówienia i chęci otrzymania produktu z wkładem o innej filtracji niż podany w katalogu musi być to jasno określone, w innym przypadku firma Perfexim dostarczy filtry o standardowej filtracji wynikającej z katalogu, jak i cennika. Zamówienia z inną siatką filtrującą traktowane są jako specjalne zamówienie i wiąże się to z dłuższym czasem oczekiwania.

Ponadto Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt 13.1 SIWZ Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 500 000 zł dla I części zamówienia i 350 000 zł dla II części zamówienia. Z kolei w pkt 14.1 SIWZ termin związania ofertą określono na 60 dni, wskazując iż jego bieg rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert określono na dzień 21 lutego 2019 r. Przystępujący wraz z ofertą wniósł wadium w formie gwarancji bankowych (dla każdej z części zamówienia). W treści gwarancji wskazano, iż jest ona ważna do dnia 22 kwietnia 2019 r., a jeżeli data ta przypadłaby w dniu, w którym bank nie prowadzi działalności operacyjnej, gwarancja jest ważna do pierwszego dnia roboczego banku następującego po tym dniu.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym wniesieniem nowego wadium na okres 60 dni licząc od upływu terminu ważności wadium wniesionego wraz

z ofertą. Przystępujący w dniu 19 kwietnia 2019 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą na okres 60 dni, tj. do dnia 21 czerwca 2019 r. z jednoczesnym wniesieniem nowego wadium. W załączeniu do pisma przesłał aneksy do gwarancji bankowych, w treści których zostało wskazane, iż bank przedłuża termin ważności gwarancji z dnia 22 kwietnia 2019 r. do dnia 21 czerwca 2019 r.

W dniu 13 maja 2019 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą w obu częściach zamówienia uznał ofertę Przystępującego. Oferta Odwołującego w obu częściach zamówienia była ofertą drugą w kolejności pod względem liczby punktów uzyskanych w kryteriach oceny ofert.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części obejmującej zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut oznaczony nr 1 w odwołaniu) i art. 7 ust. 3 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut oznaczony nr 2 w odwołaniu) w zakresie dotyczącym zaoferowanych przez Przystępującego wymienników ciepła wraz z izolacją firmy Secespol.

Zgodnie z 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. Natomiast zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nałożono na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Z kolei w myśl ust. 3 tego przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Na wstępie wskazać należy, iż Izba nie uznała za zasadną argumentacji Przystępującego jakoby art. 30 ust. 5 ustawy Pzp nie miał zastosowania w przedmiotowej sprawie. Prawdą jest, iż umiejscowienie przedmiotowego przepisu wśród regulacji odnoszących się do opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem odrębnych przepisów technicznych, może być mylące, niemniej w ocenie Izby art. 30 ust. 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie do każdego opisu przedmiotu zamówienia, także sporządzanego według zasad, o których mowa w art. 29 ustawy Pzp. Brak jest jakichkolwiek podstaw do różnicowania kwestii rozkładu ciężaru dowodu w zakresie wykazania równoważności

oferowanych produktów czy rozwiązań w zależności od sposobu dokonania opisu przedmiotu zamówienia. Stanowiska Przystępującego nie potwierdza także wykładnia językowa art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, przepis ten nie zawiera odesłania do art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp, lecz ma charakter ogólny (por. m.in. wyrok z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 265/17).

W konsekwencji Przystępujący, decydując się na zaoferowanie urządzeń równoważnych do opisanych w SIWZ, winien był wykazać, że urządzenia te spełniają wymogi Zamawiającego. Skład orzekający stoi na stanowisku, iż jeżeli wykonawca decyduje się na zaoferowanie rozwiązań równoważnych, to zobowiązany jest w sposób możliwie precyzyjny wskazać konkretne informacje jaki produkt oferuje w zamian za jaki konkretny produkt opisany przez zamawiającego (por. m.in. wyrok z dnia 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 537/16, wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 997/17). Oferta równoważna, to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Opis zaproponowanych urządzeń równoważnych powinien być dołączony do oferty i musi być na tyle szczegółowy, żeby Zamawiający przy ocenie ofert mógł ocenić czy zaproponowane rozwiązania spełniają wymagania Zamawiającego i będą należycie spełniały cel postępowania.

Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający w wykazach urządzeń w projektach budowlanych dla każdego węzła wskazał przyjęte przez projektanta określone wymienniki ciepła. Dla przykładu w przypadku węzła zlokalizowanego przy ul. Chopina 17 był to wymiennik ciepła Danfoss typu XB12L-1-26 lutowany miedzią dla instalacji c.o. i typu XB12M-1-26 lutowany miedzią dla instalacji c.w., z kolei w przypadku węzła zlokalizowanego przy ul. Kustronia 16 był to wymiennik ciepła Danfoss typu XB12L-1-20 lutowany miedzią dla instalacji c.o. i dla instalacji c.w. Wymienniki ciepła stanowią jeden z niewątpliwie istotnych elementów wymiennikowego węzła cieplnego, co wynika bezpośrednio z treści projektów budowlanych, gdzie zastosowane wymienniki omówiono zarówno w punktach obejmujących charakterystykę węzła, jak i w punktach dotyczących technologii węzła.

Przystępujący w załączonej do oferty informacji o urządzeniach równoważnych wskazał w sposób ogólny, iż jako zamiennie do „wymienników ciepła wraz z izolacją firmy Danfoss” oferuje „wymienniki ciepła wraz z izolacją firmy Secespol”. Pomimo, iż dokumentacja projektowa zawierała szczegółowe wskazanie typów wymienników ciepła Danfoss dla poszczególnych węzłów, Przystępujący nie przedstawił informacji, który typ wymiennika ciepła Secespol oferuje w zamian za określony typ wymiennika ciepła Danfoss opisany przez Zamawiającego. Nie zmienia tej okoliczności załączenie do oferty karty katalogowej wymienników ciepła Secespol serii L-Line, jak bowiem wynika wprost z tej karty objęto nią 14



typów tego urządzenia o zróżnicowanych wymiarach, parametrach technicznych, parametrach pracy. Na podstawie tak skonstruowanej informacji, zdaniem Izby, Zamawiający nie miał możliwości dokonania oceny równoważności oferowanych wymienników w stosunku do tych wskazanych w projektach budowlanych.

Izba stwierdziła, iż również wyjaśnienia złożone w tym zakresie przez Przystępującego nie dawały Zamawiającemu podstaw do pełnego i jednoznacznego zweryfikowania równoważności oferowanych urządzeń. Zauważyć trzeba, że Przystępujący został wezwany do wykazania równoważności wymienników ciepła wraz z izolacją firmy Secespol w odniesieniu do wymienników ciepła wraz z izolacją firmy Danfoss – Zamawiający prawidłowo zatem uznał, że na podstawie informacji i dokumentów przekazanych wraz z ofertą wykazanie równoważności pomiędzy tymi urządzeniami budziło wątpliwości. Zamawiający w treści wezwania wprost wskazał na zaistnienie wątpliwości co do jasnego i niezaprzecznego udowodnienia równoważności urządzeń zamiennych w stosunku do zastosowanych w dokumentacji projektowej. Wezwanie było konsekwencją uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania Odwołującego z dnia 27 marca 2019 r., gdzie zwrócono uwagę na fakt, iż bez wskazania jakie wymienniki Przystępujący planuje zastosować w zastępstwie jakich wymienników Danfoss nie jest możliwe stwierdzenie ich równoważności.

