

Sygn. akt: KIO 545 /11

## WYROK

z dnia 28 marca 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 28 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 marca 2011 r. przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjne, Usługowe i Handlowe "E&S" Sp. z o.o., 83-332 Borowo, ul. Długa 23** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Starostwo Powiatowe w Elblągu, 82-300 Elbląg, ul. Saperów 14A.**

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Starostwo Powiatowe w Elblągu, 82-300 Elbląg, ul. Saperów 14A** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjne, Usługowe i Handlowe "E&S" Sp. z o.o., 83-332 Borowo, ul. Długa 23**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Starostwo Powiatowe w Elblągu, 82-300 Elbląg,**

**ul. Saperów 14A** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjne, Usługowe i Handlowe "E&S" Sp. z o.o., 83-332 Borowo, ul. Długa 23** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

**Przewodniczący:**

.....

**KIO 545/11**

### **UZASADNIENIE**

Powiat Elbląski ul. Saperów 14a 82-300 Elbląg zwany dalej „Zamawiającym” działając na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie instalacji solarnej w Zakładzie Aktywności Zawodowej w Kamionku Wielkim, Młodzieżowym Ośrodku Wychowawczym w Kamionku Wielkim, Domu Pomocy Społecznej w Tolkmicku, Domu Pomocy Społecznej „Krokus” we Władysławowie, Domu Pomocy Społecznej w Rangórach oraz w Zespole Szkół Ekonomicznych i Technicznych w Pasłęku w ramach projektu pt. „Zmniejszenie zużycia energii poprzez budowę kolektorów słonecznych w całorocznych obiektach użyteczności publicznej powiatu elbląskiego” w ramach Osi Priorytetowej 6 - „Środowisko przyrodnicze”, Działanie 6.2 - Ochrona środowiska przed zanieczyszczeniami i zniszczeniami”, Poddziałanie 6.2.1 - „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii” Regionalnego Programu Operacyjnego Warmia i Mazury na lata 2007-2013.

W dniu 8 marca Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm w składzie PPHU „Kompakt” z Elbląga oraz Instalacje Sanitarne i Grzewcze W. Markowski z Kartuz. Z przesłanej informacji wynikało ponadto, że w postępowaniu złożono 8 ofert z czego 7 ofert zostało przez Zamawiającego odrzucone.

Od takiej decyzji Zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjne, Usługowe i Handlowe „E&S” sp. z o.o., 83-332 Borowo, ul. Długa 23 zwany dalej „Odwołującym”

Odwołanie zostało wniesione na czynność odrzucenia jego oferty. Oferta wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z powodu jej niezgodności z wymogami siwz, które polegać miały na zaproponowaniu zastosowania materiałów równoważnych - kolektorów firmy GREENomeTEC Solarindustries Austria typ FK8230, przy czym obudowa solarna zaproponowanych kolektorów słonecznych jest wykonana z aluminium zabezpieczonego antykorozyjnie.

Odwołujący zgłosił zarzuty dotyczące:

- naruszenia art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy pzp poprzez jego zastosowanie, pomimo braku przesłanek w tym zakresie
- naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych oraz nierównego traktowania wykonawców a w szczególności przepisów art. 7 ustawy pzp
- wyboru oferty nie spełniającej wymogów opisanych w siwz przez Zamawiającego

Wnosząc powyższe zarzuty wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy oraz czynności wyboru oferty wygrywającej i nakazanie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutów podniósł, że oferta Wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z powodu jej niezgodności z wymogami siwz, która polegać miała na zaproponowaniu zastosowania materiałów równoważnych – dla kolektorów firmy GREENomeTEC Solarindustries Austra typ FK8230. Obudowa solarna zaproponowanych kolektorów słonecznych jest wykonana z aluminium zabezpieczonego antykorozyjnie. Twierdzi, że jego oferta w zakresie obudowy kolektorów solarnych odpowiada treści SIWZ, wynika to z faktu, że obudowa kolektorów słonecznych nie ma znaczenia dla oceny równoważności, albowiem parametry kolektorów słonecznych opisane w punkcie 4.1.2 projektu budowlanego instalacji technologicznej kolektorów słonecznych stanowiącego część SIWZ nie odnoszą się w ogóle do obudowy. Część z parametrów opisano wprost w tym punkcie, zaś pozostałe poprzez odesłanie do kart katalogowych, przy czym w projekcie przewidziano zastosowanie kolektorów typu Dietrisol Pro firmy De Dietrich. Dodano też zapis o możliwości stosowania kolektorów innych producentów o parametrach fizycznych i właściwościach nie gorszych od projektowanych. Zarówno w projekcie budowlanym, jak i w kartach katalogowych nie ma mowy o obudowie kolektorów, stąd też parametr ten należy uznać za nieistotny dla oceny równoważności.

Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie jakimi parametrami mają cechować się kolektory równoważne. Zamawiający w wyjaśnieniu siwz wskazał na szereg parametrów, jednakże nie było wśród nich materiału, z którego należy wykonać obudowę (pismo z dnia 26 stycznia 2011 r.). Takie wyjaśnienie było dla Odwołującego zrozumiałe, ponieważ obudowa nie ma znaczenia dla zparametryzowania kolektorów słonecznych.

Ponadto - w związku z faktem, że rozwiązania równoważne należało uzgadniać z projektantem - wykonawca uzyskał oświadczenie projektanta z dnia 18 lutego 2011 r, w którym twierdzi on kolektor proponowany przez wykonawcę charakteryzuje się parametrami technicznymi nie gorszymi od kolektorów zaprojektowanych, jednakże obudowa solarna jest wykonana z aluminium zabezpieczonego antykorozyjnie. Zdaniem wykonawcy jest to jednoznaczne stwierdzenie o równoważności, ponieważ typ obudowy nie był parametrem istotnym, jeśli chodzi o równoważność. Nadto w piśmie z dnia 8 lutego 2011 r. zamawiający w wyjaśnieniu siwz podał, odpowiadając na pytanie czy materiał obudowy płyt solarnych musi być z tworzywa sztucznego?, że tak lub ze stali SN, ale nie cięższe od projektowanych. Obudowa z tworzywa sztucznego jest zastosowana w użytych w projekcie budowlanym kolektorach firmy Dr Dietrich. Jednakże w specyfikacji technicznej projektant wskazuje, że zastosowane kolektory słoneczne winny posiadać obudowę oraz szkło solarne o

parametrach nie gorszych niż ujęte w projekcie. Wcześniej zaś projektant wskazuje, że kolektory powinny być wykonane zgodnie z Polskimi Normami. Oznacza to, że obudowa może być z dowolnego materiału, a nie jak to wyjaśnia Zamawiający z tworzywa sztucznego lub ze stali SN (stali nierdzewnej). Aluminium zabezpieczone antykorozyjnie spełnia oba te wymogi i jest obiektywnie równoważne tworzywu sztuczemu oraz stali nierdzewnej. Wyjaśnienie poczynione w dniu 8 lutego 2011 r., gdyby miało ograniczać materiał obudowy do tworzywa sztucznego lub stali nierdzewnej, z wyłączeniem aluminium zabezpieczonego antykorozyjnie, musiałoby skutkować zmianą treści siwz, w trybie art. 38 ust. 4 pzp. Zmiany takiej zamawiający jednak nie dokonał, co oznacza, że wyjaśnienie uczynione w trybie art. 38 ust. 1 pzp traktować należy jedynie jako życzenie zamawiającego, a nie bezwzględny wymóg.

Na potwierdzenie swojego stanowiska w tej sprawie przywołał tezę z wyroku KIO z dnia 28 maja 2009 r. w sprawie KIO/UZP 529/09, gdzie w tezie oraz uzasadnieniu Izba stwierdza: „W ocenie Izby udzielona odpowiedź przez zamawiającego na pytanie wykonawcy nie stanowi co do zasady zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jedynie stanowi wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 38 ust. 1 ustawy). Dokonane wyjaśnienie nie może być wiążące, przy rozpoznaniu przedmiotowego odwołania, ponieważ dla jego obowiązywania wymagana byłaby zmiana siwz,... W związku z powyższym dla Izby przy rozpoznaniu sporu wiążące jest obowiązujące siwz, ponieważ wyjaśnienie Zamawiającego..... pozostaje z nim w sprzeczności, a siwz ma pierwszeństwo przed wyjaśnieniami Zamawiającego”

