

WYROK

z dnia 24 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2023 r. przez wykonawcę **Rema Tip Top Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie**

przy udziale wykonawcy **"STEULER-KCH Polska" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Rema Tip Top Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Rema Tip Top Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Rema Tip Top Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Kompleksowe odtworzenie absorberów IOS Bloku 14 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów* w podziale na części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lipca 2022 r. pod numerem 2022/S 137-392996.

W dniu 9 lutego 2023 r. wykonawca Rema Tip Top Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie części nr 1 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 i ust. 2 PZP przez wybór oferty najkorzystniejszej, pomimo iż zgodnie z jedynym kryterium Zamawiającego, jakim jest cena, to oferta Odwołującego winna zostać uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP zw. art. 101 ust. 5 PZP w zw. z art. 107 ust. 1 PZP przez odrzucenie oferty Odwołującego wobec uznania, że Odwołujący w ofercie nie wskazał na zastosowane rozwiązania równoważnego ani nie wykazał, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego i opisane parametrami równoważności w Tabeli 2 OPZ poprzez wypełnienie obowiązku pisanego w pkt. 3.1. OPZ, a uczynił to dopiero na skutek wezwania do złożenia wyjaśnień, podczas gdy Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez odwołanie się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz u t. 3 PZP, a jedynie powołał się w odniesieniu do powłoki chemoodpornej na parametry i właściwości fizykochemiczne (a nie na normy i oceny techniczne), ale tylko w odniesieniu do parametrów równoważności, a sam przedmiot zamówienia został opisany jako konkretna wykładzina gumowa poprzez zastosowanie znaku towarowego WIKABUTYL 22, a Odwołujący już w złożonej ofercie oferował Zamawiającemu produkt równoważny, jakim była wykładzina Chemoline 4B, natomiast nie był w stanie wskazać tego w Formularzu ofertowym, bowiem opracowany przez Zamawiającego wzór Formularza ofertowego uniemożliwiał umieszczenie innych, niż wskazane tam informacje, w tym uniemożliwiał powołanie się na zastosowanie wykładziny równoważnej oraz nie wykazał w Formularzu

ofertowym, że proponowane przez niego rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w OPZ, bowiem Zamawiający takich przedmiotowych środków dowodowych nie określił, ani nie wymagał ich złożenia,

3. art. 223 ust. 1 PZP przez uznanie, że Odwołujący w wyniku udzielonych wyjaśnień w jakikolwiek sposób zmienił treść złożonej oferty, w sytuacji gdy wyjaśnienia złożone przez Odwołującego stanowiły jedynie uszczegółowienie oświadczenia woli Odwołującego zawartego w ofercie, które zostało sformułowane w sposób jaki wynikał bezpośrednio z treści przygotowanego przez Zamawiającego wzoru Formularza ofertowego,

4. art. 16 PZP przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz powtórzenia czynności oceny i badania ofert z udziałem oferty Odwołującego i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca "STEULER-KCH Polska" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, dalej również „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 17 lutego 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, także wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Odwołującego, wyjaśnień Odwołującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 lutego 2023 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na kompleksowym odtworzeniu absorberów IOS Bloku 14 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów. Szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia stanowi Załącznik Nr 1a i 1b do specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie Części: Część 1 – Wykładzina chemoodporna – Szczegółowy Opis przedmiotu Zamówienia stanowi Załącznik nr 1a do SWZ. Część 2 – Technologia – Szczegółowy Opis przedmiotu Zamówienia stanowi Załącznik nr 1b do SWZ.

Zgodnie z pkt 3.1. OPZ w zakres zadania Wykonawcy wchodzić będzie:

3.1. Wymiana wykładziny chemoodpornej absorbera:

a. wymiana wykładziny chemoodpornej powierzchni wewnętrznej absorbera (wraz z belkami) na wykładzinę gumową - WIKABUTYL 22 lub równoważną (obecny system: 2 x 4 mm – guma WIKABUTYL 22) (...)

