

Sygn. akt KIO/UZP 585/09

WYROK
z dnia 21 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 maja 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02 – 819 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wyższą Szkołę Nauk Humanistycznych i Dziennikarstwa, ul. gen. Tadeusza Kutrzeby 10, 61 – 719 Poznań** protestu z dnia **14 kwietnia 2009 r.**

przy udziale **SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01 – 518 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża **Wyższą Szkołę Nauk Humanistycznych i Dziennikarstwa, ul. gen. Tadeusza Kutrzeby 10, 61 – 719 Poznań**

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 **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02 – 819 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Wyższą Szkołę Nauk Humanistycznych i Dziennikarstwa, ul. gen. Tadeusza Kutrzeby 10, 61 – 719 Poznań** na rzecz **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02 – 819 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02 – 819 Warszawa**

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

Zamawiający - Wyższa Szkoła Nauk Humanistycznych i Dziennikarstwa w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę Wyższej Szkoły Nauk Humanistycznych i Dziennikarstwa w Poznaniu.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) - *zwanej dalej ustawą pzp.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.12.2008 r., numer 2008/5237-314954.

Odwołujący - Erbud S.A. złożył w dniu 14.04.2009 roku protest na czynności Zamawiającego, o których powziął informację w dniu 2.04.2009 roku, polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Skanska S.A. oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców w związku z brakiem wezwania do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie, który jest przedmiotem odrzucenia oferty Odwołującego;

Wykazując interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, polegający na tym, że oferta Odwołującego jest ofertą z najniższą ceną w jedynym kryterium oceny ofert jakim jest cena, wskazał że po pierwsze w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty brak jest uzasadnienia faktycznego do normy art. 89 ust. 1 pkt 1, wskazanej jako jedna z podstaw odrzucenia oferty. Zatem Odwołujący nie ma możliwości odnieść się do tej podstawy prawnej odrzucenia.

Nie zgadzając się z uzasadnieniem faktycznym odrzucenia w oparciu o przesłankę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie podał, jakie konkretnie wymagania i parametry będą brane pod uwagę przy ocenie równoważności zastosowanych urządzeń i materiałów. Brak w SIWZ jakichkolwiek wymagań w tym zakresie, upoważnia wykonawcę do zaoferowania takich materiałów jakie uzna za odpowiadające do wskazanych w SIWZ. Zamawiający nie może na obecnym etapie postępowania żądać materiałów tożsamyh. Odwołujący podniósł, że każdy z materiałów wymaganych przez Zamawiającego ma bardzo wiele cech, z których pewne grono może być dla Zamawiającego istotne lub nie. Dlatego niezmiernie ważnym jest, aby Zamawiający na etapie przygotowania SIWZ wskazał te istotne parametry, które stanowiąc będą podstawę do porównania zaoferowanych materiałów pod kątem ich równoważności, ale tego nie uczynił. W ocenie Odwołującego, wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że Zamawiający na etapie przygotowania dokumentacji nie wskazał, choćby w sposób ogólny, swoich wymagań dotyczących elementów dla niego istotnych pod względem oceny równoważności zaproponowanych materiałów. Na Zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia, a zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 29 ust. 2 ustawy pzp, co wynika z przywołanego przez Odwołującego wyroku KIO z 19.08.2008 roku (sygn. akt. KIO/UZP 798/08).

Odnosząc się do merytorycznego uzasadnienia odrzucenia oferty, Odwołujący wskazał:

1. zakresie wykładzin kauczukowych - wykładzina Mondo typ Futura, zamiast Noraplan Mega.

Zaproponowana wykładzina jest wykładziną elektrostatyczną, na co Odwołujący wskazał, udzielając Zamawiającemu wyjaśnień treści złożonej oferty.

Wymóg, aby wykładzina kauczukowa spełniała parametr oporu elektrycznego o wartości <109 Ohm (wg normy EN 1081) Zamawiający wskazał dopiero na etapie odrzucenia oferty Odwołującego. w treści SIWZ nie wskazano przedmiotowego parametru jako parametru służącego do porównywalności materiałów pod kątem równoważności czy zgodności z SIWZ.

2. w zakresie wykładzin kauczukowych - wykładzina Mondo typ Punti Acustical zamiast Noraplan Eco.

SIWZ nie zawiera wymagań w zakresie twardości wykładziny w skali shora A liczonej wg metody badań ISO 7619, które posiada produkt referencyjny wskazany w siwz przez Zamawiającego wykładzina Noraplan Eco.

3. w zakresie wykładzin kauczukowych - wykładzina Mondo Punti Andersia zamiast Norament 825.

Informacje Zamawiającego o wytrzymałości na rozdarcie, badanej na podstawie normy ISO 34-1 np. wg procedury B metoda A, jak również minimalnym wymogu wytrzymałości na rozdarcie > 40 N/mm, pojawiają się dopiero na obecnym etapie postępowania i nie mają jakiegokolwiek związku z wymaganiami sformułowanymi w treści SIWZ.

