

Sygn. akt: KIO 597/12

**WYROK**  
**z dnia 2 kwietnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowo – Produkcyjne „Węglopol” Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Chodkiewicza 31** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wymiarki, 68-131 Wymiarki, ul. Księcia Witolda 5**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowo – Produkcyjne „Węglopol” Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Chodkiewicza 31**:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowo – Produkcyjne „Węglopol” Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Chodkiewicza 31** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowo – Produkcyjne „Węglopol” Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Chodkiewicza 31** na rzecz **Gminy Wymiarki, 68-131 Wymiarki, ul. Księcia Witolda 5** kwotę **4 098 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Gmina Wymiarki, ul. Księcia Witolda 5, , 68 - 131 Wymiarki zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Sali gimnastycznej z zapleczem socjalno -higienicznym stanowiącym łącznik z istniejącą szkołą” nr sprawy GK-OS.271.1.2012.

W wyniku przeprowadzonej oceny badania i oceny ofert, za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta- firmy PRE-FABRYKAT Sp. z o.o. W wyniku dokonanej oceny Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy PUHP Węglopol Sp. z o.o., ul.Chodkiewicza 31, 44 - 100 Gliwice, który to wykonawca złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W złożonym odwołaniu zarzucił zamawiającemu, naruszenie przepisów ustawy pzp, poprzez:

- 1.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6) PZP poprzez wybór oferty i uznanie jej za najkorzystniejszą pomimo zawartych w niej błędów w obliczeniu ceny;
2. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2) PZP w zw. z art. 87 ust. 1 PZP poprzez dokonanie poprawek omyłek rachunkowych, które omyłkami rachunkowymi w rozumieniu PZP nie były, bowiem zmiana ceny z kwoty 3.669.531,87 zł na kwotę 3.549.015,87 jest zmianą tak istotną, że stanowi zmianę treści oferty a ta w trakcie badania i oceny ofert jest niedopuszczalna;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji w zakresie określenia kryteriów oceny;
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez przyjęcie, iż treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
5. naruszenie art. 29 ust. 3 PZP poprzez jego błędną interpretację tj. uznanie, iż zaproponowanie innego niż uwzględnione w dokumentacji projektowej rozwiązania z zachowaniem odpowiednich, równoważnych parametrów nie jest rozwiązaniem równoważnym dopuszczonym do realizacji przez SIWZ i PZP;
- 6 naruszenie art. 87 ust. 1 PZP poprzez niezażądanie od wykonawcy wyjaśnienia dotyczących treści oferty w przedmiocie zastosowania rozwiązania równoważnego.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

- unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy wobec dokonania przez Zamawiającego samowolnej zmiany oferty lub w drodze niedopuszczalnych negocjacji, która została wybrana jako najkorzystniejsza w taki sposób, iż cena w niej określona na dzień 21 lutego 2012r. (dzień otwarcia ofert) to cena 3.669.531,87 zł a w dniu

21 marca 2012 cena ta została obniżona do ceny 3.549.015,87 zł (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty);

- odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) oferty wybranej jako najkorzystniejszej bowiem (wobec powyższego) mogła ona zawierać błędy w obliczeniu ceny.
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności oceny i wyboru ofert, a także powtórnego dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu i wyboru oferty najkorzystniejszej, na zasadzie art. 192 ust. 3 pkt 1) PZP, zaś w przypadku nieuwzględnienia ww. żądań unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy;
- nakazanie wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty odwołującego się.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podniósł iż w dniu 20 lutego 2012r. doszło do otwarcia ofert i odwołujący dowiedział się o cenach, jakie poszczególni Wykonawcy zaproponowali w swoich ofertach. Najniższą cenę zaproponował Odwołujący się.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 marca 2012r. cena odwołującego się **nie** była już najniższa. Najniższa cena została zaproponowana przez podmiot, którego oferta została uznana za najkorzystniejsza.

W ocenie odwołującego się doszło do naruszenia przepisów pzp, gdyż doszło do zmiany ceny na niższą o kwotę ponad 12 tysięcy złotych. Taka rozbieżność świadczy o negocjowaniu ceny pomiędzy zamawiającym a podmiotem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Negocjacje i zmiany oferty podczas badania i oceny ofert nie są dopuszczalne.