Pomimo powyższego Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach odniósł się do powyższej kwestii w sposób bardzo ogólny, wskazując iż parametry zaoferowanych urządzeń przekraczają wymogi SIWZ, na potwierdzenie czego przedstawił obliczenia dla trzech przykładowo wybranych węzłów. W dalszym ciągu Przystępujący w żaden sposób nie wyjaśnił, które ze wskazanych w karcie katalogowej typów wymienników L-Line firmy Secespol oferuje w zamian za konkretne wymienniki firmy Danfoss. Nie wskazał nawet, że podanie takich danych na obecnym etapie nie było możliwe, było utrudnione, czy też było nieuzasadnione. Nie podnosił także, że wszystkie ze wskazanych w karcie katalogowej typów wymienników L-Line firmy Secespol spełniają wymagania SIWZ i są równoważne w stosunku do wskazanych w projektach budowlanych wymienników firmy Danfoss, niezależnie od ich typu. Co więcej, z wyjaśnień Przystępującego można wywieść wniosek, iż jego zamiarem nie było zaoferowanie wszystkich typów wymienników serii L-Line firmy Secespol – powołanie się bowiem przez niego na okoliczność, iż parametry pracy wymienników wynoszą „max. temperatura 230°C, max. ciśnienie 3MPa” powoduje, że liczba typów ww. urządzenia wskazana w karcie katalogowej ulega ograniczeniu wyłącznie do tych, które spełniają ww. parametry (jak wynika z karty katalogowej parametr pracy „max. ciśnienie 3MPa” spełniają tylko wymienniki typu LA, LB i LH, czyli 8 z 14 wskazanych w karcie katalogowej typów). Powyższe w ocenie Izby świadczy także o tym, że Przystępujący był w stanie w sposób bardziej precyzyjny określić w ofercie proponowane zamienniki.

Przystępujący podniósł również w wyjaśnieniach, iż dobierając urządzenia zamienne w stosunku do referencyjnych wskazanych w dokumentacji projektowej brał pod uwagę parametry wskazane przez Zamawiającego, jak też obliczenia wykonane w dokumentacji projektowej, tak aby osiągnąć równy lub lepszy efekt. Oznacza to, że Przystępujący dobierając urządzenia musiał (a przynajmniej tak sugeruje powyższa wypowiedź) analizować konkretne typy wymienników firmy Secespol pod kątem spełnienia przez nie wynikających z projektów budowlanych uwarunkowań technicznych. Nie wskazał jednak jaki typ czy też typy wymienników Secespol serii L-Line będą równoważne do poszczególnych typów wymienników Danfoss i funkcjonalnie adekwatne do zastosowania w danym węźle, a zatem nie wskazał również w sposób jednoznaczny jakie konkretnie wymienniki oferuje. Wyjaśnienia sprowadzają się li tylko do wywodów natury ogólnej z odniesieniem się do przykładowych węzłów i ich charakterystyki, a nie poruszają w ogóle kwestii równoważności w stosunku do opisanych w projekcie wymienników firmy Danfoss. Tymczasem Zamawiający w treści wezwania wskazał wprost na konieczność odniesienia się w tym zakresie właśnie do wymienników ciepła Danfoss.