Analogiczna sytuacja ma odniesienie do parametru twardości wykładziny nie gorszego niż 88 w skali shore A oraz parametru odporności na ścieranie, których zabrakło w wymaganiach określonych w treści SIWZ jako służących do porównywalności materiałów pod kątem równoważności czy zgodności z SIWZ.

4. w zakresie foteli Wamat typ Merkury zamiast Figuares model 5064 Mini Space.

Odwołujący wskazał, że w treści SIWZ nie wskazano, które konkretnie parametry akustyczne będą przez Zamawiającego brane pod uwagę przy ocenie równoważności zaoferowanych foteli, nie zdefiniowano pojęcia akustyczności foteli i nie wskazano jak należy go badać. Odwołujący powołał się na treść udzielonych przez Zamawiającego w tym zakresie wyjaśnień do siwz z dnia 16.01.2009 oraz 22.01.2009, z których wynika, że krzesła na trybunie nie muszą być tej samej firmy co na widowni stałej, ale powinny nawiązywać estetyką (kolorem, kształtem, materiałami) i spełniać standard krzesła Forum Skating model College. Winny mieć możliwość składania się w taki sposób, aby można było trybunę bez

problemu złożyć a po rozłożeniu umożliwić swobodne przejście między rzędami. Zamawiający w opisie technicznym nakazał zwrócić uwagę na akustykę krzesel przywołując krzesła Forum Skating model College. Odwołujący wyjaśnił, że zaproponowane przez niego krzesła nawiązują estetyką i standardem oraz parametrami akustycznymi do krzesel widowni stałej, a zatem spełniają wymogi siwz. Zamawiający nie wykluczył możliwości zastosowania na widowni stałej krzesel Figuares 5064 oraz Merkury.

5. w zakresie oprav oświetleniowych LINEA

Odwołujący wyjaśnia, że System LINEA umożliwia montaż oprav zarówno w wersji nastropowej, jak i zwieszanej, zatem wymaganie Zamawiającego jest spełnione. Oprawy typu HAWK, zaproponowane Zamawiającemu w złożonej ofercie bez wątpienia są wyposażone w elektroniczny układ stabilizacyjny - zapłonowy, tym samym spełniają wymagania Zamawiającego.

Zaoferowane przez Odwołującego oprawy cechują się stopniem ochrony nie gorszym niż wymagany przez Zamawiającego.

W kwestii sprawności oświetlenia Odwołujący podniósł, że zaoferowane przez niego produkty uzyskują parametry natężenia oświetlenia, spełniające oczekiwania Zamawiającego.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na zaniechanie zastosowania przez Zamawiającego dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy pzp. W jego ocenie, Zamawiający winien zwrócić się o złożenie wyjaśnień w zakresie wszystkich elementów, będących podstawą odrzucenia oferty, szczególnie że oferta Odwołującego jest ofertą najtańszą. Odwołujący przytoczył także treść opinii zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, wskazując na konieczność opisanie parametrów równoważności, jakie zamierza oceniać Zamawiający, dopuszczający materiały równoważne.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu w dniu 17.04.2009 roku, na wezwanie z dnia 14.04.2009 roku, zgłosił swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego – Skanska S.A.

Zamawiający w dniu 21.04. 2009 roku, poinformował Odwołującego o oddaleniu protestu, wskazując, że oferta nie odpowiada treści siwz co oznacza, że jest niezgodna z art. 82 ust. 3 ustawy pzp. Odwołujący nie wykazał, że oferowane przez niego produkty zamiennie spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, czym nie spełnił normy art. 30 ust. 5 ustawy pzp. Zamawiający w pkt 3 siwz dopuścił składanie ofert równoważnych i określił, że ofertą równoważną jest przedmiot o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych spełniających minimalne parametry określone przez Zamawiającego w dokumentacji technicznej. W załączniku nr 4 wskazał, że podanie nazw

producentów i materiałów służy do sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia i można je zamienić na produkty o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż wymienione. Zamawiający wskazał także na sposób sprawdzenia oferty równoważnej, wskazany w pkt 3 siwz, „za ofertę równoważną uznaje się ofertę spełniającą parametry indywidualnie wskazanego asortymentu określone przez jego producenta”. W ogłoszeniu i siwz określił, że w przypadku materiałów równoważnych Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą szczegółową specyfikację techniczną (karty katalogowe, foldery informacyjne), z której w sposób nie budzący wątpliwości winno wynikać, iż zaoferowany asortyment jest o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych w odniesieniu do asortymentu określonego przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

W ocenie Zamawiającego, z konkretnym modelem produktu wiążą się konkretne parametry, które ustala producent produktu, zatem nieuzasadnione jest twierdzenie Odwołującego, że nie wiedział jakie parametry ma spełniać produkt równoważny. Zamawiający podał zatem w dokumentacji model produktu i określił, że badanie ofert równoważnych nastąpi przez sprawdzenie zamiennika z parametrami indywidualnie wskazanego asortymentu określonymi przez producenta.

Wskazał, że Odwołujący nie dochował należytej staranności i nie zwrócił się o wyjaśnienia w zakresie sposobu przygotowania oferty równoważnej, zatem Zamawiający uznał, że postanowienia siwz na etapie składania ofert nie budziły jego wątpliwości.