Tym samym zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6) PZP oraz naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2) PZP w zw. z art. 87 ust. 1 PZP.

Dlatego też oferta uznana za najkorzystniejszą winna zostać odrzucona, a oferta odwołującej się winna zostać wybrana. Ponadto na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp postępowanie winno zostać unieważnione bowiem obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, gdyż została dokonana przez Zamawiającego samowolna zmiana oferty.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy motywując swoją decyzję tym, iż oferta nie odpowiadała treści SIWZ, bowiem zgodnie z postanowieniami SIWZ zamawiający dopuszcza jedynie zastosowanie materiałów równoważnych a nie równoważnych systemów.

Z twierdzeniem zamawiającego w tym zakresie wykonawca nie może się zgodzić, gdyż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) pzp, odrzucenie oferty może nastąpić wówczas gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie odwołującego się jego oferta jak najbardziej odpowiada SIWZ. Uzasadniając wskazane stanowisko w tym

zakresie, wskazał, że nie polega na prawdziwym twierdzeniu Zamawiającego, że zastosowanie równoważnego systemu nie jest zastosowaniem równoważnych materiałów czy urządzeń.

Na system składają się właśnie materiały i urządzenia, dlatego też podział przyjęty przez Zamawiającego jest sztuczny i niezasadny. Każdy bowiem system składa się z urządzeń lub materiałów nie każdy zaś materiał czy urządzenie jest systemem. Skoro Ustawa pzp i SIWZ dopuszczają możliwość równoważnych urządzeń i materiałów a systemy złożone są z materiałów i urządzeń to i systemy mogą podlegać rozwiązaniom równoważnym

Rozwiązanie proponowane przez odwołującego zawierało również użycie do budowy konstrukcji paneli samonośnych z blachy konstrukcyjnej trapezowatej tego samego producenta tj. Arcelormittal Poland SA.

Podniósł iż odnosząc się do, stanowiącego załącznik do niniejszego odwołania, pisma Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 lutego 2012r., można wskazać, że nawet w ocenie UZP zastosowanie w konkretnym przypadku zamiennie systemu oferowanego przez firmę Arkada –System Sp. z o.o. z systemem ABM 240 jest rozwiązaniem jak najbardziej dopuszczalnym, nie stanowiącym nawet podstaw do zmiany umowy. Urząd uznał w analogicznym przypadku, że zmiana ta nie jest istotna. Zgodnie z Ustawą PZP brak jest obowiązku uzyskiwania na zastosowanie równoważnego rozwiązania aprobaty autora projektu, twierdzenie Zamawiającego zawarte w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest i w tym zakresie nietrafne i niezgodne z przepisami prawa.

Nadto stwierdził, że panele ABM są wykonywane zgodnie z dyrektywą Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie i jako jedyne w Polsce posiadają taką aprobatę, podczas gdy system Arkada posiada tylko ocenę w ramach jednego projektu, obawy Zamawiającego o zagrożenie życia lub zdrowia są również absolutnie bezpodstawne.

Równocześnie zarzucił zamawiający naruszenie dyspozycji przepisu art. 87 ust. 1 pzp, z której to winien był skorzystać i mając jakiegokolwiek niejasności co do zastosowania równoważnego rozwiązania przez odwołującego się winien wezwać go do złożenia wyjaśnienia czego jednak nic uczynił, co doprowadziło do błędnego rozstrzygnięcia ze szkodą dla odwołującego się. W trakcie rozprawy odwołujący uszczegóławiając ten zarzut, dodał, że gdyby zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień to otrzymałby zarówno wyjaśnienia jak i atesty, wyliczenia oraz inne dane, z których wynikałoby, że dokonana zamiana systemu jest rozwiązaniem równoważnym spełniającym wszystkie względy bezpieczeństwa.

