

Sygn. akt KIO/UZP 980/09

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Małgorzatę Wojtczyk, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą NEOMED, Ozorowice 17, 55-114 Wisznia Mała** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Stołeczny Zarząd Infrastruktury, al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa** protestu z dnia 23 czerwca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności zamawiającego dokonanych w toku postępowania począwszy od ogłoszenia po czynność otwarcia ofert i nakazuje dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Stołeczny Zarząd Infrastruktury, al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Małgorzatę Wojtczyk prowadzącą**

działalność gospodarczą pod firmą NEOMED, Ozorowice 17, 55-114 Wisznia Mała,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 394 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Stołeczny Zarząd Infrastruktury, al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa** na rzecz **Małgorzaty Wojtczyk prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą NEOMED, Ozorowice 17, 55-114 Wisznia Mała** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu pełnomocników na rozprawę.
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Małgorzaty Wojtczyk prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą NEOMED, Ozorowice 17, 55-114 Wisznia Mała.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Stołeczny Zarząd Infrastruktury - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa środków do utrzymania czystości do Wojskowych Administracji Koszar na terenie województwa mazowieckiego.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r., nr 171, poz. 1058) zwaną dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 11.06.2009 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2009/5110-159022.

Odwołujący - Małgorzata Wojtczyk, prowadząca działalność gospodarczą p.n. Neomed w dniu 23.06.2009 roku wniósł protest a następnie odwołanie, zarzucając naruszenie art. 29

ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3, art. 30 ust. 1, art. 30 ust. 4, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i wskazując na następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

1. opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą nieuzasadnionego wymieniania z nazwy handlowej większości preparatów chemicznych, będących przedmiotem zamówienia;
2. nałożenie na wykonawców wymogu przedstawienia opinii niezależnego laboratorium np. Państwowego Instytutu Higieny, potwierdzającego identyczność (równoważność) preparatów zaproponowanych w ramach dostawy w zamian za preparaty wymienione z nazwy handlowej w SIWZ przez zamawiającego,
3. niejasne i nieprecyzyjne postanowieniach SIWZ określające zakres równoważności zaproponowanych preparatów w stosunku do preparatów wymienionych z nazwy handlowej w SIWZ przez zamawiającego,
4. brak precyzyjnych opisów technicznych wymaganych preparatów, w szczególności w odniesieniu do kryterium równoważności preparatów zamiennych, które ma zamiar zaoferować odwołujący, a które to preparaty nie są tożsame z preparatami wymienionymi z nazwy handlowej w SIWZ przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w „Formularzach cenowych”, stanowiących Załączniki nr 4 - 10 do siwz w pozycjach: 1,2,3,5,6,7,9,10,11,12,13,15,17,18,19,20,21,23,24,25,26,27 zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia za pomocą wymieniania z nazwy handlowej konkretnych preparatów chemicznych. Jednocześnie zamawiający dopuścił zaoferowanie przez wykonawców preparatów równoważnych, uczynił to jednak w sposób de facto uniemożliwiający skorzystanie z tego rozwiązania.

W ocenie odwołującego z postanowień siwz wynika, że aby oferowane dostawy spełniały kryterium równoważności muszą czynić zadość materialnym (fizycznym) i formalnym wymaganiom zamawiającego, a przez takie sformułowanie produktu równoważnego zamawiający wymaga produktu identycznego.

W aspekcie materialnym (fizycznym) oferowany produkt równoważny powinien posiadać:

- a) klasę jakości nie gorszą od środków opisanych w formularzach cenowych nazwą handlową,
- b) właściwości użytkowe nie gorsze od środków opisanych w formularzach cenowych nazwą handlową,
- c) porównywalne (tj. takie same lub wyższe) cechy użytkowe np. skuteczność działania, wydajność,
- d) porównywalne (tj. takie same lub wyższe) cechy fizyko-chemiczne np. konsystencja, zapach, skład chemiczny itp.