Zamawiający powołał się także na definicję słowa „równoważny” określoną w Słowniku Języka Polskiego PWN tom III Warszawa 1989, gdzie wskazano, że jest to „mający równą wartość , znaczenie, pozostający w równości z czymś”. Oferta równoważna to taka, w ocenie Zamawiającego, która posiada te same parametry użytkowe, funkcjonalne i techniczne co wskazana przez Zamawiającego.

Odnosząc się do parametrów technicznych zaoferowanych produktów równoważnych, Odwołujący wskazał:

1. zastosowana wykładzina Mondo Futura, zgodnie z parametrami określonymi przez jej producenta w dołączonej do oferty specyfikacji technicznej (wg normy EN 1081) posiada opór elektryczny o wartości $\geq 10^{10}$ Ohm, podczas gdy produkt referencyjny wykładzina Noraplan Mega posiada opór o wartości $\leq 10^9$ Ohm.
Zatem wykładzina Mondo Futura nie zapewnia założonego przez zamawiającego odprowadzania ładunków elektrostatycznych, a tym samym nie zapewnia uziemienia dla obszarów chronionych elektrostatycznie opisanych w projekcie (sale komputerowe).
2. zastosowana wykładzina Mondo typu Punti Acustical nie posiada takich samych lub lepszych parametrów jak produkt referencyjny wykładzina Noraplan Eco. Twardość

wykładziny określana jest zgodnie z normą ISO 7619 w skali shora, im wartość wskaźnika większa tym lepsza twardość.

Produkt referencyjny posiada twardość 92 w skali shora A a wykładzina Mondo typu Punti Acustical posiada twardość na poziomie 90 w skali shora A, a zatem jej parametry są gorsze.

3. zastosowana wykładzina Mondo Andersia zamiast Norament 825 – im wartość wskaźnika wytrzymałości jest wyższa, tym wykładzina jest ma lepszą wytrzymałość na rozdarcie. Produkt referencyjny posiada parametr wytrzymałości na rozdarcie ≥ 40 N/mm, podczas gdy dla produktu zaoferowanego przez Odwołującego parametr ten określono na poziomie ≥ 30 N/mm. Produkt referencyjny posiada parametr twardości nie gorszy niż 88 w skali shore A, podczas gdy dla produktu zaoferowanego przez Odwołującego parametr ten określono na poziomie 80 w skali shore A. W zakresie odporności na ścieranie – im wartość wskaźnika jest mniejsza tym wykładzina posiada większą odporność na ścieranie - produkt referencyjny posiada ten parametr na poziomie 140mm^3 , podczas gdy dla produktu zaoferowanego przez Odwołującego parametr ten określono na poziomie 160mm^3
4. zastosowano fotele Wamat typ Merkury zamiast Figuares model 5064 mini space. Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ - załącznik nr 4, projekt wykonawczy akustyki, aneks str.15, określono w tabeli I, w wierszu 4 i 5 pogłosowy współczynnik pochłaniania dla foteli. Zgodnie ze zmianą treści specyfikacji fotele na trybunie ruchomej mają nawiązywać parametrami akustycznymi do krzesel na widowni stałej. Również w ww. dokumentacji Zamawiający podał modele foteli, które spełniają parametry akustyczne określone przez Zamawiającego w tym m. in. FORUM SEATING model COLLEGE, zaś na str. 20 projektu akustyki (aneks) w sposób jednoznaczny określił, że w przypadku zaoferowania innych modeli należy przedstawić obliczenia akustyczne potwierdzające nie mniejszą skuteczność produktów zamiennych. Odwołujący nie przedstawił wyliczeń wartości pogłosowych współczynników pochłaniania dla foteli.
5. oprawy oświetleniowe LINEA zamiast SLOTLIGHT SYSTEM – Zamawiający wymagał, aby zastosować oprawy nastrokowe i zwieszane a zaoferowany został produkt LINEA w wersji montażu dostropowego – strona 331 oferty. W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego z dnia 18.03.2009 roku Odwołujący wyjaśnił, że oprawy LINEA posiadają trzy możliwości instalowania: dostropowe, nastrokowe i zawieszane i przedstawił karty katalogowe wskazujące na przykładowy sposób instalacji. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie odpowiedział jak zamierza zainstalować oferowane oprawy LINEA w wersji dostropowej, tylko przedstawił kartę katalogową oferując nowy produkt – inny rodzaj oprawy.

