

**WYROK**

**z dnia 6 maja 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Luiza Łamejko

**Członkowie:** Izabela Kuciak

Emil Kuriata

**Protokolant:** Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Hydrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o., Poznań, ul. Unii Lubelskiej 3 i SEEN Technologie Sp. z o.o., Warszawa, ul. Siennicka 29** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Kłaj, Kłaj 655** protestu z dnia 2 kwietnia 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Konsorcjum firm: Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Hydrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o., Poznań, ul. Unii Lubelskiej 3 i SEEN Technologie Sp. z o.o., Warszawa, ul. Siennicka 29 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 **Konsorcjum firm: Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Hydrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o., Poznań, ul. Unii Lubelskiej 3 i SEEN Technologie Sp. z o.o., Warszawa, ul. Siennicka 29,**

3) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Hydrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o., Poznań, ul. Unii Lubelskiej 3 i SEEN Technologie Sp. z o.o., Warszawa, ul. Siennicka 29.**

## Uzasadnienie

Zamawiający tj. Gmina Kłaj prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę oczyszczalni ścieków (Szarów) w miejscowości Targowisko. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 stycznia 2009 r. pod numerem 1264-2009.

W dniu 26 marca 2009 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum firm: Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Hydrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o. i SEEN Technologie Sp. z o.o. zwane dalej Odwołującym o odrzuceniu oferty ww. Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp. Zamawiający zwrócił uwagę, iż na stronach 88 - 92 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych określono, iż „urządzenia technologiczne wymienione w pkt 2.2 ze względu na wagę i skomplikowanie instalacji powinny być zakupione od producentów, których wskazano w dokumentacji”. Zamawiający dopuścił również zastosowanie urządzeń innych producentów, jeżeli:

- a) wykonawca wykaże w ofercie, że oferowany przez niego produkt jest równoważny do wymienionego w projekcie budowlanym to znaczy posiada identyczne parametry pracy i posiada identyczne lub lepsze efekty pracy i posiada identyczne lub lepsze wykonanie materiałowe i
- b) wykonawca wykaże w ofercie, że zastosowanie oferowanego produktu jest dla Zamawiającego korzystne między innymi ze względów energetycznych i
- c) wykonawca zagwarantuje w ofercie osiągnięcie przez Zamawiającego zamierzonego efektu inwestycyjnego i ekologicznego, tzn. Wykonawca dołączy do oferty oświadczenia osoby dokonującej doboru urządzeń zamiennych, posiadającej uprawnienia do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych ze specjalnością oczyszczanie ścieków, że oświadcza ona, iż dobrane urządzenia zamienne są równoważne do wymienionych w projekcie budowlanym i gwarantują osiągnięcie przez Zamawiającego zamierzonego efektu inwestycyjnego i ekologicznego.

Zamawiający zwrócił również uwagę na treść pkt 2.1 i 2.2, gdzie wskazano odpowiednio na urządzenia technologiczne w technologii „Schwander” i linię odwadniania i higienizacji osadu, którego producentem jest EKO-Euroc Sp. z o.o. wraz z MONTECH Sp. z o.o.

Zamawiający badając ofertę Odwołującego stwierdził, iż Wykonawca ten nie wskazał, iż oferowane przez niego urządzenia będą urządzeniami zamiennymi tj. urządzeniami innych

producentów, nie załączył też do oferty oświadczeń, o których mowa w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający wskazał też, że w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego z dnia 2 marca 2009 r. Odwołujący w piśmie z dnia 4 marca 2009 r. oświadczył, iż zastosował inne urządzenia niż wymienione w projekcie budowlanym i złożonej ofercie. Oświadczył też, że zaoferowane przez niego urządzenia będą urządzeniami równoważnymi.