Odwołujący podniósł, że takie same lub wyższe cechy fizyko - chemiczne jak skład chemiczny oznaczają, że skład chemiczny musi być identyczny. Produkt o składzie 60% substancji czynnej i 40% substancji zapachowej, nie może posiadać równocześnie lepszych parametrów określonych przez zamawiającego. 70% substancji czynnej w produkcie nie może pozwolić na utrzymanie proporcji substancji zapachowej, której w takim przypadku może być jedynie 30%.

Odwołujący zakwestionował również kryteria równoważności produktów określone przez zamawiającego jako cechy fizyko-chemiczne np. konsystencja i zapach.

Poddał w wątpliwość, możliwość wyegzekwowania przez zamawiającego równoważności produktu w zakresie zapachu. Skład kompozycji zapachowych jest tajemnicą zarówno zakładów perfumeryjnych (skład kompozycji) jak i producentów preparatów (dodatek finalnej kompozycji zapachowej) (Rozp. WE nr 648/2004z dn. 31.03.2004 w sprawie detergentów Załącznik VII część C i D). Składniki powyższych nigdzie nie są wyszczególniane, chyba, że zawierają składniki będące na liście substancji alergizujących. Żadne laboratorium nie jest w stanie dokonać analizy chemicznej składników perfum, tak również, analogicznie, żadne z laboratoriów nie wyda świadectwa równoważności zapachów produktów.

Wątpliwość budzi również jakie cechy mają być oceniane pod kątem konsystencji. Pojęcie konsystencji nie jest technicznym określeniem i nie wiadomo co zamawiający pod tym pojęciem rozumie. Czy chodzi o konsystencję rozumianą jako stan skupienia, czy może gęstość względną preparatu czy jego lepkość a może współczynnik załamania światła.

Ponadto odwołujący podniósł, że zamawiający nie wskazał w jaki sposób będzie dokonywał porównania cech użytkowych w postaci skuteczności działania i wydajności. Nie wiadomo czy oceniając wydajność, zamawiający będzie brał pod uwagę subiektywny opis umieszczony przez producenta na etykiecie wyrobu, czy istniejące tam sformułowania marketingowe, czy też rodzaj zastosowania i przeznaczenia produktu ?

Niejasna jest także ocena skuteczności. Odwołujący wskazał dla przykładu na trudne i uznaniowe jest porównanie opisów „skutecznie usuwa tłuszcz” lub „usuwa tłuszczowe zabrudzenia”. Podniósł, że kryteria oceny skuteczności preparatów dezynfekcyjnych mogą być różne. Można oceniać skuteczność jako udowodniony badaniami zakres działania np. biobójczość odpowiednich szczepów bakterii (w tym pałeczki gruźlicy), wirusy (w tym HIV, ptasiej grypy, żółtaczk), grzyby, spory itp. lub jako udokumentowany czas potrzebny do dezynfekcji powierzchni (np. 5, 15, 30 minut itp). albo jako przydatność roztworu preparatu dezynfekcyjnego do użytku, przy zachowaniu jego pełnych właściwości biobójczych (np.

preparat posiada pełne właściwości biobójcze przez 4 godziny od czasu sporządzenia roztworu, 6 godzin, 24 godziny czy 48 godzin).

Odwołujący podniósł, że kryteria równoważności produktów są określone nie tylko niejednoznacznie ale w dodatku w sposób otwarty i wskazujący na całkowitą uznaniowość zamawiającego, czego dowodzi użycie w SIWZ takich określeń jak np., itp. Oznacza to, że katalog przesłanek definiujących równoważność produktu jest otwarty, a odwołujący, składając swoją ofertę nie ma pewności, jakimi konkretnie kryteriami oceny równoważności posłuży się zamawiający.

Odwołujący wskazał, że przytoczone przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu wyroki w aktualnym stanie sprawy, wobec ciężaru naruszeń ustawy poczynionych przez Zamawiającego, nie mogą mieć wpływu na rozstrzygnięcie odwołania.