UWAGA do punktów 3.1 do 3.5:

Jeżeli w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia użyto nazwy producenta urządzeń lub materiałów przewidzianych do zastosowania przy realizacji Zamówienia albo powołano się na normy, wówczas Zamawiający dopuszcza zastosowania równoważnych (tzn. o parametrach nie gorszych niż zostały wskazane w dokumentach przez Zamawiającego) urządzeń innych producentów lub zastosowanie równoważnych norm umożliwiających sprawne i bezpieczne działanie modernizowanych instalacji i urządzeń oraz ich odbiór przez Urząd Dozoru Technicznego. Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne, opisane w OPZ za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne, jest obowiązany wykazać w Formularzu ofertowym, że oferowane przez niego dostawy/usługi/ roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w OPZ.

Zgodnie z pkt 2.3 SWZ Zainteresowani Wykonawcy składają Oferty zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Stosownie do pkt 2.10 SWZ Wykonawcy zobowiązani są zapoznać się dokładnie z informacjami zawartymi w SWZ i przygotować ofertę zgodnie z określonymi w niej wymaganiami.

Jak stanowi pkt 3.3 SWZ *Jeżeli w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia powołano się na normy, oceny techniczne, specyfikacje techniczne i systemy referencji technicznych, o*

których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 Ustawy PZP, wówczas Zamawiający dopuszcza zastosowanie rozwiązań równoważnych do opisanych w tych uregulowaniach.

Zgodnie z pkt 16.1 – 16.7 SWZ:

16.1. Oferta powinna być przygotowana zgodnie z Ustawą PZP oraz wymogami zawartymi w SWZ. Treść oferty musi odpowiadać treści SWZ.

16.2. Ofertę wraz z załącznikami należy sporządzić w języku polskim.

16.3. Wykonawca może złożyć tylko jedną Ofertę.

16.4. Ofertę sporządza się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym Podpisem elektronicznym.

16.5. Wykonawca składa ofertę za pośrednictwem Formularza do złożenia oferty dostępnego w Systemie Zakupowym GK PGE.

16.6. Na zawartość oferty składa się: wypełniony za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE Formularz ofertowy, którym Wykonawca określi m.in. Cenę netto i brutto Oferty (cenę za wykonanie Przedmiotu zamówienia) w PLN – podpisany przez osoby upoważnione do podejmowania czynności prawnych, w tym do zaciągania zobowiązań skutkujących finansowo w imieniu i na rzecz Wykonawcy.

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert w zakresie części nr 1 wpłynęły trzy oferty, w tym oferta Odwołującego. Odwołujący w złożonej ofercie nie powołał się na rozwiązania równoważne.

Pismem z dnia 13 października 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie zaoferowanej wykładziny chemoodpornej powierzchni wewnętrznej absorbera, wskazując, że zgodnie z pkt. 3.1. lit. a Załącznika nr 1a do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia „Wykładzina chemoodporna”, Zamawiający wymaga wymiany wykładziny chemoodpornej powierzchni wewnętrznej absorbera (wraz z belkami) na wykładzinę gumową - WIKABUTYL 22 lub równoważną. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne, był obowiązany wykazać w Formularzu ofertowym, że oferowane przez niego dostawy/usługi/roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w OPZ. Wykonawca w złożonej ofercie nie powołał się na rozwiązania równoważne, wobec czego Zamawiający stwierdza, że złożona oferta dotyczy produktu referencyjnego. W związku z powzięciem przez Zamawiającego informacji o niedostępności na rynku wykładziny WIKABUTYL 22 oraz w celu dochowania należytej staranności, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej Oferty poprzez

poinformowanie Zamawiającego, czy faktycznie oferowana przez Państwa wykładzina gumowa to produkt referencyjny, czyli wykładzina WIKABUTYL 22.

Odwołujący pismem z dnia 18 października 2022 r. wskazał, że W pkt. 4 Formularza Ofertowego „Formularz POST GEK CSS IZE ELB 04202 2022” zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do wykonania zamówienia na warunkach w nim określonych, w tym pkt. 4.2 „Opisu Przedmiotu Zamówienia Odtworzenie kompleksowe absorberów IOS blok nr 14 — wykładzina chemoodporna w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów,, gdzie są przytoczone parametry techniczne jakie ma spełniać zaaplikowana na powierzchni wewnętrznej absorbera wykładzina. Akceptacja tego punktu jest jednoznaczna z oświadczeniem / potwierdzeniem lub wręcz z udowodnieniem, że zastosowany przez ewentualnego wykonawcę materiał (w tym materiał równoważny) te warunki będzie spełniał. Specyfikacje techniczne materiałów REMA TIP TOP typu Chemoline są ogólnie dostępne na stronie internetowej producenta. Natomiast wykładziny Chemoline 4B i Chemoline 4CN były wielokrotnie stosowane na obiektach IOS w PGE GiEK S.A. Oddział El. Bełchatów (bloki 1 — 2, 5, 8, 9, 1 1 oraz 6 (aktualnie w gumowaniu).