Ponadto Odwołujący zarzucił, że odrzucając jego ofertę Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców w świetle art. 7 ust. 1 pzp. Nie dostrzegł bowiem równoważności oferty wykonawcy i ograniczył się do oceny, że wymogi spełnia ta oferta, która wprost zawiera rozwiązanie przyjęte przez projektanta, a więc kolektory słoneczne firmy De Dietrich. Zapisy o równoważności stały się więc zapisami pustymi. W konsekwencji zamawiający odrzucił wszystkie poza jedną oferty w przetargu, w którym złożono ich aż osiem. Co więcej zamawiający wybrał ofertę wygrywającego, mimo że znajdujące się w dokumentacji przetargowej sprawozdanie z badania technicznego zaproponowanych kolektorów solarnych wskazuje jednoznacznie, że nie spełniają one istotnych dla zamawiającego wymogów, tj., wagi, która wynosi 48 kg w miejsce żądanych 45 kg oraz minimalnej temperatury postoju, która wynosi 200 st.C w miejsce żądanych 210 st.C.

Pismem z dnia 17 marca 2011 roku Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w którym wniósł o oddalenie odwołania z powodu jego bezzasadności. W uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł, że oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - pzp, który stanowi, iż: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada

treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3". W pkt 4.1.2 projektu budowlanego stanowiącego załącznik do SIWZ zamawiający wskazał kolektory słoneczne dobrane do projektowanej instalacji - typ Dietrisol Pro firmy De Dietrich, podając ich parametry (wymiary, powierzchnie, ciężar, zawartość płynu, max. temp. postoju). Jednocześnie załącznikiem do SIWZ jest dokumentacja techniczna, która zawiera karty katalogowe produktu umożliwiające oferentom zapoznanie się z parametrami technicznymi zaprojektowanych kolektorów. Załączone karty katalogowe określają elementy składowe instalacji solarnej z zaprojektowanymi kolektorami powierzchniowymi. Każda z kart opatrzona jest także adresem strony internetowej producenta ([www.dedietrich.pl](http://www.dedietrich.pl)). Na wskazanej stronie internetowej producent udostępnił m.in. następującą informację: „... Kolektory DIETRISOL PRO są kolektorami płaskimi w obudowie wannowej, wykonanej z tworzywa sztucznego. Obudowa kolektorów jest odporna na promieniowanie UV oraz działanie warunków atmosferycznych. Charakteryzuje się bardzo wysoką szczelnością i wytrzymałością na uszkodzenia mechaniczne...”. Zamawiający w trakcie prac projektowych, biorąc pod uwagę fakt, że obudowa kolektora słonecznego przesądza o jego trwałości, ustalił z Projektantem, iż obudowy kolektorów mają być wykonane z materiału niekorodującego i wybrano do zastosowania kolektory w obudowie z tworzywa sztucznego.

W trakcie badania złożonych ofert Zamawiający ustalił, że w ofercie nr 8, złożonej przez odwołującego zaproponowano zastosowanie materiałów równoważnych - kolektory firmy GREENoneTEC Solarindustries Austria typ FK8230. Powyższe zmiany zostały zgłoszone Projektantowi, który ze względu na inny rodzaj obudowy nie wyraził aprobaty na ich zastosowanie jako równoważne. W konsekwencji Zamawiający nie uznał oferty Odwołującego za równoważną. Odwołujący, mimo wymaganiami określonym w SIWZ, potwierdzonym i wyjaśnionym dodatkowo w dniu 08.02.2011r., zastosował kolektory w obudowie z aluminium zabezpieczonego antykorozyjnie. W ocenie Zamawiającego kolektory w takiej obudowie nie spełniają oczekiwań Zamawiającego - obudowa aluminiowa nie jest ani obudową z tworzywa sztucznego, ani ze stali nierdzewnej. Odwołujący nie uzyskał uzgodnienia projektanta na proponowane kolektory słoneczne w zakresie obudowy kolektora, co pominął w odwołaniu

Nadto należy zauważyć, iż obudowa z tworzywa sztucznego, czy też stali nierdzewnej stanowi pewnego rodzaju „monolit”, który ze względu na swoją konstrukcję zapewnia długotrwałość jej użytkowania bez konieczności dodatkowego zabezpieczenia antykorozyjnego. W tym miejscu warto zauważyć, że konieczność dodatkowego zabezpieczenia antykorozyjnego obudowy płyt świadczy o zdecydowanie mniejszej odporności na czynniki atmosferyczne aniżeli inny, pożądanym przez Zamawiającego, rodzaj obudowy.