Wskazał na ugruntowaną linię orzeczniczą, zgodnie z którą przedmiot zamówienia musi zostać opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący i nie wystarczy, że zamawiający wskaże konkretny produkt i dopisze sformułowanie "lub równoważne". Przytoczył wyroki Zespołu Arbitrów, KIO a także przywołał treść opinii prawnej dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, zamieszczonej na stronach internetowych Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący podniósł również, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na poparcie swojego stanowiska załączył do odwołania treść przywołanego w proteście wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 13 czerwca 2006 r. o sygnaturze (UZP/ZO/0-1665/06), który został wydany w sprawie dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę środków czystości dla Szkoły Aspirantów Państwowej Straży Pożarnej w Krakowie”.

Odnosnie wymogu złożenia w przypadku zaoferowania produktów równoważnych pisemnego potwierdzenia w postaci analizy porównawczej przeprowadzonej przez niezależne laboratoria np. Państwowy Instytut Higieny, Odwołujący wskazał, że wymóg ten narusza art. 7 ust. 1, 1 w powiązaniu z art. 25 ust1 ustawy pzp, bowiem bezprawnie różnicuje sytuację wykonawców i zaprzecza obowiązkowi równego ich traktowania. Zamawiający od wykonawców przedkładających produkty równoważne żąda stosownych certyfikatów (rozumianych jako analizy porównawcze, wykonane tylko i wyłącznie na potrzeby niniejszego przetargu np. przez Państwowy Instytut Higieny), natomiast od wykonawców oferujących konkretne marki już nie.

Wymóg taki w sposób oczywisty ogranicza uczciwą konkurencję, uniemożliwiając Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty i naruszają jego interes prawny. Świadczy to o preferowaniu danego, wymienionego z nazwy produktu, oraz o eliminacji ofert innych wykonawców.

Odwołujący wyjaśnił, że wystąpił do Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego - Państwowego Zakładu Higieny ze stosownym pismem w dniu 07.07.2009r. i w konsekwencji, w dniu 09.07.2009r. otrzymał informację że Zakład nie wykonuje analiz porównawczych preparatów dezynfekujących oraz wyrobów myjących. Jedynie co w/w instytucja wykonuje, to świadectwa jakości zdrowotnej potwierdzające, iż dany preparat chemiczny nie stanowi zagrożenia dla życia człowieka jeżeli stosowany jest zgodnie z instrukcją załączoną przez producenta. Stosowne pismo stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

Zamawiający w dniu 2 lipca 2009 roku protest oddalił, wskazując, że w formularzach cenowych posłużył się wskazaniem przykładowych typów poszczególnych asortymentów, jednocześnie dopuszczając możliwość zaoferowania produktów równoważnych zgodnie z rozdz. I pkt 3 SIWZ. Jednocześnie Zamawiający w rozdz. I pkt 3 SIWZ określił sposób w jaki wykonawcy mają wykazać, iż oferowany przedmiot zamówienia jest równoważny z przykładowo wskazanym w treści SIWZ. Artykuł równoważny musi posiadać porównywalne (tj. takie same lub wyższe) cechy użytkowe i fizykochemiczne.

Zamawiający wskazał, że ma prawo decydować o tym jakie rozwiązania są mu faktycznie potrzebne i najbardziej przydatne, a art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jest również uprawnieniem zamawiającego. Na potwierdzenie przywołał orzecznictwo zespołu arbitrów oraz KIO.

W ocenie Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie narusza zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Czyn taki miałby miejsce gdyby zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób umożliwiający złożenie oferty tylko jednemu wykonawcy, co nie zostało wywiedzione przez Odwołującego.