Odnosząc się do całości podniesionych zarzutów stwierdził, że twierdzenia Zamawiającego nie znajdują uzasadnienia ani w przepisach prawa ani w praktyce przyjętej przez Urząd Zamówień Publicznych, a stanowiąc jedynie dowolną ich interpretację, która doprowadziła nie tylko do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp i art. 29 ust. 3 pzp i 87 ust 1 pzp ale także do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, poprzez naruszenie zasady równego

traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji w zakresie dokonania oceny ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, podniósł, że z uwagi na fakt, iż postępowanie przetargowe jest o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP odwołujący był uprawniony do wniesienia odwołania, tylko wobec czynności określonych w art. 180 ust 2 ustawy.

Odwołujący nie jest uprawniony do wniesienia odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, a w tym żądania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 3 pkt 7 PZP, żądania odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejszej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zatem w zakresie tych zarzutów odwołanie winno być odrzucone.

Odnosząc się do zarzutu odrzucenia oferty odwołującego podniósł, iż odwołujący składając ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zaproponował inne rozwiązanie techniczne dotyczące dachu na hali sportowej.

Zamawiający prowadzi postępowanie na wykonanie przedmiotu zamówienia w oparciu o dostarczoną dokumentację projektową, specyfikacje technicznych warunków i odbioru robót oraz opisanych w przedmiarach robót.

W dokumentacji projektowej w zakresie dachu zamawiający oczekiwał wybudowanie dachu łukowego w technologii Iglobud z pokryciem w postaci samonośnego dachu powłokowego docieplonego izolacją Ekofiber. W projekcie technicznym określony został też rodzaj i ilość użytych materiałów (str. 96-122 projektu), sposobu wykonania konstrukcji dachu (str. 122 projektu), obliczenia statyczne (str. 124 projektu), wyniki obliczeń (str. 128-137 projektu).

Ponadto podniósł, że w odpowiedzi na jedno z pytań wykonawców (pyt nr 9) Jedno z pytań (pyt nr 9) dotyczyło „czy jest dopuszczalna zmiana dachu łukowego w konstrukcji samonośnej z dwóch powłok stalowych w systemie Iglobud na dach w innym systemie lub w innej technologii np. konstrukcja nośna z drewna klejonego i obudowa". Na pytanie to zamawiający odpowiedział, iż inwestor nie dopuszcza zmiany konstrukcji dachu.

Tymczasem odwołujący w złożonej ofercie zaproponował wybudowanie dachu w systemie ABM 240 Steel Building. Do oferty tej odwołujący dołączył jedynie folder reklamowy, który przedstawiał wizualizacje dachu.

Odwołujący załączył także oświadczenie (str. 32 oferty odwołującego), iż oferta zawiera rozwiązanie równoważne oraz opisał skrótowo proponowane rozwiązanie.

Wobec powyższego oferta odwołującego podlegała odrzuceniu, albowiem nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie dopuścił w specyfikacji możliwości zastosowania równoważnego systemu dachu.

Zamawiający w części III pkt 4e dopuszczał jedynie możliwość zastosowania urządzeń oraz materiałów równoważnych. Twierdzenie Odwołującego, iż urządzenia i materiały to to samo co system, jest całkowicie nieuprawnione.

System jest to skoordynowany układ elementów tworzących pewną całość uwarunkowaną stałym logicznym uporządkowaniem jego części składowych. W skład systemu wchodzi urządzenia i materiały, ale są to niektóre elementy systemu.

Zamawiający nadto wskazał, że w toku badania ofert zwrócił się pismem z dnia 23.02.2012r. do projektanta Arkada System Sp. z o.o. w Krakowie o wyjaśnienia czy proponowane przez odwołującego rozwiązania są rozwiązaniami równoważnymi.

Arkada System pismem z dnia 27.02.2012 r. wyjaśnił, iż nie może potwierdzić, że proponowane rozwiązanie można uznać za równoważne.