6. oprawa HAWK – z oferty nie wynika, jakim zapłonem dysponuje oprawa HAWK. W wyjaśnieniach z dnia 23.03.2009 roku pytanie nr 4, Odwołujący przedstawił tabelaryczne zestawienie opraw oraz wskazał, że w miejscach gdzie tego wymagał projekt zastosował zapłon EVG. Z wyjaśnień wynika jednak, że zaoferowane produkty zamienne posiadają zapłon konwencjonalny a nie EVG, jak wymagał Zamawiający wskazując na produkt referencyjny oprawy Vivo.
7. oprawa EOS 200 - zgodnie z parametrami producenta produkt referencyjny oprawa PANOS LG 2/ 26 W 200 posiada stopień ochrony IP54 a zaoferowany przez Odwołującego produkt IP44, a zatem gorszy.
8. oprawa TWN II 1/70 EVG UP/DN, która posiada stopień ochrony IP55 a produkt referencyjny oprawy MAXI ADA G12 HQI –T1 – stopień ochrony IP 65.
9. W zakresie sprawności opraw oświetleniowych – produkt referencyjny oprawy RED2 4/18 W posiadają sprawność na poziomie 60 % zaś oprawy zaoferowane przez Odwołującego – OPTIMA – na poziomie 57 %. Zamawiający wskazał w projekcie elektrycznym, jakie zamierza osiągnąć natężenie światła w każdym pomieszczeniu przy zastosowaniu m.in. opraw opisanych w projekcie. Mniejsza sprawność powoduje, że nie ma możliwości uzyskania zamierzonego natężenia, tym bardziej, że Odwołujący zaoferował takie same jak w projekcie źródła światła – żarówki. Odwołujący nie wykazał, że oferowane oprawy oświetleniowe przy zastosowaniu pozostałego osprzętu zapewniają osiągnięcie wymaganego natężenia.

Odnosząc się do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy pzp, Zamawiający wskazał, że przepis ten jest jedynie uprawnieniem a nie obowiązkiem a Zamawiający zwracał się z prośbą o wyjaśnienia treści oferty w zakresie który jest przedmiotem odrzucenia oferty – dnia 27.02 oraz 23.03. 2009 roku.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący wniósł w dniu 30.04.2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście i wniósł o:

- a. unieważnienia czynności wyboru oferty Skanska jako najkorzystniejszej,
- b. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- c. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosił swoje przystąpienie w dniu 18.05.2009 roku Skanska S.A., przekazując jego kopię Odwołującemu i Zamawiającemu.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz oferty Odwołującego a także po wysłuchaniu stanowisk stron, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa Wyższej Szkoły Nauk Humanistycznych i Dziennikarstwa przy w Poznaniu zgodnie z zakresem prac zamieszczonym w załączonym przedmiarze robót wraz z tabelą elementów scalonych, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, dokumentacją techniczną oraz pozwoleniem na budowę i harmonogramem rzeczowym.

Bezspornym między stronami jest to, że w dokumentacji projektowej Zamawiający wskazał na konkretne nazwy producentów i materiałów, dopuszczając jednocześnie możliwość zastosowania materiałów równoważnych.

Zamawiający wskazał, że zastosowane nazwy producentów służą tylko i wyłącznie doprecyzowaniu przedmiotu zamówienia.

Określił także, iż dopuszcza składanie ofert równoważnych (produktów równoważnych nie gorszych pod względem posiadanych parametrów jakościowych i technicznych) na produkty określone za pomocą nazw producentów pod warunkiem, że oferowane produkty posiadają parametry techniczne i jakościowe co najmniej takie same jak produkty podane za pomocą nazw producenta w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia. Ofertą równoważną jest przedmiot o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych spełniający minimalne parametry określone przez Zamawiającego w dokumentacji technicznej. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą szczegółową specyfikację, z której w sposób nie budzący wątpliwości Zamawiającego winno wynikać, iż zaoferowany asortyment jest o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych w odniesieniu do asortymentu określonego przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający poinformował, iż w razie gdy w opisie przedmiotu zamówienia znajdują się znaki towarowe, za ofertę równoważną uznaje się ofertę spełniającą parametry indywidualnie wskazanego asortymentu określone przez jego producenta.

Ponadto w pkt 7 siwz, dokumenty składające się na ofertę, Zamawiający wskazał w pkt d na szczegółową specyfikację techniczną (np. karty katalogowe, foldery informacyjne, itp.) w przypadku zaoferowania produktów równoważnych, z której w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że zaproponowany produkt spełnia warunek równoważności – wymóg dotyczy produktów, w których oznaczono nazwę, model, typ i/lub producenta zamawianego urządzenia.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki z art. 187 ust. 4 ustawy pzp, których uwzględnienie skutkowałoby koniecznością odrzucenia odwołania a Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem ewentualne uwzględnienie zarzutów w nim zawartych stwarza możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Bezspornym między stronami jest okoliczność zastosowania w ofercie Odwołującego zamienników w stosunku do produktów referencyjnych wskazanych w dokumentacji projektowej w następujących pozycjach:

1. wykładzina Mondo typu Futura zamiast wykładziny Noraplan Mega.
2. wykładzina Mondo typu Punti Acustical zamiast wykładziny Noraplan Eco.
3. wykładzina Mondo Andersia zamiast Norament 825.
4. fotele Wamat typ Merkury zamiast Figuares model 5064 mini space.
5. oprawy oświetleniowe LINEA zamiast SLOTLIGHT SYSTEM.
6. oprawa HAWK zamiast oprawy VIVO.
7. oprawa EOS 200 zamiast oprawy PANOS LG 2/ 26 W 200.
8. oprawa TWN II 1/70 EVG UP/DN zamiast oprawy MAXI ADA G12 HQI –T1.
9. oprawa OPTIMA zamiast oprawy RED2 4/18.