Uprawnienie do żądania złożenia analiz porównawczych identyczności zaproponowanego równoważnego produktu ze wskazanym w siwz wynika z treści art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie znajduje się delegacja ustawowa do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów. Zamawiający wskazał w tym zakresie, że katalog dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego jest katalogiem otwartym, a § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów upoważnia do żądania zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący wniósł w dniu 13 lipca 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- dokonania zmiany treści SIWZ poprzez wykreślenie z arkuszy cenowych nazw własnych żądanych preparatów oraz nakazania opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą weryfikowalnych cech technicznych i jakościowych wymaganych produktów w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia, lub opisanie w wyżej wymieniony sposób kryteriów oceny (rozumianej jako porównanie) preparatów równoważnych zaproponowanych w ramach dostawy w zamian za preparaty wymienione z nazwy handlowej w SIWZ przez zamawiającego,

- dokonania zmiany treści SIWZ poprzez wykreślenie postanowień o obowiązku dostarczenia badań niezależnego laboratorium odnośnie składu chemicznego i innych właściwościach zaproponowanego produktu w porównaniu do składu chemicznego i innych właściwościach preparatów wymienionych z nazwy handlowej w SIWZ przez zamawiającego.

W dniu 30 lipca 2009 roku zamawiający złożył pismo procesowe, w którym wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp ewentualnie w przypadku nie uwzględnienia wniosku o odrzucenie wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone do protokołu rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia są dostawy środków do utrzymania czystości, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamawiający podał w formularzach cenowych, stanowiących załączniki nr 4 - 10 siwz.

W kwestionowanych przez Odwołującego pozycjach formularzy cenowych zamawiający opisał artykuły chemiczne, wskazując na ich właściwości i posługując się następującymi sformułowaniami - dla przykładu:

Poz. 2 kostka zapachowa do wc w koszyczku o przyjemnym zapachu. Waga kostki min. 40 g. Typ Domestos.

Poz. 3 mleczko do czyszczenia umywalek i urządzeń sanitarnych, nie rysujące powierzchni, o przyjemnym zapachu, nie drażniące rąk. Pojemność max. 1000 ml. Typu Cif.

Poz. 5 odświeżacz powietrza w sprayu neutralizujący nieprzyjemne zapachy o kwiatowym, owocowym lub leśnym zapachu. W opakowaniach do 300 ml. Typ Brise.

Poz. 9 pasta do pielęgnacji podłóg drewnianych i paneli samopołyskowa bez konieczności froterowania. Opakowanie do 1000 ml. Typu Pronto Super Połysk.

Poz. 10 pasta do ochrony i nabłyszczania PCV. Samopołyskowa bez konieczności polerowania, wysokowydajna. Preparat typu Sidolux.

Jednocześnie w pkt 3 rozdział I siwz, zamawiający zaznaczył, że „wskazane w opisie przedmiotu zamówienia nazwy handlowe, mają na celu określenie wymaganej klasy jakości i właściwości użytkowych zamawianych środków. Zamawiający dopuszcza materiały równoważne, o klasie jakości i właściwościach użytkowych nie gorszych od środków opisanych w formularzach cenowych nazwą handlową. W celu udokumentowania równoważności oferowanych produktów do oferty należy załączyć pisemne potwierdzenia. Powinny to być analizy porównawcze przeprowadzone przez niezależne laboratoria np. Państwowy Instytut Higieny. Udowodnienie równoważności pozostaje w gestii wykonawcy. W rozumieniu zamawiającego, artykuł równoważny musi posiadać porównywalne (tj. takie same lub wyższe) cechy użytkowe (np. skuteczność działania, wydajność) oraz cechy fizykochemiczne (np. konsystencja, zapach, skład chemiczny itp.) jak odpowiedni artykuł wymieniony w Formularzu cenowym”.

Izba ustaliła także, że termin składania ofert upłynął, zamawiający w dniu 16 lipca 2009 roku dokonał czynności otwarcia ofert. Do udziału w przedmiotowym postępowaniu przystąpiło 8 wykonawców, a odwołujący nie złożył oferty na żadną z siedmiu części zamówienia.