Również pismem z dnia 27.02.2012 r. wypowiedział się w tej sprawie autor projektu konstrukcji Pan Bartosz Rejdych, który podał, iż nie jest w stanie stwierdzić, że system ABM 240 jest rozwiązaniem równoważnym. Wskazał także, iż zaprojektowany dach z blach LT opiera się na współpracy powłoki dole i górnej, natomiast w proponowanym dachu blachy pracują niezależnie. Wskazał nadto, iż w oświadczeniu wykonawcy z dnia 17.02.2012 r. nie zostało wykazane, iż proponowane rozwiązanie spełnia wymogi w zakresie stanów granicznych nośności oraz użyteczności elementów konstrukcyjnych proponowanego przez siebie rozwiązania. W związku z tym nie ma pewności czy rozwiązanie nie pogarsza poziomu bezpieczeństwa budynku. Wskazał także, iż nie można odnieść się do wpływu zmiany konstrukcji dachu na nośność i bezpieczeństwo pozostałych elementów konstrukcyjnych ze względu na brak informacji o ciężarze własnym proponowanego dachu oraz reakcji dachu na belkę żelbetowa oraz pozostałe elementy konstrukcyjne.

Ponadto zamawiający stwierdził, że zamawiający otrzymał pozwolenie na budowę, w którym dach jest wykonywany w systemie Iglobud. Zmiana systemu wykonania dachu wymagałaby zmiany pozwolenia na budowę i tym samym zmianę projektu budowlanego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy pzp. Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w razie uwzględnienia odwołania będzie mógł ubiegać się o uzyskanie zamówienia, chociaż jego oferta biorąc pod uwagę ustalone kryteria wyboru oferty, nie jest ofertą najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca PRE-FABRYKAT Sp. z o.o., którego oferta została uznawana za najkorzystniejszą w tym postępowaniu. Wobec faktu, że zgłoszenie przystąpienia zostało dokonane bez zachowania formy pisemnej o której mowa w art. 185 ust.2 ustawy pzp,- zostało przesłane do Izby za pomocą faxu, Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia.

W związku z faktem, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy wartości zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, to odwołanie przysługuje tylko od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego.

Tym samym rozpoznaniu przez Izbę podlega tylko zarzut odrzucenia oferty odwołującego, wskazany w pkt. 4 oraz powiązane z nim zarzuty wskazane w pkt 5 i 6 odwołania.

Zgodnie z zawiadomieniem o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający wskazał, że przyczyną odrzucenia oferty z postępowania był fakt, że oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Usługowo- Handlowo-Produkcyjnego „WĘGLOPOL” Sp. z o.o. 44-100 Gliwice ul. Chodkiewicza 31 nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wykonanie przedmiotowego zamówienia miało nastąpić w oparciu o Specyfikację Techniczną Warunków Wykonania i Odbioru Robót, dokumentacji projektowej oraz przedmiaru robót.

W pkt III.4.e) SIWZ dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający postanowił, że „podane w SIWZ oraz we wszystkich dokumentach stanowiących załączniki do SIWZ wskazane znaki towarowe, patenty lub pochodzenie należy rozumieć jako przykładowe i dopuszcza się możliwość zastosowania urządzeń (materiałów) równoważnych wyłącznie w takim zakresie i w taki sposób, aby łącznie :

- gwarantowały wykonanie robót zgodnie ze sztuką budowlaną,
- zapewniały zamontowanie urządzeń i materiałów o parametrach technicznych nie gorszych od zaprojektowanych (wskazanych) pierwotnie.

Odnosząc się do takiego sformułowania postanowień SIWZ, należy stwierdzić, że zamawiający dopuszcza zastosowanie „równoważności”, tylko do materiałów i urządzeń, których opisanie w specyfikacji nastąpiło za pomocą znaków towarowych, patentów lub wskazaniem pochodzenia. „Równoważność” została dopuszczona tylko co do przedmiotów i urządzeń, a nie do rozwiązań technicznych określonych w dokumentacji projektowej.

Izba wskazuje, że dla robót budowlanych projektowanych przez zamawiającego zgodnie z art. 31 ust.1 ustawy pzp, opis przedmiotu zamówienia stanowi dokumentacja projektowa na



którą składa się projekt budowlany i projekt wykonawczy, oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót.