W ocenie Zamawiającego takie zachowanie odwołującego - złożenie oferty niezgodnej z SIWZ Zamawiającego, wyczerpało znamiona z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz nie podlegało poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, a co za tym idzie oferta odwołującego musiała zostać odrzucona.

Zgodnie z zapisami rozdziału VII SIWZ Zamawiający dopuścił złożenie ofert równoważnych tzn.: zastosowanie urządzeń i wyposażenia technologicznego, będących równoważnymi w stosunku do wymienionych w dokumentacji, tj. kolektorów firmy De Dietrich, z zachowaniem wszystkich parametrów technicznych, które będą co najmniej równe pod względem cech technicznych, jakościowych, kosztów eksploatacyjnych, rozwiązań technologicznych i walorów ekologicznych przywołanych w dokumentacji, po uzgodnieniu z Projektantem.

W zakresie zarzutu dotyczącego nierównego traktowania wykonawców Zamawiający podał ,że w toku badania ofert Zamawiający odrzucił 7 ofert. Jednakże powody odrzucenia nie były przejawem nierównego traktowania czy naruszenia uczciwej konkurencji, a były konsekwencją konieczności zastosowania przepisów ustawy pzp. Podał , że 4 oferty odrzucono z powodu złożenia ich przez wykonawcę wykluczonego z postępowania ,a trzy z powodu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp; tj. nie uzgodnienie z Projektantem zastosowania materiałów równoważnych. Za bezzasadny Zamawiający uznał również zarzut wyboru oferty nie spełniającej wymogów Zamawiającego. Wskazał że w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 26.01.2011 r. Zamawiający jako parametry cechujące kolektory równoważne wskazał m.in. temperaturę postojową kolektora nie niższą niż 210 st. C oraz ciężar panelu nie wyższy niż 45 kg (ze względu na obliczenia wytrzymałości drewnianych konstrukcji dachowych). Z przytoczonego przez Odwołującego sprawozdania z badań nr Z-425/2/09 kolektora DIETRISOL PRO 2,51 firmy De Dietrich, sporządzonego przez Laboratorium Badawcze Instytutu Paliw i Energii Odnawialnej, ul. Jagiellońska 55, 03-301Warszawa wynika, że masa opróżnionego kolektora słonecznego wynosi 48 kg, a maksymalna temperatura pracy wynosi 200 st. C. Kierując się potrzebą wyjaśnienia wszelkich wątpliwości wykonawców zamawiający wystąpił o stanowisko do producenta- przedsiębiorstwa De Dietrich Technika Grzewcza sp. z o.o., i uzyskał odpowiedź z której wynika ,że w trosce o poprawne, bezpieczne i długotrwałe działanie instalacji, firma regularnie prowadzi wewnętrzne testy swoich urządzeń z których jednoznacznie wynika, że temperatura postojowej przekracza zdecydowanie 210 st.C". Kolektor poddawany testom wydajnościowym jest umieszczany w laboratorium na specjalnym urządzeniu testującym. W trosce o poprawny montaż kolektora słonecznego Detrisol Pro do platformy testowej, został on jednorazowo wyposażony przez producenta w stelaż montażowy - i z tego faktu wynika ciężar równy 48 kg. Wskazał że wspomniany stelaż ważył 6 kg, więc łatwo obliczyć, że podana w specyfikacji waga netto równa 42 kg jest poprawna.". Innymi słowy mówiąc waga opróżnionego kolektora określona

w SIWZ na 42 kg, odbiega od wagi tego samego opróżnionego kolektora poddanego badaniu (48 kg) z uwagi na pomiar wagi pierwszym przypadku samej płyty, a w drugim płyty wraz ze stelażem.