Istota sporu sprowadza się do oceny, czy zaproponowane przez Odwołującego zamienniki są równoważne w stosunku do produktów podanych jako referencyjne.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 3 ustawy pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub nie można opisać przedmiotu zamówienia za pomocą wystarczająco dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” lub inne równoznaczne wyrazy. Zamawiający ma obowiązek precyzyjnego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałe dla osób trudniących się działalnością w danej branży.

Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem i doktryną dla oceny równoważności produktów nie wystarczy samo użycie sformułowania „lub równoważny” jak również określenie językowej wykładni pojęcia „równoważny”. Konieczne jest użycie sformułowań uściślających i podanie wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert (*podobnie Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 05.06.2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-711/03 oraz wyrok z dnia 7 kwietnia 2008 r., Sygn. akt KIO/UZP 254/08*).

Bez doprecyzowania zakresu wymaganej równoważności Zamawiający nie jest w stanie ocenić zaproponowanych zamienników pod kątem ich równoważności, dlatego konieczne jest określenie minimalnych wymagań technicznych w zakresie parametrów oferowanych wyrobów.

W rozpatrywanym stanie faktycznym - Zamawiający, dopuszczając składanie ofert równoważnych, powołał w siwz jedynie ogólną definicję „oferty równoważnej”, nie określając jednocześnie minimalnych wymogów technicznych co do zaoferowanych produktów i nie podając istotnych dla niego parametrów, które będzie brał pod uwagę, oceniając równoważność produktów.

Uznaje się, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry.

Izba zwraca uwagę na okoliczność, że każdy materiał, produkt cechuje się wieloma parametrami i właściwościami przypisanymi wyłącznie temu konkretnemu produktowi. Wymóg, aby produkt równoważny spełniał wszystkie cechy i parametry właściwe dla danego produktu referencyjnego, prowadziłby do konieczności zaproponowania produktów o identycznych parametrach, a zatem podważałby sens dopuszczenia składania ofert równoważnych i czynił to postanowienie niewykonalnym. Stąd niezwykle istotne jest podanie przez Zamawiającego na etapie sporządzenia siwz, parametrów, które jego zdaniem są istotne dla oceny czy dany produkt jest produktem równoważnym.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, wskazanie dopiero w trakcie oceny ofert na pewne parametry równoważności, nie określone wprost w dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego, a wynikające jedynie pośrednio przez podanie konkretnych nazw producentów, nie może stanowić o nieodpowiedniości treści oferty z treścią siwz i skutkować odrzuceniem na tej podstawie oferty Odwołującego. Skoro siwz nie określa jakie parametry Zamawiający będzie brał pod uwagę przy ocenie równoważności zaproponowanych produktów to nie może na etapie oceny ofert, powoływać się na nie jako podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Nieodpowiedniość treści oferty do treści siwz, powodująca skutek w postaci odrzucenia oferty, nie może być domniemywana i wywodzona jedynie z nazw produktów wskazanych w dokumentacji projektowej, musi wynikać wprost z postanowień siwz i treści oferty.

Uwzględniając powyższe Izba uznała za niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie, nie wskazanych wprost w treści dokumentacji projektowej parametrów:

1. oporu elektrycznego, który dla wykładziny Mondo typu Futura posiada wartość $\leq 10^{10}$ Ohm, podczas gdy produkt referencyjny wykładzina Noraplan Mega posiada opór o wartości $\leq 10^9$ Ohm.
2. wytrzymałości na rozdarcie, który dla wykładziny Mondo typu Punti Acustical wynosi ≥ 40 N/mm, podczas gdy dla produktu zaoferowanego przez Odwołującego parametr ten określono na poziomie ≥ 30 N/mm.
3. twardości, który dla wykładziny Mondo Andersia wynosi 80 w skali shore A., podczas gdy dla produktu referencyjnego Norament 825 został podany jako nie gorszy niż 88 w skali shore A. a dla wykładziny Mondo typu Punti Acustical posiada twardość na poziomie 90 w skali shore A, podczas gdy produkt referencyjny posiada twardość 92 w skali shore A.
4. odporności na ścieranie - dla produktu Mondo Andersia parametr ten określono na poziomie 160 mm^3 , podczas gdy produkt referencyjny Norament 825 posiada ten parametr na poziomie 140 mm^3 .

Każda z zaproponowanych przez Odwołującego wykładzin – zamienników, posiada niewątpliwie szereg cech i parametrów przypisanych wyłącznie temu produktowi, które w większości są zgodne z parametrami właściwymi dla produktu wskazanego jako referencyjny a niektóre z tych parametrów są nawet wyższe, jak wskazany przez Odwołującego parametr trudnopalności.