Pismem z dnia 31 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 zamówienia i wskazała, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że Zgodnie z pkt. 3.1. lit. a Załącznika nr 1a do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia „Wykładzina chemoodporna”, Zamawiający wymagał wymiany wykładziny chemoodpornej powierzchni wewnętrznej absorbera (wraz z belkami) na wykładzinę gumową - WIKABUTYL 22 lub równoważną. Wykonawca, który powoływał się na rozwiązania równoważne, był obowiązany wykazać w Formularzu ofertowym, że oferowane przez niego dostawy/usługi/roboty budowlane spełniają wymagania kreślone przez Zamawiającego w OPZ. Wykonawca w złożonej ofercie nie powołał się na rozwiązania równoważne, wobec czego Zamawiający stwierdził, że złożona oferta dotyczy produktu referencyjnego. W związku z powzięciem przez Zamawiającego informacji o niedostępności na rynku wykładziny WIKABUTYL 22 oraz w celu dochowania należytej staranności, Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej Oferty poprzez poinformowanie Zamawiającego, czy faktycznie oferowana przez Wykonawcę wykładzina gumowa to produkt referencyjny, czyli wykładzina WIKABUTYL 22.

W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca REMA TIP TOP SERVICE Sp. z o.o. powołał się na zastosowanie rozwiązania równoważnego informując, że oferuje materiały techniczne typu Chemoline.

Zgodnie z art. 101 ust. 5 Ustawy PZP, Zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, pod warunkiem, że wykonawca udowodni ofercie w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Wykonawca w ofercie nie wskazał na zastosowanie produktu równoważnego ani nie wykazał, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego i opisane parametrami równoważności w Tabeli 2 Załącznika nr 1a do SWZ, poprzez wypełnienie obowiązku opisanego w pkt. 3.1. OPZ, uczynił to dopiero na skutek wezwania do złożenia wyjaśnień. Art. 223 ust. 1 Ustawy PZP dopuszcza w toku badania i oceny ofert żądanie od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, nie dopuszcza jednak dokonywania jakichkolwiek zmian w treści ofert (z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 i art. 187 Ustawy PZP).

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte zarówno w SWZ, jak i OPZ. Podkreślał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP nie dlatego, że zaoferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w OPZ, a tylko dlatego, że Odwołujący nie wskazał w Formularzu ofertowym, iż oferuje rozwiązanie równoważne i nie wykazał, że rozwiązanie to

spełnia wymagania Zamawiającego, a Odwołujący uczynił to dopiero na etapie złożenia wyjaśnień. Odwołujący stwierdzał, że niewątpliwie nie zaoferował Zamawiającemu rozwiązania niezgodnego z warunkami Zamawiającego, w szczególności gdy oferowane materiały techniczne typu Chemoline spełniają wymagania Zamawiającego oraz zostały dopuszczone przez Zamawiającego jako produkt równoważny według OPZ. Odwołujący stwierdzał również, że nie wskazał w Formularzu ofertowym, że oferuje zastosowanie wykładziny Chemoline 4B, bowiem tak opracowany przez Zamawiającego wzór Formularza ofertowego wręcz uniemożliwił umieszczenie innych, niż wskazane tam informacje w tym uniemożliwił powołanie się na zastosowanie wykładziny równoważnej.

Izba uznała, że z powyższym nie sposób się zgodzić.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Treść warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Ponadto, uwzględniając art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnianiem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jediną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy

zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, że Odwołujący nie wskazał w ofercie, że oferuje rozwiązanie równoważne. Natomiast zgodnie z wymogami Zamawiającego wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne obowiązany był wykazać, że oferowane przez niego usługi/dostawy/roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego w OPZ, tj. że oferowany materiał spełnia wymogi równoważności, określone przez Zamawiającego. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w pkt 3 w UWAGACH OPZ wskazał, że *Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne, jest obowiązany wykazać w Formularzu ofertowym, że oferowane przez niego dostawy/usługi/ roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w OPZ.* Żaden z wykonawców powyższych założeń nie kwestionował w drodze środków ochrony prawnej wobec treści specyfikacji warunków zamówienia, również nie wpłynęły do Zamawiającego zapytania w odniesieniu do powyższego wymogu.