Dokumentacja projektowa przygotowana przez zamawiającego w oparciu o którą wykonawcy przygotowywali swoje oferty, dokładnie określała konstrukcję dachu, rodzaj użytych materiałów, a także obliczenia wytrzymałościowe tej konstrukcji oraz sposób wykonania pokrycia dachu- wg systemu Iglopol.

Odwołujący zamiast zastosować się do dokumentacji projektowej i postanowień SIWZ w złożonej ofercie nie zaoferował zastosowania równoważnych urządzeń lub materiałów ale wykonania zupełnie nowego dachu, tj. wykonania dachu innego rodzaju niż przewiduje opracowany projekt techniczny.

Zastosowanie systemu zaproponowanego przez odwołującego – jak stwierdził zamawiający, powodowałoby między innymi zmianę kubatury hali, a także sposobu przenoszenia obciążeń dachu na konstrukcję budynku i tym samym powodowałoby konieczność wykonania nowych obliczeń statycznych dotyczących nośności ścian i fundamentów, co wiązałoby się ze zmianą dokumentacji projektowej oraz posiadanego pozwolenia na budowę.

Tym samym, zdaniem Izby, słuszne są obawy zamawiającego, że zmiana systemu wykonania dachu powodowałaby taką sytuację, iż przy posiadanej dokumentacji projektowej nie byłoby wiadomo, czy zaoferowaną przez odwołującego konstrukcję dachu, utrzyma zaprojektowana już konstrukcja budynku, gdyż następuje zmiana zasad przenoszenia obciążeń. Jak stwierdził projektant zaprojektowany dach z blach LT, opiera się na współpracy powłoki dolej i górnej, natomiast w proponowanym przez odwołującego systemie wykonania dachu, blachy pracują niezależnie

Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił jakichkolwiek wyliczeń, stwierdzając iż takie wyliczenia przedstawiłby dopiero na etapie wykonywania zamówienia, a więc już po podpisaniu umowy o realizację zadania. Ponadto w żaden sposób nie wykazał, że zmiana taka spełniałaby wszystkie względy bezpieczeństwa zarówno co do konstrukcji obiektu jak i jego użytkowników. Gdyby przyjąć propozycję oferty odwołującego, to dla bezpiecznej eksploatacji budynku należałoby dokonać zmiany dokumentacji projektowej wraz z dokonaniem wszelkich przeliczeń wytrzymałości elementów konstrukcyjnych budynku.

Niewątpliwym w sprawie jest również fakt, że oferta odwołującego nie dotyczy tylko zastosowania materiałów czy urządzeń równoważnych, ale przede wszystkim wykonania innej konstrukcji dachu, innej niż wynikająca z dokumentacji projektowej.

Te ustalenia potwierdza sam odwołujący w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu z dnia 17 lutego 2012 roku, gdzie stwierdził, że w zakresie konstrukcji dachu „*zrezygnowano z dachu łukowego nad sala gimnastyczną z blachy trapezowej LT 40 Gr.1mm, z izolacją Ekofiber gr.20cm oraz dolnej powłoki z blachy trapezowej LT 70 gr 1,25mm* „.

W to miejsce odwołujący zaoferował „Proponowane przez nas rozwiązanie to dach łukowy samonośny z profili\_ ABM240”. W dalszej (końcowej) części oświadczenia odwołujący stwierdza, że „W pozostałym zakresie oferta nasza jest zgodna z rozwiązaniami dokumentacji projektowej...”.

Tym samym odwołujący potwierdził, że złożona oferta w zakresie wykonania dachu nad salą gimnastyczną jest niezgodne z dokumentacją projektową, która stanowiła załącznik do SIWZ. Fakt niedopuszczalności odstępstwa od wykazanej w projekcie konstrukcji dachu, wynikał również z odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 9 gdzie zamawiający stwierdził, że „ iż inwestor nie dopuszcza zmiany konstrukcji dachu”.