Zamawiający wskazał, w projekcie wykonawczym – posadzki, kolorystyka sal 2 – rysunek WN12- legenda, na wykładzinę kauczukową elektrostatyczną Noraplan Mega Al. Kol. 2302, bez podania jednocześnie minimalnego parametru oporu elektrycznego, jaki jest charakterystyczny dla tego rodzaju wykładziny i wynosi $\leq 10^9$ Ohm. czy choćby powołania się na normy PN - EN 1081 czy PN-EN 14041, określające minimalne parametry, które miałyby spełniać wykładzina zaproponowana jako równoważna. Okoliczność braku wskazania wprost w dokumentacji projektowej i siwz minimalnego parametru oporu elektrycznego, została przyznana przez Zamawiającego w trakcie rozprawy. Wobec powyższego zaoferowanie wykładziny, która posiada inny niż produkt referencyjny parametr oporu elektrycznego nie może być uznany za niezgodność treści oferty z treścią siwz. Zamawiający, co również przyznał w trakcie rozprawy, dokonał oceny produktów równoważnych na podstawie kart katalogowych produktów referencyjnych, które nie były powołane w siwz. Ocena ofert winna odbywać się wyłącznie w oparciu o dokumenty, parametry i kryteria wprost określone w dokumentacji postępowania, odrzucenie oferty w oparciu o dokumenty inne niż podane w przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Ponieważ w przywołanych przez strony normach PN EN 1081 oraz PN – EN 14041 „Elastyczne, włókiennicze i laminowane pokrycia podłogowe. Właściwości zasadnicze” brak definicji pojęcia „elektrostatyczność” i brak określenia jaki poziom oporu elektrycznego świadczy o tej właściwości wykładziny, to w ocenie Izby, nie można wykluczyć, że wykładzina zaproponowana przez Odwołującego jest wykładziną, posiadającą cechę elektrostatyczności. Tym bardziej, że Odwołujący przyznał na rozprawie, że zaproponowana przez niego wykładzina Mondo typ Futura jest wykładziną elektrostatyczną a ponadto możliwe jest osiągnięcie również dla tego rodzaju wykładziny parametru oporu elektrycznego wynoszącego $\leq 10^9$ Ohm, co potwierdza złożone przez niego oświadczenie producenta Mondo, który „zobowiązuje się wyprodukować wykładzinę Futura w wersji elektrostatycznej o właściwościach zgodnych z wymogami normy europejskiej UNI EN 1081 (opór elektryczny Ohm 10^7)”.

Przedstawiona przez Przystępującego ekspertyza Instytutu Przemysłu Ogranicznego z dnia 27.04.2009 roku, stwierdza, że „wykładzina podłogowa Mondo Futura nie spełnia wymagań ochrony przed elektrycznością statyczną wg. PN –E- 05204:1994 oraz PN –EN 61340-5 - 1:2009, odnoszonych zarówno do stref zagrożenia wybuchem, jak też – do pomieszczeń z aparaturą elektroniczną”, a zatem odwołuje się również do norm, które nie zostały wskazane przez Zamawiającego w siwz, co oznacza, że niezgodność z nimi nie może być na obecnym etapie powodem odrzucenia oferty Odwołującego. Ekspertyza ta nie wyklucza również, że dla wykładziny Monodo typu Futura zaproponowana przez Odwołującego nie posiada przymiotu „elektrostatyczności”.

Dodatkowo należy wskazać, że powołana ekspertyza jest opinią prywatną, wydaną na zlecenie podmiotu zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, odwołuje się ona do katalogu dla standardowego produktu, podczas gdy z treści oświadczenia producenta Mondo wynika wprost możliwość spełniania spornego parametru oporu elektrycznego.

W odniesieniu do zaoferowanych foteli Wamat typ Merkury zamiast Figueras model 5064 Mini Space, Izba ustaliła co następuje:

Bezspornym między stronami jest, że zgodnie z projektem wykonawczym auli, przekrój przez widownię mobilną – rysunek nr 17 wskazano na dwa rodzaje krzeseł: tapicerowane Figueras 5064 Mini Space 2000 oraz tapicerowane Merkury F – MY Wamat.

W dniu 16.01.2009 roku na pytanie nr 2 jaka powinna być szerokość krzeselka trybuny teleskopowej po złożeniu lub jaka powinna być szerokość światła przejścia.

Zamawiający udzielił odpowiedzi, że:

Krzeseła na trybunie nie muszą być tej samej firmy co na widowni stałej. Powinny jednak nawiązywać estetyką (kolorem, kształtem, materiałami) i spełniać standard krzeseł (Forum Seating model College) na widowni stałej. Powinny również spełniać wymogi samej trybuny tj. mieć możliwość składania się w taki sposób, aby można było trybunę bez problemu złożyć a po rozłożeniu umożliwiała swobodne przejście między rzędami.

Na pytanie nr 5 - Czy krzesła zastosowane na trybunie teleskopowej Wamat TW2M mają być takie same jak w części stałej auli?

Zamawiający odesłał do odpowiedzi na pytanie nr 2.

Z kolei w dniu 22.01.2009 roku na pytanie nr 1 - na rys. 17 „Przekrój przez mobilną widownię” występują dwa typy krzeseł: Figueras 5064 oraz Merkury. W związku z tym prosimy o sprecyzowanie, który typ krzeseł ma być wyposażona mobilna widownia.