Z wyjaśnień złożonych przez zamawiającego wynika, że żaden z wykonawców nie zaoferował produktów równoważnych w stosunku do podanych przez zamawiającego w siwz.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp z powodu wniesienia protestu przez podmiot nieuprawniony. Do odwołania został załączony wpis do ewidencji działalności gospodarczej, który potwierdza, że pani Małgorzata W. jest uprawniona do reprezentacji odwołującego. Okoliczność nie załączenia do protestu stosownego wpisu do ewidencji działalności gospodarczej odwołującego nie uzasadnia twierdzenia zamawiającego, że ten środek ochrony prawnej został złożony przez podmiot nieuprawniony, szczególnie w świetle nie

budzącego wątpliwości faktu, że pani Małgorzata W., podpisująca protest i odwołanie prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą wpisaną do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez Wójta Gminy Wisznia Mała pod nr ew 1493 p.n. Neomed, Małgorzata W. a zatem jest uprawniona do jednoosobowej reprezentacji odwołującego. Dodatkowo, podkreślić należy, że na etapie rozstrzygnięcia protestu zamawiający nie powziął wątpliwości co do poprawności reprezentacji odwołującego i rozpatrzył merytorycznie protest, oddalając go.

Ponieważ nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania na etapie posiedzenia, Izba rozpatrzyła merytorycznie zgłoszone zarzuty i w pierwszej kolejności uznała, że odwołujący jako podmiot, zgłaszający zarzuty dotyczące naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

Odnosząc się merytorycznie do zgłoszonych zarzutów Izba zważyła:

Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia, w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał on wymagania siwz. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. Należy zgodzić się z odwołującym, że przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, który dopuszcza opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów i pochodzenia ma charakter przepisu *lex specialis* i może być stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach, po spełnieniu wymienionych w nim przesłanek - gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, co powoduje, że konkretnie wskazane produkty mają charakter przykładowy. Istotne jest to, że w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, korzystając z dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów równoważności produktów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w siwz. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem oraz stanowiskiem doktryny, wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób dokładny, przejrzysty i jasny tak, aby z jednej strony zamawiający, dokonując oceny ofert, mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaproponowanych produktów, z drugiej zaś strony aby wykonawcy, przystępujący do udziału mieli pewność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot

zamówienia. Precyzyjne określenie wymogów co do równoważności produktów pozwala prawidłowo ocenić i porównać złożone oferty. Brak podania minimalnych wymagań w zakresie równoważności produktów, przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu, stanowi naruszenie dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp i równego dostępu do zamówienia publicznego i może zniechęcać do udziału w postępowaniu podmioty zamierzające zaoferować produkty inne, niż wskazane jako referencyjne w siwz. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu, w którym, jak wynika z wyjaśnień zamawiającego, wszyscy przystępujący do udziału wykonawcy zaoferowali produkty wskazane przez zamawiającego w siwz, zaś odwołujący nie przystąpił do udziału w postępowaniu.

Izba uznała, że podane przez zamawiającego w rozdziale I pkt 3 kryteria równoważności produktów: porównywalne tzn. takie same lub lepsze cechy użytkowe (np. skuteczność działania, wydajność) oraz cechy fizyko - chemiczne (np. konsystencja, zapach, skład chemiczny itp.) są kryteriami subiektywnymi, wieloznacznymi i nieprecyzyjnymi, a zatem ocena, czy produkt spełnia wymagania zamawiającego, jest niezwykle uznaniowa a ponadto będzie, jak wyjaśnił zamawiający, dokonywana dopiero na etapie oceny ofert – gdy zamawiający wystąpi o wykonanie analiz porównawczych produktów równoważnych z referencyjnymi do niezależnego laboratorium. Działanie takie przeczy nie tylko dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, ale godzi także w podstawową zasadę systemu zamówień publicznych, jaką jest przejrzystość postępowania. Zamawiający przy formułowaniu kryteriów równoważności posłużył się pojęciami niejednoznacznymi, bliżej niedookreślonymi, pozostawiającymi dużą swobodę decyzyjną po stronie zamawiającego co do zakwalifikowania produktu jako spełniającego jego oczekiwania, co spowodowało, że podmiot zamierzający złożyć ofertę proponującą produkty równoważne nie ma pewności czy produkty te będą spełniały kryteria równoważności.