Nie negując twierdzeń Przystępującego, przedstawianych na rozprawie, iż do obliczeń wykonanych dla poszczególnych węzłów przez projektanta może pasować szereg innych urządzeń i to, że projektant wybrał wymienniki firmy Danfoss nie oznacza, że inne są zakazane, należy podkreślić, iż Przystępujący całkowicie pomija kluczową w tym zakresie okoliczność – że Zamawiający na podstawie informacji przedstawionych w ofercie musi być w stanie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości stwierdzić, że zaoferowane rozwiązanie jest równoważne do opisanego w dokumentacji postępowania. Nie jest w stanie tego zrobić nie dysponując danymi, jakie wymienniki ciepła Przystępujący oferuje za konkretne rodzaje (typy) wymienników wskazane w SIWZ. Dlatego za naruszające przepisy ustawy Pzp Izba uznała działanie Zamawiającego, który na podstawie przedstawionego zbioru zamienników bez odniesienia do konkretnych urządzeń opisanych w SIWZ dokonał pozytywnej oceny równoważności oferowanych produktów. Działanie to musiało bowiem polegać na dokonaniu przez Zamawiającego wyboru poszczególnych typów wymienników ciepła firmy Secespol wskazanych w karcie katalogowej i dopasowaniu ich do konkretnych wymienników firmy Danfoss oraz określonych parametrów węzła. Potwierdza to stwierdzenie Zamawiającego, które padło na rozprawie, że „z przedstawionych zbiorów wymienników będzie możliwe wybudowanie węzła o wymaganej funkcjonalności.” Być może wybudowanie węzła o wymaganej funkcjonalności faktycznie byłoby możliwe z uwzględnieniem części urządzeń wskazanych w zbiorze wymienników wynikającym z załączonej do oferty karty katalogowej, natomiast jednoznaczne przesądzenie tej kwestii w oparciu o niesprecyzowane

dane co do tego, które z urządzeń wykonawca oferuje jako równoważne i zamierza użyć podczas realizacji, nie znajduje uzasadnienia.

Słusznie wskazywał zatem Odwołujący, że Zamawiający nie wiedział, czy Przystępujący proponuje wymienniki równoważne dla wymienników wskazanych w dokumentacji projektowej. Zamawiający przyjął nieuprawnione domniemanie, że wykonawca spośród urządzeń wskazanych w karcie katalogowej na etapie realizacji zamówienia wybierze te, które spełniać będą wymagania dla danego węzła. Abstrahując od okoliczności czy tak rzeczywiście byłoby na etapie realizacji zamówienia, to zaaprobowanie takiego podejścia czyniłoby całkowicie zbędnym ustawowy obowiązek wykazania w ofercie równoważności oferowanych urządzeń czy rozwiązań. Mieć należy na uwadze, iż wykonawca oferujący rozwiązania równoważne zobowiązany jest wykazać się szczególną starannością przy składaniu oferty, aby udowodnić równoważność proponowanych urządzeń czy rozwiązań. Obowiązkiem wykonawcy jest zapoznanie się z treścią SIWZ i wskazanymi w niej oczekiwaniami zamawiającego. Składając ofertę, z której nie wynika w sposób jednoznaczny, jakie produkty lub rozwiązania proponuje jako równoważne do opisanych przez Zamawiającego, wykonawca musi brać pod uwagę konsekwencje z tym się wiążące, w szczególności odrzucenie jego oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniła zarzuty oznaczone nr 1 i 2 odwołania w zakresie odnoszącym się do zaoferowanych przez Przystępującego wymienników ciepła wraz z izolacją firmy Secespol i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Częściach nr I i II zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niewykazanie przez wykonawcę równoważności oferowanych dostaw, usług czy robót budowlanych w stosunku do opisanych przez Zamawiającego jest bowiem równoznaczne z tym, że treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut oznaczony nr 1 w odwołaniu) i art. 7 ust. 3 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut oznaczony nr 2 w odwołaniu) w zakresie dotyczącym zaoferowanych przez Przystępującego filtrów gwintowanych firmy Perfexim. Zarzut ten Odwołujący oparł na twierdzeniu, iż zgodnie z kartą katalogową załączoną do oferty Przystępującego filtry firmy Perfexim posiadają mniejszą liczbę oczek na 1cm<sup>2</sup> niż filtry firmy Danfoss, wskazane w wykazie urządzeń.

Bezspornym było, iż w wykazach urządzeń zawartych w projektach budowlanych dla poszczególnych węzłów Zamawiający wskazał m.in. następujący opis filtra „Danfoss, FVR-

DZR [280], 11/2", gwint." Nie było okolicznością kwestionowaną także to, że filtr ten posiada ilość oczek 280/cm<sup>2</sup> ani to, że karta katalogowa filtrów Perfexim typu PHA-060 załączona przez Przystępującego do oferty zawierała parametr j<sup>2</sup>, oznaczający liczbę oczek na cm<sup>2</sup>, który w zależności od rodzaju filtra wynosił 36 lub 80.