Zamawiający udzielił odpowiedzi, że:

Widownia stała ma być wyposażona w krzesła typu FORUM SEATING model COLLEGE lub równoważne. Na trybunie ruchomej nie muszą być zastosowane krzesła tej samej firmy. Powinny one jednak nawiązywać estetyką, standardem i parametrami akustycznymi do krzeseł na widowni stałej. Powinny również spełniać wymogi samej trybuny tj. mieć możliwość składania się w taki sposób, aby można było trybunę bez problemu złożyć, a po rozłożeniu krzesła umożliwić swobodne przejście między rzędami.

W świetle przytoczonych wyżej pytań i odpowiedzi, Izba zważyła że nie znajduje uzasadnienia stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego, że dokonał on zmiany treści siwz w zakresie foteli wskazanych w projekcie wykonawczym. Zamawiający w przywołanych pismach nie wykreślił podanych w projekcie foteli Merkury. Udzielone przez Zamawiającego, w trybie art. 38 ust. 1 ustawy pzp, wyjaśnienia nie wyłączają możliwości zaoferowania, wskazanych przecież w projekcie foteli typu Merkury. Zamawiający określił jedynie w wyjaśnieniach, że na trybunie ruchomej nie muszą być zastosowane krzesła tej samej firmy co na widowni stałej tj. krzesła FORUM SEATING model COLLEGE lub równoważne. Skoro zaoferowane przez Odwołującego krzesła typu Merkury są krzesłami wskazanymi w projekcie wykonawczym i nawiązują estetyką, standardem (są tapicerowane, posiadają drewniane blaty) i parametrami akustycznymi do krzeseł na widowni stałej to, w ocenie Izby, nie znajduje uzasadnienia stanowisko Zamawiającego co do niezgodności treści oferty z treścią siwz w tym zakresie i sprzeczności z udzielonymi wyjaśnieniami.

W odniesieniu do zaoferowanych opraw oświetleniowych LINEA zamiast wskazanych jako referencyjne SLOTLIGHT SYSTEM, Izba zważyła co następuje:

Odwołujący w trakcie rozprawy wyjaśnił, powołując się na złożone do akt rysunki techniczne, że wskazane w siwz oprawy oświetleniowe LINEA to oznaczenie grupy opraw, które są produkowane w wersji nastropowej, dostropowej i zwieszanej, podobnie jak grupa opraw oświetleniowych wskazanych jako referencyjna - SLOTLIGHT SYSTEM. Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący nie zaprzeczyli temu stanowisku. W ocenie Izby, Odwołujący skutecznie wykazał, że zaoferowane przez niego oprawy oświetleniowe LINEA mogą być z powodzeniem montowane także w wersji zwieszanej i nastropowej. Potwierdzeniem tej okoliczności są również wyjaśnienia, udzielone Zamawiającemu dnia 23.03.2009 roku, że „Oferowane oprawy LINEA posiadają trzy możliwości instalowania: dostropowe, nastropowe i zwieszane. Nastropowe zamierzamy instalować się za pomocą kołków rozporowych, natomiast zawieszane za pomocą zawiesi ze stalową linką. W załączeniu karty katalogowe wskazujące przykładowy sposób instalacji oprawy (zał. Nr 1).”

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że zaoferowany przez Odwołującego produkt zamienny spełnia wymagania zarówno funkcjonalne jak i techniczne takie jak wskazany produkt równoważny i może być użyty do tworzenia zamierzonych przez Zamawiającego linii świetlnych i montowany w wersji wymaganej dokumentacją projektową.

W odniesieniu do zaoferowanych opraw HAWK zamiast oprawy VIVO, Izba zważyła, że bezspornym jest, że oprawy Vivo posiadają zapłon elektroniczny EVG. Odwołujący wyjaśnił, że oprawy HAWK są produkowane wyłącznie z zapłonem elektronicznym EVG a nie konwencjonalnym, a zatem takim jak oprawy referencyjne VIVO. Potwierdzeniem tego stanowiska jest wyjaśnienie z dnia 23.03.2009 roku - nr 4, w którym Odwołujący oświadczył, że w miejscach, gdzie tego wymagał projekt zastosował zapłon EVG. Mimo, iż pomiędzy złożonym wyjaśnieniem a tabelarycznym zestawieniem parametrów opraw, załączonym do wyjaśnień istnieje pewna sprzeczność, na jaką wskazywał Zamawiający to jednak została ona usunięta przez złożenie jednoznacznego oświadczenia w trakcie rozprawy, że oprawy HAWK są produkowane wyłącznie z zapłonem elektronicznym EVG.

W ocenie Izby, Zamawiający mając wątpliwości co treści udzielonych wyjaśnień i treści oferty mógł na etapie oceny ofert skorzystać z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy, aby w sposób jednoznaczny wyjaśnić rodzaj zapłonu dla zaproponowanych jako zamiennie opraw HAWK.

Izba podkreśla, że powody odrzucenia oferty muszą być jednoznaczne i jasne i muszą znajdować swoje oparcie w treści oferty i siwz. Z udzielonych wyjaśnień dnia 23.03.2009 roku nie wynika w sposób oczywisty niespełnienie wymagań Zamawiającego, a zatem zasadnym było skorzystanie z prawa wezwania do udzielenia dodatkowych wyjaśnień.