W świetle przytoczonych wyżej faktów uznał i ten zarzut Odwołującego o wyborze oferty nie spełniającej wymogów zamawiającego za bezzasadny.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska, uściślając zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie przywołane argumenty, i tak:

Odwołujący wskazał że w dopowiedzi na zapytanie co należy rozumieć przez kolektor równoważny. Zamawiający w odpowiedzi z 26 stycznia 2011 roku wskazał parametry, które winny posiadać kolektory, lecz brak jest tam jakiegokolwiek informacji dotyczącej obudowy, a w szczególności z jakiego materiału może być ona zbudowana. Ponadto wskazał, że z odpowiedzi na odwołanie wynika, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż uznał, iż obudowa kolektora nie stanowi monolitu, a więc powołał się na warunek nie wynikający z SIWZ, a tym samym nie mający zastosowania w sprawie. Podniósł iż nie znajduje uzasadnienia prawnego do tego, aby w ocenie złożonych ofert uczestniczył projektant i z nim należało uzgadniać treść składanych ofert

Pełnomocnik Zamawiającego replikując stanowisko Odwołującego co do warunku uznania za równoważne rozwiązań w innych niż w kolektorze referencyjnym firmy Dedtrich, podane w piśmie z dnia 26 stycznia 2011 roku będącym odpowiedzią na pytanie wykonawcy, było wyliczeniem przykładowym i nie stanowiło ono zamkniętego katalogu jakim winny odpowiadać kolektory zaprojektowane przez Zamawiającego. Neguje stanowisko Odwołującego o niemożliwości dopuszczenia do oceny ofert przy pomocy projektanta i wskazuje, że jak najbardziej zasadnym było, aby ocenę tych warunków równoważności dokonała osoba kompetentna, a taką na pewno jest projektant, który wykonał projekt. Podnosi, iż aluminium jest gorszym materiałem w zakresie korozyjności niż tworzywo sztuczne lub stal nierdzewna

Na pytanie Izby wskazuje, iż zastosowanie stali nierdzewnej dopuszczono dopiero na etapie wyjaśnień i taki fakt uważa za częściowo niezasadny, ale za jego dopuszczeniem wynikała wola rozszerzenia liczby potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć ofertę w przedmiotowej sprawie. Podnosi również w odpowiedzi na pytanie Przewodniczącego, że opis dokonany przez projektanta nie zawierał opisu materiału z jakiego powinna być wykonana obudowa kolektora. Ponadto również na pytanie Izby stwierdził, że nie uzgodnienie z projektantem zastosowania w kolektorze materiałów równoważnych skutkowało odrzuceniem oferty bez jej badania, oświadczając, gdyż uprawnionym do oceny badania oferty pod względem równoważności był tylko projektant. Wskazuje nadto, iż



załącznikami do siwz są karty katalogowe. W kartach katalogowych jest odniesienie do miejsca na stronie producenta kolektora referencyjnego firmy Detricht, gdzie podane są bardzo szczegółowo wszystkie parametry jakimi powinien cechować się kolektor i każdy wykonawca winien był się z tymi danymi na stronach internetowych zapoznać.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zarzuty dotyczące naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego potwierdziły się.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji oraz stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie.

Na wstępie Izba stwierdza, że rozpatrzenie odwołania nastąpiło w zakresie wskazanym przez przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp który to wyznacza granicę orzekania przez Izbę, opierając się na zakresie zgłoszonych zarzutów, a nie żądań. Ponadto Izba stwierdza, że odwołanie zostało wniesione od zamówienia na roboty budowlane o wartości poniżej progów unijnych i tym samym rozpatrzeniu podlega tylko zarzut odrzucenia oferty Odwołującego. Natomiast poza orzekaniem Izby pozostaje zarzut nieodrzczenia oferty wykonawcy którego oferta została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Podstawą uwzględnienia odwołania były błędy Zamawiającego popełnione w trakcie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym naruszenie przepisów ustawy pzp, polegające w szczególności na:

- zastosowania trybu opisu przedmiotu zamówienia przewidzianego w art. 29 ust.3 ustawy pzp
- nieopisanie – niedookreślenie, na czym ma polegać możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych dotyczących przedmiotu zamówienia,
- dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotu trzeciego – projektanta, a więc nieprzewidzianego przepisami prawa uzp.
- niewskazanie w siwz jasnych kryteriów oceny spełniania rozwiązania równoważnego przedmiotu zamówienia,

- nie zastosowania przed odrzuceniem oferty Odwołującego trybu wyjaśniania wątpliwości przewidzianego w art. 87 ust.1 ustawy pzp,

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. Nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców /wyrok KIO 278/10/. Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, który dopuszczający opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów i pochodzenia, ma charakter przepisu *lex specialis* w stosunku do przepisu ust.1 i może być stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach, po spełnieniu wymienionych w nim przesłanek – tj. 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. Wszystkie te trzy przesłanki muszą zaistnieć łącznie i co ważne - to Zamawiający, a nie wykonawca jest obowiązany udowodnić ich istnienie /kom. Do ustawy pzp pod red. St. Babiarsza str. 226 wyd.1/

Istotne jest to, aby w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, korzystając z dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, sprecyzował zakres minimalnych parametrów równoważności przedmiotu, oraz metod oceny ich spełnienia w oparciu o które dokona oceny złożonej oferty. 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.

Izba uznała, że podane przez zamawiającego w rozdziale VII siwz równoważności są kryteriami wieloznacznymi i nieprecyzyjnymi. Zwrot „co najmniej równe” wcale nie wskazuje czy dotyczy całości instalacji kolektora czy samego kolektora, czy może konkretnego jego

elementu, a jeśli nie są równe to dopuszczalne w jakich granicach ?.. Zatem ocena, czy produkt spełnia wymagania zamawiającego, jest uznaniowa. Pogwałceniem zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wprowadzenie do postępowania poza Zamawiającym i wykonawcami nowego podmiotu – projektanta ,który dokonuje oceny równoważności zaoferowanego przedmiotu zamówienia, całkowicie samodzielnie i według bliżej nieokreślonych zasad i ściśle określonych parametrów. Stanowisku projektanta w tej sprawie Zamawiający nadaje rolę decydującą , to projektant decyduje którą ofertę uznać za spełniającą wymogi równoważności/ wg tylko sobie wiadomych zasad/ ,a brak uzgodnienia z projektantem powoduje jak w przypadku ofert o nr. 2;3;5; ich odrzucenie, bez merytorycznej ich oceny przez Zamawiającego, co stanowi kolejne pogwałcenie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Każda złożona oferta musi być oceniona przez Zamawiającego. Zakres tej oceny w zależności od stwierdzonych wstępnie uchybień może być różny ,ale musi to być decyzją Zamawiającego ,a nie może to być powielenie stanowiska podmiotu nie przewidzianego przez prawo zamówień publicznych – projektanta. W przedmiotowej sprawie nie było żadnych przeszkód aby projektant był członkiem komisji przetargowej, podlegał rygorom przewidzianym w art. 17 ustawy pzp, a jego opinia indywidualna znalazła ,bądź nie, odzwierciedlenie w stanowisku Komisji, a ostatecznie Zamawiającego.

Ponadto takie ustalanie równoważności zaoferowanych materiałów przez wykonawcę z przedstawicielem Zamawiającego- projektantem może być uznane tylko jako prowadzenie negocjacji , co w ewidentny sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji i równości podmiotów starających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Ustawa pzp dopuszcza jeden sposób komunikowania się stron postępowania po ogłoszeniu przetargu. Jest to tryb przewidziany w art. 38, jest to tryb jawny gdyż o treści zadawanych pytań przez wykonawców i treści udzielonej odpowiedzi informowani są w sposób, w zależności od trybu postępowania, wszyscy potencjalni wykonawcy. W przedmiotowej sprawie to wykonawca uzgadniał- negocjował z przedstawicielem Zamawiającego – projektantem, warunki równoważności oferowanego przedmiotu zamówienia, a dokonane ustalenia stanowią pismo projektanta z dnia 25 lutego 2011 roku.