Natomiast w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby treść SIWZ dawała podstawy do uznania, że Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania równoważności oferowanych urządzeń zamiennych – filtrów gwintowanych w zakresie obejmującym liczbę oczek na cm<sup>2</sup>. Zgodnie z pkt 4.10 SIWZ Zamawiający dopuścił zastosowanie materiałów, urządzeń równoważnych, tj. o parametrach funkcjonalnych nie gorszych niż wskazane przez Zamawiającego. Wszystkie przewidziane w dokumentacji projektowej parametry i wymogi techniczne przykładowych materiałów, urządzeń są parametrami minimalnymi. SIWZ odnosi się wprost do „parametrów i wymogów technicznych” urządzeń, które – w przypadku ich wskazania w dokumentacji projektowej – należy traktować jako minimalne i wykazać, że oferowane urządzenia zamienne są do nich równoważne. Analiza wykazów urządzeń w projektach budowlanych poszczególnych węzłów nie daje podstaw do przyjęcia, iż użycie w nazwie filtra wartości „[280]” jest równoznaczne z tym, że liczba ta oznaczała parametr minimalny w zakresie wymaganej ilości oczek na cm<sup>2</sup>. Przy liczbie „[280]” nie wskazano żadnej jednostki miary czy oznaczenia, do którego ona się odnosi. Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że treść SIWZ należało interpretować w ten sposób, że użycie w nazwie filtra ww. liczby, należało rozumieć jako bezwzględny wymóg posiadania przez urządzenie zamienne minimum 280 oczek na cm<sup>2</sup>. Okoliczność, iż liczba ta pokrywała się z liczbą oczek siatki filtra na cm<sup>2</sup> wynikała jedynie z karty katalogowej urządzenia, która nie stanowiła załącznika do SIWZ. Zamawiający na rozprawie zaprzeczył, aby stawiał wykonawcom taki wymóg.

Mieć należy także na uwadze, iż produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego funkcjonalności i parametry, które bezwzględnie powinny zostać określone w treści SIWZ. W ocenie Izby, Zamawiający nie wskazał w SIWZ w sposób jednoznaczny minimalnych parametrów w zakresie ilości oczek siatki filtra na cm<sup>2</sup>, w konsekwencji nie sposób także wymagać od Przystępującego wykazania równoważności oferowanych urządzeń zamiennych w tym zakresie. Tym bardziej, że w przypadku innych urządzeń wymagane minimalne parametry były określane dość precyzyjnie, jak chociażby wskazanie temperatury maksymalnej medium czy ciśnienia dla manometrów. Istotnym zaś jest, iż aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych zapisów specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista. Zamawiający, dokonując badania i oceny oferty, zobowiązany

jest interpretować SIWZ tak, jak wskazuje na to jej brzmienie. Nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w SIWZ zasad i wymagań. Zamawiający nie jest uprawniony, aby dopiero na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie, a do tego sprowadza się argumentacja Odwołującego, który na podstawie karty katalogowej produktu referencyjnego próbuje wykazać istnienie wymogu co do liczby oczek na cm<sup>2</sup> siatki filtra gwintowanego, która w sposób jednoznaczny z treści SIWZ nie wynika.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała także na względzie treść wyjaśnień Przystępującego z dnia 29 kwietnia 2019 r., gdzie wyraźnie zaakcentowano brak wpływu filtrów na ciśnienie dyspozycyjne sieci ciepłowniczej oraz podniesiono, że jedynym wymogiem co do ilości oczek filtra wskazanym w SIWZ był pkt 5.1.20 Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, odnoszący się jednak do innego rodzaju filtrów niż te będące przedmiotem wyjaśnień. Odwołujący ani w treści odwołania, ani na rozprawie powyższych okoliczności *de facto* nie kwestionował. W żaden sposób nie wykazał on, aby posiadanie przez filtr ilości oczek w liczbie co najmniej 280 na cm<sup>2</sup> było okolicznością na tyle istotną, że wpływającą na funkcjonowanie węzła i nie spełnienie wymagań równoważności, gdy tymczasem z treści wyjaśnień Przystępującego wynikała okoliczność przeciwna. Zauważyć trzeba, że produkt równoważny siłą rzeczy nigdy nie będzie identyczny z produktem opisanym przez Zamawiającego, istotnym jest zatem aby nie był on produktem gorszej jakości. Zarzut odwołania oparty był jednak wyłącznie na prostym spostrzeżeniu co do niezgodności w liczbie oczek filtra Danfoss w porównaniu do liczby oczek oferowanego przez Przystępującego filtra Perfexim, co w ocenie Izby nie było wystarczające, aby przesądzić o niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