Ogólne określenie przez Zamawiającego, zgodnie z opinią rzeczoznawcy z dnia 12.03.2009 roku, że „ oprawa HAWK odbiega wizualnie od projektowanych opraw” nie może być

powodem odrzucenia oferty Odwołującego, w sytuacji gdy zaproponowany zamiennik nie jest gorszy pod względem jego cech funkcjonalnych i jakościowych.

W odniesieniu do zaoferowanych opraw EOS 200 zamiast wskazanych jako referencyjne - oprawa PANOS LG 2/ 26 W 200 IP 54, Izba zważyła:

Na rysunku 5 projekt elektryczny Zamawiający wskazał na oprawę PANOS LG 2/ 26 W 200 IP 54.

Odwołujący wyjaśnił w trakcie rozprawy, że również dla zaproponowanych przez niego opraw EOS 200 możliwe jest osiągnięcie parametru IP 54, które posiada produkt referencyjny. Parametr ten zamierza osiągnąć za pomocą pierścieni uszczelniających, które Odwołujący wskazał w ofercie, czyli w sposób identyczny w jaki uzyskuje się ten parametr dla opraw wskazanych jako referencyjne. Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący nie zaprzeczyli twierdzeniom Odwołującego w zakresie wskazanego przez niego sposobu uzyskania wymaganego parametru IP.

Zatem w świetle złożonych wyjaśnień należy uznać, że zaproponowany zamiennik spełnia wymagania funkcjonalne, jakościowe i wymagany parametr IP na poziomie 54.

W ocenie Izby, również ta kwestia mogła stanowić przedmiot wyjaśnień Odwołującego na etapie oceny ofert.

W odniesieniu do oprawy TWN II 1/70 EVG UP/DN, zamiast produktu referencyjnego oprawy MAXI ADA G12 HQI –T1.

Odwołujący wskazał na fakt, któremu Zamawiający nie zaprzeczył, że w tym zakresie opis pozycji brzmiał „oprawy takie jak na istniejącym budynku”. Przy czym Zamawiający nie podał żadnych minimalnych parametrów technicznych, funkcjonalnych czy estetycznych jakie winni spełniać zaproponowane zamienniki, w szczególności nie wskazał na kwestionowany na etapie oceny ofert stopień ochrony IP na poziomie 65. W sytuacji braku określenia przedmiotu zamówienia oraz opisu oceny produktów równoważnych, Izba powołuje się na stanowisko zaprezentowane w pierwszej części uzasadnienia w zakresie nie wskazanych w siwz parametrów wykładzin i uznaje, że skoro siwz nie określa jakie parametry Zamawiający będzie brał pod uwagę przy ocenie równoważności zaproponowanych produktów to nie może na etapie oceny ofert, powoływać się na nie jako podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

W odniesieniu do opraw OPTIMA zamiast oprawy RED2 4/18, Izba zważyła:

Bezspornym między stronami jest to, że w zakresie sprawności opraw oświetleniowych produkt wskazany jako referencyjny posiada oprawa RED 4/18 posiada sprawność na poziomie 60%. Zamawiający powołał się na opinię rzeczoznawcy z dnia 12.03.2009, który

wskazał, że dla opraw oświetleniowych zaproponowanych przez Odwołującego sprawność wynosi 57%. Jak wynika, z treści opinii „oprawa OPTIMA ma zupełnie inną krzywą rozsyłu światłości – konieczność wykonania dodatkowych obliczeń oświetlenia, gdyż istnieje prawdopodobieństwo niespełnienia wymogów normatywnych założonych w pierwotnym projekcie”. Należy podkreślić, że rzeczoznawca wydający opinię, która była podstawą podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, dokonał porównania parametrów podanych w kartach katalogowych produktów referencyjnych z parametrami produktów zaproponowanych przez Odwołującego, przyjmując że wszystkie parametry muszą być identyczne lub lepsze. Opinia rzeczoznawcy nie odnosi do treści postanowień siwz i dokumentacji projektowej, które zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy pzp mogą stanowić wyłączną przesłankę do stwierdzenia niezgodności z treścią oferty.

W ocenie Izby z opinii, będącej podstawą odrzucenia oferty nie wynika w sposób oczywisty niemożliwość spełnienia parametru sprawności opraw oświetleniowych na poziomie 60%, rzeczoznawca stwierdza jedynie, że istnieje takie prawdopodobieństwo i wskazuje na wykonanie dodatkowych badań.

W kontekście powyższego za uzasadnione należy uznać stanowisko Odwołującego, że dla zaproponowanych przez niego opraw możliwe jest również osiągnięcie wymaganej sprawności oświetlenia, tym bardziej że parametr ten jest zależny nie tylko od zastosowanego rodzaju opraw a karty katalogowe produktów nie podają tego parametru.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniła zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 87 ust. 1 ustawy pzp i nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a oraz ust. 2 pkt 2 ustawy pzp.

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.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

—

* *niepotrzebne skreślić*