Dodatkowo należy uznać za zasadne stanowisko odwołującego co do tego, że kryteria równoważności produktów winny być określone poprzez sformułowanie katalogu zamkniętego. Podany jako otwarty katalog przesłanek równoważności produktów określony w siwz przez użycie sformułowań np. itp. powoduje, że nie wiadomo do końca jakimi jeszcze ewentualnymi, innymi kryteriami oprócz podanych w siwz, zamawiający może posłużyć się przy ocenie produktów równoważnych.

Izba nie podzieliła zarzutu odwołującego, co do braku podstaw prawnych do żądania przez zamawiającego dokumentów (opinii niezależnego laboratorium), potwierdzających równoważność produktów. Podstawę prawną do takiego żądania stanowi art. 30 ust. 5 ustawy Pzp w związku z § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze

zm.). Bezspornie z przepisów wynika, że obowiązek wykazania równoważności produktów spoczywa na wykonawcy oferującym takie rozwiązania, ale równoważność taka jest możliwa do udowodnienia wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający podał obiektywne, jasne i jednoznaczne kryteria równoważności produktów.

Wobec powyższych ustaleń Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3, art. 30 ust. 1, art. 30 ust. 4, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasługuje na uznanie.

Biorąc pod uwagę aktualny stan rozpatrywanego postępowania – upływ terminu składania i otwarcia ofert - oraz fakt, że na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe nakazanie dokonania modyfikacji treści siwz w kwestionowanym zakresie w oparciu o przepisy ustawy Pzp 9 art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, Izba uznała, że jedynym możliwym działaniem zmierzającym do sanowania stwierdzonych naruszeń przepisów prawa jest nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego dokonanych w toku przedmiotowego postępowania począwszy od ogłoszenia postępowania po czynność otwarcia ofert.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego co do braku możliwości nakazania unieważnienia postępowania z uwagi na fakt nie zgłoszenia tego żądania przez odwołującego w proteście i odwołaniu. Przepis art. 191 ust. 3 ustawy Pzp wyznacza granicę orzekania przez Izbę, wskazując jedynie na zakres zgłoszonych zarzutów, a nie żądań. W tym stanie faktycznym, żądanie nakazania unieważnienia postępowania zaktualizowało się na skutek dokonania czynności otwarcia ofert przez zamawiającego i nie mogło być zgłoszone wcześniej przez podmiot, który był zainteresowany udziałem w postępowaniu przeprowadzonym zgodnie z zasadami zamówień publicznych, a nie jego unieważnieniem.

Izba wskazuje ponadto, że przepisy prawa zamówień publicznych nie nakazują zamawiającemu zawieszenia postępowania i wstrzymania się z wykonywaniem czynności, pomimo powzięcia informacji o korzystaniu przez wykonawców ze środków ochrony prawnej na postanowienia siwz. Niemniej jednak, zamawiający dokonując dalszych czynności w postępowaniu, mimo powzięcia informacji o wniesieniu odwołania, nie decydując się na przedłużenie terminu składania ofert, podejmuje te działania na własne ryzyko i odpowiedzialność i musi brać pod uwagę ewentualną możliwość uwzględnienia odwołania i związane z tym dalsze konsekwencje.

Z uwagi na powyższe, Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 i 1 a oraz ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie wszystkich czynności dokonanych w przedmiotowym postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł oraz koszty dojazdu na rozprawę w wysokości 220 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*