W konsekwencji nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie zmiany treści oferty przez Przystępującego poprzez zaoferowanie dodatkowego urządzenia równoważnego - filtra Perfexim PHA-060 o ilości oczek 280/cm<sup>2</sup> nie wykazanego w ofercie (zarzut oznaczony nr 3 w odwołaniu), skoro Odwołujący nie wykazał, aby jednym z parametrów minimalnych i wymogów przesądzających o równoważności urządzeń oferowanych w stosunku do tych wskazanych w projektach budowlanych była liczba oczek siatki filtra. Ponadto Izba uznała zarzut ten za zbyt daleko idący, jako, że z treści wyjaśnień Przystępującego wynika, iż producent może dostarczyć filtry PHA-060 z różnymi siatkami wymiennymi, a nie że Przystępujący zmienił treść swojej oferty w tym zakresie.

Izba za niezasadny uznała także zarzut oznaczony nr 5 w odwołaniu, dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo niewyrażenia przez niego zgody na przedłużenie ważności oferty zgodnie z żądaniem Zamawiającego, a w razie przyjęcia, że doszło do przedłużenia ważności

oferty o 60 dni - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum Energa pomimo niezabezpieczenia wadium całego okresu związania ofertą.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Jak stanowi art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Odwołujący opierał zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp na okoliczności, iż Przystępujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 59, a nie o 60 dni, co z kolei wywodził z faktu, iż w treści gwarancji bankowych załączonych do oferty znalazła się informacja, iż w przypadku gdy termin ważności gwarancji upływa w dniu, w którym bank nie prowadzi działalności operacyjnej, gwarancja jest ważna do pierwszego dnia roboczego banku następującego po tym dniu. W ocenie Izby nie jest jednak właściwym wywodenie długości okresu związania ofertą z treści gwarancji bankowej stanowiącej zabezpieczenie oferty. Jak wskazano w art. 85 ust. 4 ustawy Pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Zasadniczym celem instytucji wadium jest zabezpieczenie Zamawiającego na wypadek zaistnienia sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Aby uznać wadium za skutecznie wniesione musi ono zabezpieczać cały okres związania ofertą.

W konsekwencji to termin ważności wadium wnoszonego w formie gwarancji (czy to bankowej, czy ubezpieczeniowej) jest uzależniony od długości okresu związania ofertą, a nie odwrotnie. Wywodenie przez Odwołującego, iż Przystępujący przedłużył termin związania ofertą o mniej niż 60 dni w oparciu o to, że (zdaniem Odwołującego) termin ważności gwarancji załączonej do oferty był o jeden dzień dłuższy, jest obarczone błędem logicznym - taka argumentacja prowadzi bowiem do wniosku, że pierwotny termin związania ofertą musiałby ulec w takiej sytuacji automatycznemu wydłużeniu o jeden dzień, aby nie doszło do przerwania okresu związania. Tymczasem brak jest podstaw do uznania, aby w sytuacji kiedy ostatni dzień okresu związania ofertą wypadał w dzień ustawowo wolny od pracy, ulegałby on automatycznemu przedłużeniu do następującego dnia roboczego. Nie zmienia tego fakt zawarcia w treści gwarancji postanowienia wydłużającego termin ważności gwarancji w takiej sytuacji. Wadium stanowi zabezpieczenie dla zamawiającego w okresie, gdy wykonawca jest związany ofertą, trudno więc znaleźć jakiegokolwiek funkcjonalne uzasadnienie dla utrzymywania wadium gdy wykonawca przestaje być związany ofertą (por. m.in. wyrok KIO