Odwołujący zarówno w odwołaniu jak i w stanowisku prezentowanym na rozprawie swoją argumentację opierał w znacznej mierze, na piśmie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 02.02.2012 roku dotyczącego innego postępowania. Z treści tego pisma miałyby wynikać, że zmiana systemu konstrukcji dachu jest zmianą nieistotną i może zostać wykonana jako roboty zamienne, których wykonanie jest dopuszczalne w wyniku zgłoszenia tej zmiany inwestorowi przez kierownika budowy. Izba stwierdziła, że przedmiotowe pismo nie ma związku ze sprawą, dotyczy ono innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym innego stanu faktycznego.

Odwołujący oprócz twierdzeń, że ” zgodnie z Ustawą PZP brak jest obowiązku uzyskiwania na zastosowanie równoważnego rozwiązania aprobaty autora projektu, a twierdzenie zamawiającego zawarte w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest i w tym zakresie nietrafne i niezgodne z przepisami prawa” w żaden sposób nie udowodnił, że zastosowania proponowanego przez niego rozwiązania co do systemu konstrukcji, jak i pokrycia dachu jest rozwiązaniem w tym zamówieniu bezpiecznym i nie wymagającym zmian w projekcie budynku i tym samym zgodnym z SIWZ.

Stwierdzić należy że odwołujący zaproponował w swojej ofercie niedozwoloną modyfikacji przedmiotu zamówienia odnoszącą się do zmiany rozwiązań systemowych, a nie do zastosowania równoważnych produktów do pokrycia dachu, a to sprowadza się w rzeczywistości do niezgodności treści oferty z SIWZ.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 i powiązanego z nim w odwołaniu art. 29 ust.3 ustawy pzp.

Tym samy przedmiotowy zarzut nie może zostać przez Izbę uwzględniony.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust 1 ustawy pzp, poprzez nie zażądanie od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści oferty w przedmiocie zastosowania rozwiązania równoważnego, stwierdzić należy, zdaniem Izby, że zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że

przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień, wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań.

Z przepisu art. 87 ust.1 pzp nie wynika jednakże, aby zamawiający w każdej sytuacji, w szczególności kiedy jest pewien, że oferta jest niezgodna z SIWZ był bezwzględnie zobowiązany do występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień. Ustawodawca takiego wymogu nie zawarł, kwestia ta podlega indywidualnej ocenie w każdym postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący zaoferował inny sposób wykonania przedmiotu zamówienia niż oczekiwany przez zamawiającego, a opisany w SIWZ. To zdaniem Izby przesądzało o tym, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i oczekiwanego przez zamawiającego celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Dlatego też „wyjaśnianie kwestii dopuszczalności rozwiązań nie dopuszczonych SIWZ” w tej sytuacji nie wydaje się konieczne.

Nadto wskazać należy, że odwołujący podnosząc ten zarzut, uważał – jak stwierdził podczas rozprawy, że gdyby zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień to otrzymałby zarówno wyjaśnienia, wyliczenia, atesty oraz inne dane, z których wynikałoby, że proponowana w ofercie zamiana systemu jest rozwiązaniem równoważnym spełniającym wszystkie względy bezpieczeństwa.

Taki tryb udzielania wyjaśnień – gdyby do nich doszło, jest niedopuszczalny, gdyż zamiast wyjaśnień, co do treści oferty- dokumentów już złożonych, odwołujący dokonywałby uzupełnienia jej treści.

Powyższym twierdzeniem odwołujący potwierdził, zasadne zdaniem Izby stanowisko zamawiającego, że na etapie składania ofert odwołujący nie wykazał, iż zaproponowany przez niego system jest rozwiązaniem równoważnym, bezpiecznym i niepowodującym potrzeby zmian w dokumentacji projektowej. Odwołujący wraz z ofertą zaoferował wykonanie konstrukcji dachu w systemie ABM240, a na potwierdzenie równoważności przyjętego rozwiązania przedstawił tylko folder reklamowy danego systemu.

Dach zaproponowany według systemu odwołującego jest innym dachem niż ten, który został przewidziany w dokumentacji projektowej przez zamawiającego. Mamy do czynienia ze zmianą jednoznacznie opisaną w SIWZ konstrukcji dachu, a nie tylko jego pokrycia.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć **istotny** wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – z ww. względów – nie miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 .....