Nadto zdaniem Izby brak było w sprawie podstaw do zastosowania trybu art. 29 ust.3 ustawy pzp. Instalacje solarne są w porównaniu z innymi przedmiotami zamówień , instalacjami bardzo prostymi pozwalającym w sposób szczegółowym dokonanie ich opisu technicznego, bez konieczności odwoływania się do wskazania urządzenia konkretnego producenta – firmy De Dietrich. Izba wskazuje również , że Zamawiający wskazał nie tylko producenta solarów ale również w innych elementach instalacji solarnej na konkretnych producentów urządzeń, jak np. naczyń wyrównawczych, pomp, zaworów itp.

Należy wskazać ,że art. 29 ust.3 ustawy pzp wprowadzający możliwość dopuszczenia składania ofert równoważnych ma charakter wyjątkowy i dlatego może być stosowany w wyjątkowych sytuacjach i winien być interpretowany ściśle. Zamawiający powinien określić w niezbędnym dla danego przedmiotu zamówienia jakie konkretne rozwiązania czy materiały będzie uważał za równoważne, jakie są dopuszczalne wartości odstępstwa od parametrów przedmiotu referencyjnego, ponieważ ta wielkość odstępstw ma istotny wpływ na sporządzenie oferty. Kryteria równoważności produktów winny być określone poprzez sformułowanie katalogu zamkniętego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia lub jego elementy do których zamawiający dopuszcza zamienniki równoważne w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości o jakich parametrach oraz na jakich warunkach mogą zaoferować konkretny produkt, aby spełniał on wymagania siwz. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia Zamawiającemu bezstronna ocenę złożonych ofert. Niezbędne jest, aby taki opis był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. Odnosząc się do pisma Zamawiającego z dnia 26 stycznia 2011 roku w którym to informuje uczestników postępowania o parametrach jakimi winne cechować się kolektory równoważne Izba wskazuje , że opis ten zawiera po pierwsze określenia nieprecyzyjne takie jak; „ nie mniejsza; nie niższa; nie wyższy, wymiary gabarytowe zbliżone do projektowanych;” a po drugie nie wskazuje jakiegokolwiek warunku co do możliwości zastosowania materiału do wykonania obudowy solara. Skoro Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania materiałów i urządzeń równoważnych , to rzeczą Zamawiającego było najpierw precyzyjne opisanie zasad uznawania za równoważne, innych aniżeli scharakteryzowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kolektorów, a wreszcie określenie sposobu sprawdzenia tej równoważności. Na etapie oceny ofert za niedopuszczalne należało uznać przerzucanie ciężaru tej oceny na wykonawcę szczególnie w warunkach, gdy jest to następstwem niewystarczająco starannego przygotowania postępowania, w tym niedosyt informacji opisu przedmiotu zamówienia, w części odnoszącej się do zasad uznawania innych zaoferowanych przedmiotów za równoważne. Za niedopuszczalne Izba uznaje również zastąpienie opisu parametrów całości przedmiotu zamówienia i w pewnych zakresach odsyłanie do stron internetowych producenta kolektora wskazanego przez Zamawiającego jako referencyjny. Wiadomości ze stron internetowych mogą mieć wyłącznie znaczenie poglądowe dla sprawy , nie mogą natomiast zastępować opisu przedmiotu zamówienia.

Izba stoi na stanowisku, ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności

przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Dodanie w wyjaśnieniach do siwz iż obudowa kolektorów może być również oprócz tworzywa sztucznego wykonana ze stali nierdzewnej nie może być uznana za wyjaśnienie lecz zmianę postanowień siwz. Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości zastosowania stali nierdzewnej nie jest wyjaśnieniem lecz zmianą siwz która winna powodować zmianę jego postanowień. Izba podziela stanowisko KIO zawarte w wyroku - KIO /UZP 529/09 iż udzielona odpowiedź przez Zamawiającego na pytanie wykonawcy nie stanowi co do zasady zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jedynie stanowi wyjaśnienie istniejącej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 38 ust.1 ustawy).

Zastosowanie trybu opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ust.3 ogranicza ale wcale nie wyłącza stosowania normy generalnej opisu przedmiotu zamówienia wynikającej z ust. 1 tegoż artykułu. Opis przedmiotu zamówienia winien umożliwić każdemu wykonawcy na etapie czytania dokumentacji przetargowej zorientowanie się, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy jest w stanie samodzielnie, lub przy korzystaniu z potencjału podmiotu trzeciego, wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego też opis przedmiotu zamówienia, warunków równoważności, a także zasad oceny ofert, winien być zgodnie z art.91 ust.2 jawny, a to oznacza ,że zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty tylko na podstawie tych kryteriów które wskazał w siwz.