z dnia 17 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 23/17). Przystępujący na wezwanie Zamawiającego w złożonym oświadczeniu w sposób jednoznaczny wyraził wolę przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni, do dnia 21 czerwca 2019 r., nie sposób tu zatem mówić także o jakiegokolwiek niezgodności z treścią wezwania, czy to – jak wskazano w opisie zarzutu – o nie wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Nie jest także zasadne twierdzenie Odwołującego, iż w przypadku uznania, że Przystępujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, to oferta nie została skutecznie zabezpieczona wadium, gdyż wówczas gwarancja została wydłużona o 59 dni. Powyższe stanowisko również oparte jest na założeniu, iż okres, na jaki przedłużono gwarancję bankową należy liczyć od upływu terminu ważności pierwotnie wniesionego wadium, za który Odwołujący uznał termin nie odpowiadający terminowi związania ofertą i od niego dłuższy. W ocenie Izby nie sposób uznać, że wadium nie obejmuje całego okresu związania ofertą. Jak wynika wprost z oświadczenia gwaranta z dnia 19 kwietnia 2019 r. („zmiana do gwarancji bankowej”) termin ważności obu gwarancji bankowych został przedłużony z dnia 22 kwietnia 2019 r. do dnia 21 czerwca 2019 r., pokrywa się on tym samym z długością okresu związania ofertą. Nie doszło tutaj także do przerwania ciągłości zabezpieczenia w okresie związania ofertą. Trudno zatem uznać, aby doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp, w myśl którego zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Podkreślić należy, że wadium ma zabezpieczać ofertę przez cały okres jej związania i powyższemu wymogowi Przystępujący zadośćuczynił. Aby można było mówić o naruszeniu ww. przepisu przez Zamawiającego wadium musiałyby zostać wniesione na okres, który nie pokrywał się z terminem związania ofertą, Odwołujący nie wykazał jednak, aby taka sytuacja nastąpiła w przypadku oferty Przystępującego.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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. z 2018 r. poz. 972).

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. Zgodnie zaś z § 5 ust. 4

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. z 2018 r. poz. 972) w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1-3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Izba podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie Izby, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 630/18, wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, wyrok KIO z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18). W przedmiotowej sprawie Izba częściowo odrzuciła, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie, co uzasadniało uzależnienie rozstrzygnięcia o kosztach od tego, w jakim zakresie odniosło ono skutek. W tym kontekście zważyć należy, że częściowe uwzględnienie odwołania w zakresie określonym w punkcie 2 sentencji wyroku czyniło w pełni zadość żądaniu Odwołującego, którym objęte było unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty Przystępującego. Finalny wynik postępowania odwoławczego prowadził zatem do sytuacji, w której pomimo odrzucenia i oddalenia odwołania w zakresie obejmującym część zarzutów, istotna waga tych zarzutów, które zostały uwzględnione spowodowała, iż zapadłe rozstrzygnięcie jest w pełni zgodne z żądaniem Odwołującego zgłoszonym w odwołaniu, wszystkie podniesione zarzuty zmierzały bowiem do wyeliminowania oferty Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia i skutek ten został osiągnięty. W konsekwencji kosztami postępowania obciążono Zamawiającego w całości, zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 20 000 zł koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....