Z uwagi na powyższe Zamawiający uznał, że złożona przez Odwołującego oferta nie odpowiada treści Specyfikacji w zakresie, w jakim zobowiązywała Wykonawcę, w przypadku zastosowania urządzeń zamiennych, do wykazania, że oferowany produkt jest równoważny do wskazanego w Specyfikacji. Z uwagi na brak stosownych oświadczeń, złożona przez Odwołującego oferta, zdaniem Zamawiającego, jednoznacznie wskazuje na zastosowanie urządzeń tożsamyh do opisanych w projekcie budowlanym i specyfikacji technicznej, ale udzielona przez Odwołującego odpowiedź wskazuje na zastosowanie urządzeń równoważnych, co stanowi sprzeczność w stosunku do oferty. Wobec powyższego, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał w ofercie, że zastosowane przez niego urządzenia równoważne spełniają wymogi zamówienia. Ja stwierdził Zamawiający, oświadczenie Odwołującego zawarte w odpowiedzi na wyjaśnienia, iż oferowane urządzenia równoważne spełniają wymagane normy nie zwalniało Odwołującego od obowiązku dołączenia wymaganych dokumentów.

Wobec ww. decyzji Zamawiającego Odwołujący wniósł w dniu 2 kwietnia 2009 r. protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 92 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego Zamawiający ma obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do składania ofert. Wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił takie dokumenty i oświadczenia w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część 9, Instalacje i Urządzenia Technologiczne.

Zdaniem Odwołującego, dokumenty opisane powyżej można zaliczyć do kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak stwierdził Odwołujący, wobec faktu zaniechania przez Zamawiającego tego obowiązku, brak jest podstaw by twierdzić, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Odwołującego, do takich wniosków Zamawiający będzie mógł ewentualnie dojść jedynie wtedy, gdy wezwie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, wykonawca dokumenty te uzupełni, a ich treść

będzie prowadziła to takich konkluzji. W obecnym stanie rzeczy podjęte przez Zamawiającego wnioski oraz dokonane na ich podstawie czynności są, w ocenie Odwołującego, prawnie nieuzasadnione.

Odwołujący wywiódł także, że Zamawiający zaniechał czynności, o których mowa w art. 92 ustawy Pzp – w dniu 26 marca 2009 r. przekazał Odwołującemu jedynie informację o odrzuceniu jego oferty, co uniemożliwiło Odwołującemu skorzystanie z dyspozycji art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, tj. oprotestowanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Z uwagi na to, że Zamawiający nie dokonał takiego wyboru, protest na tę czynność zostanie, zgodnie z deklaracją Odwołującego, złożony w późniejszym terminie.

Odwołujący wniósł o uznanie za nieważną czynność odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, powtórzenie czynności oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego.

Do protestu Odwołujący załączył pismo SEEN Technologie Sp. z o.o. z dnia 30 marca 2009 r. skierowane do Zamawiającego, w którym Wykonawca zaprotestował przeciwko uznaniu oferty Odwołującego za niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca stwierdził w ww. piśmie, iż Odwołujący złożył ofertę na dostawę technologii firmy Schwander wraz z wyposażeniem technologicznym odpowiadającym parametrom technicznym wymienionym w punkcie 2.1 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część 9. Wskazał, iż Zamawiający nie zawarł ani ww. punkcie Specyfikacji, ani w odpowiedziach udzielonych Wykonawcom na etapie przygotowania ofert, wymogu dotyczącego konieczności dołączenia jakichkolwiek oświadczeń i dokumentów dotyczących dostawy urządzeń równoważnych do urządzeń technologicznych Schwander. Podkreślił, iż firma PPHU Schwander Polska Ignacy Ślędz, Stanisław Malinowski jest dostawcą technologii, a nie producentem urządzeń, stąd nie jest możliwe dostarczenie urządzeń firmy Schwander, za wyjątkiem orurowania wewnętrznego zbiorników wraz z dekanterami i szaf sterowniczych, jako elementów charakterystycznych wyłącznie dla technologii Schwander, nie jest możliwe dostarczenie również dokumentów potwierdzających równoważność innych producentów do urządzeń Schwander. Wykonawca oświadczył, iż zaoferowane przez Odwołującego urządzenia technologiczne wymienione w punkcie 2.1 oraz w piśmie firmy SEEN Technologie Sp. z o.o. z dnia 4 marca 2009 r. spełniają parametry techniczne zawarte w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz projekcie budowlanym.

Wykonawca podniósł, iż wymóg załączenia do oferty dokumentów i oświadczeń potwierdzających zastosowanie urządzeń innych producentów o parametrach równoważnych lub lepszych do wymienionych w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i projekcie budowlanym został zawarty w punkcie 2.2 Specyfikacji Technicznej

Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część 9 i odnosi się do wyposażenia technologicznego wymienionego w punkcie 2.2. Zwrócił uwagę, iż Odwołujący uwzględnił w swojej ofercie dostawę urządzeń technologicznych wymienionych w punkcie 2.2, Części 9 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych o parametrach technicznych wyspecyfikowanych w projekcie budowlanym oraz Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, co wyklucza konieczność załączania dodatkowych dokumentów do oferty.

Wykonawca SEEN Technologie Sp. z o.o. zwrócił również uwagę, że w pkt 2 pisma z dnia 4 marca 2009 r. potwierdził zastosowanie linii odwadniania i higienizacji z projektem budowlanym i Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, w związku z czym nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, iż w ww. piśmie Odwołujący wykazał, że zastosował inne urządzenia niż wymienione w projekcie budowlanym i złożonej ofercie.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 14 kwietnia 2009 r. informując Odwołującego, iż:

- odrzuca żądanie protestu w zakresie uznania za nieważną czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie, w jakim podstawą żądania jest art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- uwzględnia żądanie w zakresie uznania za nieważną czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie, w jakim podstawą żądania jest art. 92 ust. 1 ustawy Pzp,
- uwzględnia żądanie powtórzenia czynności oceny ofert,
- uwzględnia żądanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego.

Zamawiający wyjaśnił, iż odrzucenie oferty Odwołującego nie nastąpiło w związku z nie złożeniem dokumentów czy oświadczeń wymaganych na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a na podstawie złożenia oferty niezgodnej z treścią Specyfikacji przez nie wykazanie, iż zastosowane produkty równoważne spełniają warunki zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, nie ma w tym przypadku zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 20 kwietnia 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu jak w proteście i podtrzymując argumentację w nim przedstawioną. Odwołujący wniósł o uznanie za nieważną czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu

powtórzenia czynności i wypełnienia obowiązków wynikających z przepisów art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska. Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający nie określił w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sposobu, w jaki wykonawca zobowiązany jest wykazać równoważność urządzeń, nie przewidział także na to miejsca w przygotowanych formularzach. Odwołujący oświadczył, iż urządzenia wycenione w pozycjach 103 i 104 kosztorysu są urządzeniami równoważnymi do urządzeń opisanych w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, natomiast urządzenia wycenione w pozycji 105 kosztorysu są urządzeniami, które opisał Zamawiający w pkt 2.2 Specyfikacji (strona 90-92). Odwołujący stwierdził, iż oświadczenie zawarte w pkt 2 pisma z dnia 5 marca 2009 r. nie dotyczy urządzeń zawartych w pozycji 105 kosztorysu i stanowi omyłkę. Zwrócił uwagę, iż urządzeń wycenionych w pozycji 103 i 104 nie dotyczy obowiązek dołączania dokumentów świadczących o ich równoważności do urządzeń opisanych w Specyfikacji, ponieważ mieszczą się one wśród urządzeń opisanych w pkt 2.1 Specyfikacji (strona 89 i 90), natomiast wymóg wykazania równoważności dotyczy tylko urządzeń, o których mowa w pkt 2.2 Specyfikacji.

Zamawiający przyznał, iż z kosztorysu nie wynika fakt, że zaoferowane urządzenia są urządzeniami równoważnymi do opisanych w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Stwierdził, iż przed wyjaśnieniami udzielonymi przez Odwołującego w dniu 5 marca 2009 r. trwał w przekonaniu, iż Odwołujący zaoferował urządzenia w pełni zgodne z opisanymi w Specyfikacji. I dopiero na skutek pisma z dnia 5 marca 2009 r. powziął informację o zaoferowaniu urządzeń równoważnych do opisanych w Specyfikacji w pozycjach 103, 104 i 105 kosztorysu. Zdaniem Zamawiającego, wymóg potwierdzenia równoważności dotyczył urządzeń opisanych we wszystkich trzech wskazanych wyżej pozycjach kosztorysu. Zamawiający oświadczył również, iż jego zdaniem urządzenia wycenione w pozycjach 103 i 104 kosztorysu to urządzenia opisane w pkt 2.1 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część 9, natomiast urządzenia wycenione w pozycji 105 kosztorysu to urządzenia opisane w pkt 2.2 Specyfikacji.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Wartość przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 6 733 237 zł, co stanowi równowartość 1 736 668,39 euro.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 5 Wykonawców. Jeden Wykonawca został wykluczony z udziału w postępowaniu, oferty dwóch Wykonawców zostały odrzucone. Ranking wszystkich złożonych w postępowaniu ofert pod względem zaoferowanych cen przedstawia się następująco:

- INSTAL KRAKÓW S.A. – 5 951 784,79 zł.,
- Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji PROINWEST – 6 092 680 zł.,
- Konsorcjum firm: Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Hydrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o. i SEEN Technologie Sp. z o.o. – 6 686 734,89 zł.,
- WIKAR Przedsiębiorstwo Budowlano – Transportowe Sp. z o.o. – 6 725 406,41 zł.,
- WOLIMEX Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe Eugeniusz Wojak – 7 328 416,83 zł.

Kryterium oceny ofert jest cena (100%).

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawniający do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający skorzystał z uprawnienia przysługującego mu na mocy art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, tj. użył nazw producentów poszczególnych urządzeń, wskazując przy tym, iż dopuszcza produkty równoważne. Na stronie 92 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część 9 Zamawiający zaznaczył, iż urządzenia technologiczne opisane w pkt 2.2 Specyfikacji (tj. pompownia I-go stopnia – pompy zatapialne, zbiornik retencyjny z pompownią II-go stopnia, mieszadło zanurzalne, budynek energetyczny i mechanicznego oczyszczania ścieków ciąg zlewczy, sitopiaskownik w zabudowie kontenerowej instalacji w budynku, linia odwadniania i higienizacji osadu), ze względu na wagę i skomplikowanie instalacji powinny być zakupione od producentów określonych przez Zamawiającego. Jednocześnie wskazał, iż dopuszcza zaoferowanie urządzeń innych producentów. Zamawiający wymagał, aby oferując urządzenia innych producentów Wykonawca:



- wykazał w ofercie, że oferowany przez niego produkt jest równoważny do wymienionego w projekcie budowlanym to znaczy posiada identyczne parametry pracy i posiada identyczne lub lepsze efekty pracy i posiada identyczne lub lepsze wykonanie materiałowe i
- wykazał w ofercie, że zastosowanie oferowanego produktu jest dla Zamawiającego korzystne między innymi ze względów energetycznych i
- zagwarantował w ofercie osiągnięcie przez Zamawiającego zamierzonego efektu inwestycyjnego i ekologicznego, tzn. aby Wykonawca dołączył do oferty oświadczenia osoby dokonującej doboru urządzeń zamiennych, posiadającej uprawnienia do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych ze specjalnością oczyszczanie ścieków, że oświadcza ona, iż dobrane urządzenia zamienne są równoważne do wymienionych w projekcie budowlanym i gwarantują osiągnięcie przez Zamawiającego zamierzonego efektu inwestycyjnego i ekologicznego,
- wykonał w ramach kontraktu projekty branżowe wykonawcze niezbędne do montażu urządzeń zamiennych.

Powyższe wymogi Zamawiającego są w pełni zgodne z ustawą Pzp, która w art. 30 ust. 5 na wykonawcę oferującego rozwiązanie równoważne opisywanym przez zamawiającego nakłada obowiązek wykazania, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

W niniejszej sprawie bezsporne jest między stronami, iż Odwołujący w żadnym miejscu złożonej oferty nie złożył oświadczenia, iż zaoferowane przez niego produkty są urządzeniami równoważnymi do opisanych w Specyfikacji. Brak takiego oświadczenia, a także spełnienia opisanych powyżej wymogów Zamawiającego określonych na wypadek zaoferowania urządzeń równoważnych, mógł prowadzić tylko do jednego wniosku – iż wszystkie oferowane urządzenia są urządzeniami opisanymi w Specyfikacji. Nie znajduje przy tym uzasadnienia argumentacja Odwołującego, który stwierdził, iż w przygotowanych formularzach brak było miejsca na tego typu oświadczenia. Z uwagi na opisane powyżej wymogi, Wykonawca powinien był w sytuacji, gdy zaoferował urządzenia równoważne opisywanym, dopełnić obowiązku wynikającego z treści Specyfikacji i załączyć stosowne dokumenty. Tymczasem dopiero na skutek pisma Odwołującego z dnia 5 marca 2009 r. Zamawiający powziął wiadomość o zaoferowaniu przez Odwołującego nie urządzeń, o których mowa w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, a urządzeń do nich równoważnych. W piśmie tym Odwołujący złożył jednoznaczne, nie budzące wątpliwości oświadczenie, iż „w pozycjach kosztorysowych, których wyjaśnienia domaga się Zamawiający, zaoferowane zostały urządzenia technologiczne równoważne urządzeniom przewidzianym w dokumentacji projektowej”. Pozycje, których dotyczyło pismo

Zamawiającego z dnia 2 marca 2009 r. to pozycje nr 103, 104 i 105 kosztorysu ofertowego (strona 201 oferty Odwołującego).

Na rozprawie strony zgodnie oświadczyły, iż w pozycji 103 i 104 kosztorysu zostały wycenione urządzenia opisane przez Zamawiającego w pkt 2.1 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część 9, natomiast w pozycji 105 wycenione zostały urządzenia, co do których wymogi zawarto w pkt 2.2 Specyfikacji. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że z uwagi na fakt, iż wymóg potwierdzenia równoważności dotyczy wyłącznie urządzeń opisanych w pkt 2.2 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część 9 (strona 92), nie dotyczy on urządzeń wycenionych w pozycji 103 i 104 kosztorysu. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż zasadne byłoby rozszerzenie ww. wymogu na wszystkie urządzenia będące przedmiotem zamówienia, jednakże Zamawiający nie może wymagać od Wykonawcy więcej, niż to określił w dokumentacji przetargowej. Jednocześnie Izba stwierdziła, iż uprawnione jest żądanie przez Zamawiającego wykazania równoważności urządzeń zaoferowanych w pozycji 105 kosztorysu do urządzeń opisanych w pkt 2.2 Specyfikacji. Należy zwrócić w tym miejscu uwagę na rozbieżne stanowiska Odwołującego w zakresie urządzeń zaoferowanych w tej pozycji – oświadczenie Odwołującego z dnia 5 marca 2009 r. dotyczyło wszystkich pozycji, o które pytał Zamawiający, tj. również pozycji 105 kosztorysu, natomiast na rozprawie Odwołujący oświadczył, iż urządzenia tam zaoferowane są urządzeniami opisanymi w Specyfikacji, a oświadczenie złożone w piśmie z dnia 5 marca 2009 r. w zakresie pozycji 105 kosztorysu stanowi omyłkę. Na rozprawie Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie któregośkolwiek z ww. twierdzeń. Z uwagi na fakt, iż przedmiotem protestu i odwołania jest czynność odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego, ocena prawidłowości jej dokonania odbywać się musi według stanu faktycznego na dzień jej dokonania. Wobec powyższego, z uwagi na złożone w piśmie z dnia 5 marca 2009 r. oświadczenie Odwołującego, za uprawnione Izba uznała stanowisko Zamawiającego o konieczności wykazania w ofercie w zakresie urządzeń wycenionych w pozycji 105 kosztorysu równoważności oferowanych urządzeń do urządzeń opisanych w Specyfikacji.

Zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może mieć miejsca w niniejszym stanie faktycznym. Uzupelnienie dokumentów w zakresie równoważności urządzeń, z uwagi na brak w ofercie Odwołującego jakichkolwiek stwierdzeń dotyczących równoważności oferowanych urządzeń z urządzeniami opisanymi w Specyfikacji, który stanowił jednoznaczny przekaz wypływający z oferty, iż wszystkie urządzenia zaoferowane są urządzeniami, o których mowa w Specyfikacji, stanowiłoby niedozwoloną zmianę oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp).

Jednocześnie Izba nie odniosła się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż zarzut ten został przez Zamawiającego uwzględniony w rozstrzygnięciu protestu.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....