Zamawiający naruszył również zasadę wyjaśniania wątpliwości co do treści złożonych ofert. Poprzestanie na stanowisku projektanta jest naruszeniem przepisu art. 87 ust.1 ustawy pzp. Zamawiający stosując tryb z art. 29 ust.3 ustawy pzp, nakłada na siebie obowiązek udowodnienia wykonawcom, że zaproponowane przez nich rozwiązania nie spełniają wymogu równoważności / wyrok KIO/UZP 7/07/ W tej sprawie Zamawiający w żadnym sposobie merytorycznie nie wykazał ,że zaoferowanie obudowy z aluminium zabezpieczonego antykorozyjnie nie odpowiada Polskim Normom, a także dlaczego taka obudowa nie spełnia uzasadnionego interesu Zamawiającego, a także czy te rozbieżności są na tyle istotne ,że uzasadniają stanowisko Zamawiającego o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z siwz. Nie wykazał dlaczego nie podjął próby wyjaśnienia tych rozbieżności poprzez zażądanie od Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Wskazany przepis nie nakazuje wprost zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy z takim żądaniem, to jednak taka potrzeba po stronie zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na Zamawiającym który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty odwołującego, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty. Z utrwalonej linii

orzeczniczej KIO w tym zakresie, wynika iż zaniechanie przez Zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania / np. wyroki KIO 1327/09: 1443/09 /. Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

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. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień. Ponadto należy podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem wymagającym od każdego uczestnika postępowania profesjonalizmu. Profesjonalizm którym winien się cechować Zamawiający to nie tylko znajomość przepisów prawa, ale również staranność na każdym etapie postępowania. Obowiązek starannego działania w tym zakresie spoczywający na Zamawiającym wynika przede wszystkim z faktu, że to Zamawiający wydatkowane na ten cel środki publiczne, dlatego też działania Zamawiającego w kwestii wyboru najkorzystniejszej oferty winny być podporządkowane właściwemu wydatkowania tych środków.

Z profesjonalizmu oraz reguły staranności winna również wynikać umiejętność bezstronnej oceny każdej złożonej oferty. Ocena dokumentów złożonych przez wykonawców jest dokonywana tylko przez Zamawiającego i musi być dokonana wyłącznie na podstawie treści zapisanych w treści ogłoszenia i siwz. Ocena na innych zasadach jest niedopuszczalna, gdyż narusza dwie kardynalne zasady ustawy pzp wynikające z art. 7 ust 1 ustawy - równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom.. To na Zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty, spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy. Zamawiający nie może odstępować od potrzeby wyjaśnienia wątpliwości co do oferty, zakładając, iż złożone wyjaśnienia nie przyniosą Zamawiającemu wiadomości pozwalających na stwierdzenie braku podstaw do odrzucenia oferty

Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji to niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych zapisów specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być wyjaśnione, a niedookreślenia rozstrzygane na korzyść wykonawcy. W tym zakresie nie może być akceptowane zastępowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków równoważności odsyłaniem wykonawców do opisów na stronach internetowych, producenta przedmiotu referencyjnego.

Zamawiający wykonując wyrok Izby winien nie tylko unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty Odwołującego ale winien w szczególności, doprowadzić do stanu zgodnego z przepisami ustawy opis przedmiotu zamówienia, a przy dopuszczeniu rozwiązań równoważnych również szczegółowo opisać zasady uznawania danych rozwiązań za równoważne, oraz określić precyzyjne i jasne zasady oceny spełniania tych rozwiązań, jak również wyeliminować ocenę ofert przez podmiot nie wskazany przez przepisy ustawy pzp.

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

Izba postanowiła jak w sentencji, 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 2 p.pkt.b) 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.

Nie przyznano pełnomocnikowi Odwołującego z powodu niewłaściwego udokumentowania, zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Przewodniczący .....