Izba uznała, że Odwołujący nie zadośćuczynił powyższemu obowiązkowi i dopiero na etapie składania wyjaśnień potwierdził, że oferuje produkt równoważny. Skoro Odwołujący na etapie składania oferty nie wskazał na oferowanie rozwiązania równoważnego, Zamawiający był uprawniony do przyjęcia, że wykonawca oferuje rozwiązanie wskazane jako podstawowe, tj. oferowanie wykładziny WIKABUTYL 22. Dopiero w wyniku wezwania do udzielenia wyjaśnień, Odwołujący potwierdził, że oferuje rozwiązanie równoważne.

Nie budziło wątpliwości Izby, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia każdy wykonawca decydując się na zaoferowanie rozwiązań równoważnych do wskazanych w OPZ, winien był wraz z ofertą wykazać, że spełniają one wymogi Zamawiającego w zakresie wymaganych parametrów równoważności. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący powyższego nie uczynił. Izba dostrzega niefortunne sformułowanie Zamawiającego dot. przedstawienia rozwiązań równoważnych w *Formularzu ofertowym*, niemniej nic nie stało na przeszkodzie, aby załączyć dodatkowy dokument wskazujący na produkt równoważny i wykazujący tę równoważność. Jak słusznie zauważył Zamawiający, o ile sam Formularz ofertowy nie zawierał rozwijalnych pozycji dodatkowych, to jednak funkcjonalność systemu, za pośrednictwem którego składane są oferty w pełni umożliwiała dodanie przez wykonawców załączników do oferty. Z tej możliwości skorzystał Przystępujący, który jako jedyny, zgodnie z wymogami SWZ wskazał na oferowanie rozwiązania równoważnego i załączył dowody, wykazujące spełnienie przez oferowany produkt wymagań Zamawiającego. Odwołujący korzystając z systemu

zakupowego był w stanie załączyć do oferty załączniki, zatem był w stanie również załączyć dowody celem wykazania równoważności.

W tym kontekście wskazać należy na orzeczenie TSUE z dnia 12 lipca 2018 r., C-14/17, choć zapadłe na kanwie poprzedniej dyrektywy, w którym stwierdzono, iż zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości, które są ustanowione w art. 10 dyrektywy, wymagają między innymi, aby oferenci byli traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą, i że owe zasada i obowiązek stanowią podwalinę norm Unii odnoszących się do postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych.

Izba przyznała także rację Zamawiającemu, że twierdzenia Odwołującego wskazujące na złożenie przez niego oświadczenia o akceptacji SWZ, zobowiązania do realizacji zamówienia na warunkach w nim określonych oraz konieczności utożsamiania powyższych z udowodnieniem, że zastosowany materiał (w tym równoważny) będzie spełniał warunki Zamawiającego są chybione. Należy stwierdzić, że w niniejszym stanie faktycznym niewystarczające było złożenie ogólnej deklaracji o zgodności oferty z wymogami SWZ, a niezbędna była konkretyzacja złożonego oświadczenia poprzez wskazanie i wykazanie równoważności oferowanego rozwiązania.

Równocześnie Izba zauważa, że wyjaśnienia Odwołującego zmieniały istotne oświadczenie wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia, a ich przyjęcie prowadziło do zmiany treści oferty, czego zakazuje art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta co do jej istotnych elementów musi być skonkretyzowana w dacie jej składania i nie można później dowolnie modyfikować jej treści. Podkreślić również należy, że wykonawcę, jako profesjonalistę, obowiązuje podwyższony miernik staranności, nie może on zatem zmieniać oferty po upływie terminu na jej złożenie.

Podsumowując, odrzucenie oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia, należy uznać za prawidłowe.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne stwierdzając, iż zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a postępowanie prowadzone jest z zachowaniem zasad wynikających z przepisu art. 16 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: