

WYROK
z dnia 18 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 października 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Solver**” **Sp. z o.o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego, którym są **Bieszczadzkie Schroniska i Hotele PTTK Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29, 38-500 Sanok**

przy udziale wykonawcy **Wachelka Inergis Sp.j., ul. Kisielewskiego 18/28, 42-215 Częstochowa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynności zamawiającego, polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty odwołującego, a także nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Bieszczadzkie Schroniska i Hotele PTTK Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29, 38-500 Sanok**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez „**Solver**” **Sp. z o.o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Bieszczadzkie Schroniska i Hotele PTTK Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29, 38-500 Sanok** na rzecz „**Solver**” **Sp. z o.o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krośnie.**

Przewodniczący

.....

UZASADNIENIE

do wyroku z dnia 18 października 2010 r. o sygn. akt: KIO 2174/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Instalację kolektorów słonecznych w obiektach PTTK w Bieszczadach i w Beskidzie Niskim” „SOLVER” Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego - Bieszczadzkich Schronisk i Hoteli PTTK Sp. z o.o., polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej ustawa Pzp), poprzez nie podanie w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty uzasadnienia faktycznego i prawnego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Wachelka INERGIS sp. j. oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. nakazanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
3. przyznanie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odnosnie naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że odrzucenie oferty musi zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne, co oznacza, że zamawiający musi wskazać zarzuty wobec oferty, które wykazują jej niezgodność ze specyfikacją, a dopiero wówczas odpowiednie przepisy prawa, na które się powołuje.

Odwołujący wskazał, że pismo zamawiającego z dnia 1 października 2010 r. zawiera część nazwaną „uzasadnienie prawne” i drugą część „uzasadnienie faktyczne” lecz nie można tych fragmentów pisma - zdaniem odwołującego - uznać za zgodne z treścią art. 92 Pzp, ponieważ jedynym zarzutem, który wynika z tego pisma jest stwierdzenie, że: „Z dokumentów przedstawionych przez firmę „Solver” nie wynika, że proponowane kolektory słoneczne są równoważne w zakresie j/w do kolektorów przywołanych w dokumentacji przetargowej z powodu zasadniczych różnic konstrukcyjnych, które dyskwalifikują je w warunkach eksploatacji przewidzianych przez Zamawiającego”,

Odwołujący podniósł, że pismo to nie zawiera wskazania, jakie elementy oferty są niezgodne z warunkami przewidzianymi w SIWZ, a bez takiego wskazania nie można przeprowadzić rozważań o ewentualnej równoważności lub jej braku innych rozwiązań.

Odwołujący stwierdził, że SIWZ nie stawia żadnych specjalnych wymogów kolektorom słonecznym, które by miały być użyte do wykonania tego zamówienia w szczególności nie różnicuje tych kolektorów z uwagi na sposób ich budowy na tzw. meandryczne, o strukturze pojedynczej lub podwójnej harfy.

W ocenie odwołującego brak w związku z tym podstaw do stawianie zarzutu, że kolektor zgłoszony przez odwołującego się nie odpowiada warunkom SIWZ - jest to gołosłowne i sprzeczne z jej treścią.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że w ogóle nie można jednoznacznie ocenić, czy oprócz struktury budowy kolektora zamawiający uważa, iż także sposób montażu jest sprzeczny ze specyfikacją, ponieważ pisma z dnia 1 października 2010 r. nie zawiera żadnych wskazówek w tym przedmiocie, co ewentualnie odwołujący podejrzewa ze względu na fragment opinii Marii i Mariana M. z dnia 27.09.2010 r. (końcowa części tej opinii).

Odwołujący stwierdził, że trudno mu jednak ocenić, czy jest to i jaki zarzut do jego oferty i podstawa jej odrzucenia.

Odnosnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że przedmiotowy przetarg jest kolejnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania pn. instalacja kolektorów słonecznych w obiektach PTTK w Bieszczadach i w Beskidzie Niskim. Wyjaśnił, że w poprzednim postępowaniu za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę odwołującego, jednak postępowanie to zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że najniższa oferta przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 1 413 736,00 zł brutto.

Jako dowód odwołujący załączył zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania z 30 lipca 2010 r.

Podał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający również zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 1 413 736,00 zł brutto, a oferta wybrana opiewa na kwotę 1 649 999,98 zł brutto, co jednak nie spowodowało, unieważnienie postępowania przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego takie postępowanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jak wynika bowiem z czynności podejmowanych przez zamawiającego, a w szczególności podjęcia przez niego decyzji o rozstrzygnięciu przetargu znalazł on sposób sfinansowania różnicy pomiędzy wartością przetargu a wysokością najniższej oferty. Podniósł, że zamawiający nie wskazał, iżby jakieś elementy w sprawie miały ulec zmianie w szczególności nie uległa zmianie specyfikacja, kwota przeznaczona na wykonanie zamówienia, główni oferenci, ani okoliczność, że oferta odwołującego się jest nadal najtańsza.

Odwołujący wskazał, że w żadnym z pism w toku zamówienia ani przy jego rozstrzygnięciu zamawiający nie wskazał dlaczego oferta odwołującego się w lipcu była ofertą najkorzystniejszą a we wrześniu, mimo iż parametry zamówienia nie uległy zmianie przestała być ofertą najkorzystniejszą.

Odnosnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że nie jest prawdą, iż jego oferta nie odpowiada SIWZ, lub co podnosi z ostrożności, że jego oferta nie jest co najmniej ofertą równoważną do warunków określonych przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że SIWZ nie zawiera ograniczeń co do rodzaju budowy kolektora. Wskazał, że te parametry, które musi spełnić kolektor według SIWZ zostały przez kolektor odwołującego spełnione.

Podniósł, że gdyby nawet stanąć na stanowisku, że zamiarem zamawiającego był kolektor o strukturze pojedynczej harfy to kolektor przedstawiony przez odwołującego jest co najmniej równoważny, a wręcz uzyskuje lepszy efekt cieplny niż kolektor o strukturze harfy pojedynczej.

Odwołujący wskazał, że zamawiający wyjaśnił na czym ma polegać równoważność tzn. zastosowanie urządzeń i wyposażenia technologicznego, które będą równoważne w stosunku do wymienionych w dokumentacji z zachowaniem wszystkich parametrów technicznych, które będą co najmniej równe pod względem cech technicznych, jakościowych kosztów eksploatacyjnych, rozwiązań technologicznych i walorów ekologicznych powołanych w dokumentacji,

Jako dowód załączył pismo z dnia 01.09.2010 r.

Stwierdził, że oferta odwołującego nie ma takiego charakteru.

Podał, że zdaniem zamawiającego z dokumentów przedstawionych przez odwołującego wynika, że kolektory słoneczne nie są równoważne do kolektorów z dokumentacji przetargowej z powodu zasadniczych różnic konstrukcyjnych, które dyskwalifikują je w warunkach eksploatacji przewidzianych przez zamawiającego, na potwierdzenie czego zamawiający przedstawił w toku postępowania pismo z dnia 27 września 2010 r. inż. Marian M. z Zakładu Projektowo - Realizacyjnego s.c.

Podał, że w w/w piśmie wskazano, że konstrukcją solara GAK.2.0 jest podwójna harfa, a solara użytego w dokumentacji jest harfa pojedyncza, co ma szczególne znaczenie w przypadku schronisk górskich, gdzie dość często mogą wystąpić przerwy w zasilaniu elektrycznych układów pompowych - w przypadku bowiem braku zasilania elektrycznego układu solarnego przy równoczesnym silnym nasłonecznieniu bardzo często w dolnej części podwójnej harfy następuje przegrzanie glikolu. W piśmie wskazano także, że czyszczenie przegrzanych kolektorów jest bardzo uciążliwe i kosztowne w eksploatacji, co nie występuje przy układach jednoharfowych.

W ocenie odwołującego wyrażone w piśmie z dnia 27 września 2010 r. stanowisko jest błędne. Za oczywiste uznał odwołujący to, że równoważność o której mowa w art. 35 ust. 5 ustawy Pzp jest kategorią odnoszącą się do danego wyrobu lub usługi w całości, ponieważ gdyby równoważność miała odnosić się do każdego z parametrów, który dany wyrób ma spełniać, to byłoby to zaprzeczeniem jej istoty.

Zdaniem odwołującego kolektory proponowane przez odwołującego mają nie tylko równoważne, ale nawet lepsze parametry techniczne od kolektorów słonecznych powołanych w dokumentacji. Podniósł, że w SIWZ w żadnym miejscu nie ma mowy, że konstrukcją kolektora może być wyłącznie harfa pojedyncza.

W ocenie odwołującego jego kolektor posiadający układ hydrauliczny absorbera - harfę podwójną jest rozwiązaniem znacznie lepszym niż harfa pojedyncza i pozwala uzyskiwać znacznie lepsze uzyski energetyczne. Podał, że układ hydrauliczny absorbera - harfa podwójna jest objęty badaniem według norm PN EN 12975-1,2/2007 wydanymi przez niezależną jednostkę badawczą.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wynikami przeprowadzonych badań najsukuteczniejszy odbiór ciepła z całej jego powierzchni zapewnia absorber z rurkami w formie harfy podwójnej, zaś twierdzenia M. i M. M. o rzekomym przegrzewaniu się glikolu w kolektorze są gołosłowne i sprzeczne z wynikami badań.

Odwołujący podniósł nadto, że co najmniej przez 13 lat wszystkie czynności związane z wymianą, uzupełnianiem lub też czyszczeniem płynu chłodzącego, jak też przewodów kolektora jest obowiązany wykonywać gwarant tj. w tym wypadku oferent, który by wygrał przetarg.

Podkreślił, że w nauce przyjmuje się jednoznacznie, że miarą efektywności kolektora nie jest układ przewodów lub też rodzaj płynu, ale jego sprawność energetyczna tzn. zdolność do produkowania ciepła.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 24.03.2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 178/10.

Odwołujący jako dowód załączył do odwołania artykuł Roberta Mizia „Kolektory słoneczne dodatkowe źródło ciepła”

Wskazał także, że nie istnieje możliwość przegrzania glikolu w dolnej części harfy większa niż w kolektorach jednoharfowych - z punktu widzenia tej cechy kolektory z układem hydraulicznym absorbera - harfą podwójną są znacznie wydajniejsze od kolektorów jednoharfowych.

Powołał się na opinię Instytutu Maszyn Przepływowych im. Roberta Szewalskiego Polskiej Akademii Nauk na temat badań porównawczych kolektorów Jurasol 2.0 HD, który jest kolektorem z harfą pojedynczą z kolektorem GERES-ASCO GAK 2.0 oferowanym przez odwołującego, z której wynika, że zastosowanie układu hydraulicznego w postaci harfy podwójnej jest równoważne funkcjonalnie do układu hydraulicznego harfy pojedynczej.

Wyjaśnił, że opinia ta, choć przygotowana w przetargu ogłoszonego przez gminę Kłoczew w ramach realizacji projektu „Wykorzystanie energii słonecznej szansą na poprawę jakości środowiska w Gminie Kłoczew”, w zakresie porównania budowy kolektorów zastosowania układu hydraulicznego w postaci harfy podwójnej oraz harfy pojedynczej ma pełne zastosowanie w przedmiotowej sprawie.

Załączył do odwołania opinię Instytutu Maszyn Przepływowych im. Roberta Szwalskiego PAN z daty 18 sierpnia 2010 r.

Dodatkowo wskazał, że z opinii dr hab. inż. Dariusza Butrymowicza, Kierownika Laboratorium Techniki Ciepłej Instytutu Maszyn Przepływowych PAN wynika, że z fizycznego punktu widzenia nie istnieją żadne przesłanki do wykazywania wyższości jednego rodzaju kolektorów nad innymi z punktu widzenia układu przewodów w jego wnętrzu.

Załączył do odwołania opinię dr hab. inż. Dariusza Butrymowicza Kierownika Laboratorium Techniki Ciepłej Instytutu Maszyn Przepływowych PAN z dnia 30 września 2009 r.

Podniósł wreszcie, że budowa kolektora słonecznego nie ma także znaczenia z punktu widzenia ich umiejscowienia, w szczególności w przypadku schronisk górskich, zaś kolektory odwołującego nie są droższe w utrzymaniu niż kolektory z harfa pojedynczą, jak również okres gwarancji wynosi na nie 13 lat.

Na zakończenie wskazał, że jakkolwiek z żadnego pisma zamawiającego nie wynika, iż sposób montażu miałby być przyczyną odrzucenia oferty, to gdyby tak było, to stanowiłoby to rażące naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp Prawa zamówień publicznych. Stwierdził, że jeżeli podstawą do tego miałby być ostatni fragment pisma M. i M. M. z dnia 27.09.2010 r., to sposób montażu przedstawiony przez odwołującego się jest w całości zgodny z SIWZ, a odmienne stanowisko zamawiającego jest rażąco sprzeczne z treścią SIWZ.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ potwierdzenie się zarzutów odwołania doprowadziłoby do przywrócenia oferty odwołującego, co ze względu na przewidziane przez zamawiającego kryteria oceny ofert (cenę - 60 %, termin wykonania - 15 %, warunki gwarancji - 25 %) i treść oferty odwołującego (najniższa cena, najkrótszy termin wykonania, okres gwarancji - równie długi, jak w przypadku wykonawcy, którego ofertę zamawiający wybrał, a jednocześnie dłuższy od

oferty trzeciego z wykonawców, który złożył ofertę) dawałoby mu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i związanego z jego realizacją zysku.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego i przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (SIWZ),
2. oferty odwołującego,
3. wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 15 września 2010 r.,
4. wyjaśnień odwołującego z dnia 20 września 2010 r. na w/w wezwanie,
5. zawiadomienia zamawiającego z dnia 1 października 2010 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty,
6. odwołania z dnia 4 października 2010 r. wraz z załącznikami,
7. przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 11 października 2010 r. wraz z załącznikami,
8. odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 14 października 2010 r.

Zarzut zaniechania podania przez zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego uzasadnienia faktycznego i prawnego oraz zarzut bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego częściowo się potwierdził.

Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest to, czy informacja o odrzuceniu oferty odwołującego się, jaką zawarł zamawiający w zawiadomieniu z dnia 1 października 2010 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty o treści: „Uzasadnienie prawne: zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej teść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzasadnienie faktyczne: W opisie przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), Zamawiający umieścił zapis, że dopuszcza złożenie ofert równoważnych tzn. zastosowanie urządzeń i wyposażenia technologicznego, które będą równoważne w stosunku do wymienionych w dokumentacji, 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. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Z dokumentów przedstawionych przez firmę „SOLVER” Sp. z o.o. nie wynika, że proponowane kolektory

słoneczne są równoważne w zakresie j/w do kolektorów przywołanych w dokumentacji przetargowej z powodu zasadniczych różnic konstrukcyjnych, które dyskwalifikują je w warunkach eksploatacji przewidzianych przez Zamawiającego", jest wystarczająca dla uznania, że zamawiający wywiązał się z nałożonego na niego przepisem art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obowiązku.

W ocenie Izby uznanie informacji o odrzuceniu oferty za wystarczającą jest możliwe jedynie wówczas, gdy z informacji tej wykonawca pozyska wiedzę o podstawach eliminacji jego oferty i jej niedopuszczeniu do oceny o takim stopniu szczegółowości, który nie pozostawia wątpliwości co do tego, który fragment oferty (jaka jej treść) z którym postanowieniem (jaką treścią) SIWZ pozostaje niezgodny.

Bez wątpienia zamawiający w zacytowanej powyżej treści zawiadomienia wyczerpująco podał uzasadnienie prawne odrzucenia oferty odwołującego, poprzez wskazanie, że podstawę tę stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz poprzez przywołanie brzmienia treści tegoż przepisu. To uzasadnienie prawne wraz z właściwym uzasadnieniem faktycznym spełniłoby oczekiwanie odwołującego wyrażające się - jak oświadczył odwołujący na rozprawie - w uzyskaniu wiedzy na temat tego „z jakiego powodu ten przepis ma zastosowanie do oferty odwołującego”.

O ile jednak zamawiający wyczerpująco podał uzasadnienie prawne odrzucenia oferty odwołującego, o tyle w ocenie Izby waloru wyczerpującego w żadnym razie nie można przypisać uzasadnieniu faktycznemu, które w istocie ogranicza się do zakreślenia przez zamawiającego obszaru niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, poprzez wskazanie, że są to „zasadnicze różnice konstrukcyjne”.

Tak ogólnie wskazana przyczyna odrzucenia oferty odwołującego mogła stanowić punkt wyjścia dla wskazania przyczyn szczegółowych eliminacji oferty odwołującego, w żadnym jednak razie nie mogła tych przyczyn zastąpić.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Taka konstrukcja przepisu każdorazowo wymusza na zamawiającym, w związku z obowiązkiem podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazania tak treści SIWZ, jak i treści oferty, które okazały się ze sobą niezgodne, a dodatkowo uzasadnienia, dlaczego niezgodności te nie mogły zostać zakwalifikowane do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i poprawione.

W „Zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty” zamawiający nie wskazał o jakie wymogi SIWZ odnośnie konstrukcji kolektora słonecznego chodzi, w szczególności nie wskazał, w którym miejscu SIWZ wprowadził wymóg zaoferowania kolektorów jednoharfowych.

Odnosząc się do kwestii samego wymogu zaoferowania kolektorów jednoharfowych Izba stoi na stanowisku, że niewystarczającym dla uznania, że wymóg taki został w przedmiotowym postępowaniu ustanowiony jest fakt, że dokumentacja zamawiającego została opracowana „na bazie” kolektora o konstrukcji jednoharfowej w sytuacji, gdy zamawiający nie określił, które parametry, cechy czy właściwości wskazanego przez zamawiającego kolektora są rozstrzygające dla możliwości uznania równoważności kolektora oferowanego. Wskazany w Rozdziale III pkt 2.2. SIWZ zakres równoważności nie odnosi się w istocie do żadnego z postanowień SIWZ. Oczekiwanie równoważności co do absolutnie wszystkich parametrów, cech czy właściwości, nadto wywodzone z samego tylko faktu wskazania w SIWZ konkretnego modelu kolektora jest zaprzeczeniem sensu dopuszczenia ofert równoważnych, a jednocześnie jest nierealne z punktu widzenia możliwości skutecznego wykazania równoważności (wykazania równoważności „pod każdym względem”).

Innymi słowy, przywołany w zawiadomieniu z dnia 1 października 2010 r. fragment SIWZ nie stanowi treści SIWZ wskazującej wymogi zamawiającego odnośnie kolektorów słonecznych, ale wskazuje wymogi zamawiającego odnośnie obszarów równoważności wymogów, które nie zostały wyspecyfikowane.

Trudno w świetle takiego brzmienia SIWZ, jak i utrwalonego w orzecznictwie i doktrynie nakazu literalnego odczytywania postanowień SIWZ i jednocześnie zakazu jej interpretacji na niekorzyść wykonawcy uznać, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy zostali w ogóle zobligowani przez zamawiającego do wykazywania równoważności konstrukcji oferowanych kolektorów.

Także złożone na rozprawie przez zamawiającego oświadczenie, że w zakresie konstrukcji kolektorów kolektory o budowie meandrycznej są równoważne kolektorom o budowie jednoharfowej nie znajduje odzwierciedlenia w treści SIWZ.

Ze względu na zarysowany powyżej obszar niezgodności treści oferty odwołującego ograniczający się konstrukcji kolektora Izba uznała, że powodem odrzucenia oferty odwołującego wskazanym w zawiadomieniu z dnia 1 października 2010 r. w żadnym razie nie były kwestie dotyczące montażu kolektora. Zawiadomienie nie wspomina o takiej przyczynie nawet w stopniu tak ogólnym jak miało to miejsce w przypadku „zasadniczych różnic konstrukcyjnych”. Nie sposób uznać, że zamawiający wskazując jako podstawę odrzucenia oferty obszar różnic konstrukcyjnych jednocześnie wskazał na jakiegokolwiek niezgodności odnośnie montażu kolektora. Potwierdza to także stanowisko zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, zgodnie z którym w pierwszej kolejności, próbując uzasadniać niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ wskazał na konkretne jej postanowienia, tj. Rozdział III pkt 2.2. – „Informacje uzupełniające do opisu przedmiotu

zamówienia” dotyczące instalacji kolektorów słonecznych w dwóch schroniskach (Bacówka „Pod Honem” oraz „Bacówka w Jaworcu), których w piśmie z dnia 1 października 2010 r. ewidentnie brak.

Przyjęty przez zamawiającego poziom ogólności przekazanych w zawiadomieniu z dnia 1 października 2010 r. informacji nie ma nic wspólnego z uzasadnieniem faktycznym, które dawałoby wykonawcy, którego ofertę zamawiający odrzucił szansę na obronę swojej oferty i dobór adekwatnej argumentacji.

Jedynie czysto formalne sprostanie wymogowi tj. nazwanie uzasadnieniem faktycznym informacji o znacznym stopniu ogólności nie może prowadzić do uznania, że zamawiający wywiązał się z obowiązku nałożonego na niego w przepisie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego.

Izba uznała także, wobec trafnego rozszyfrowania przez odwołującego, że podstawą odrzucenia jego oferty było zaoferowanie kolektora jednoharfowego, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w sytuacji, gdy w istocie brak w postawieniach SIWZ wymogu, aby kolektor miał budowę jednoharfową, ewentualnie meandryczną.

Zarzut zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej potwierdził się.

W sytuacji, gdy zamawiający jako jedyną podstawę odrzucenia oferty odwołującego wskazał niezgodność jej treści z treścią SIWZ w obszarze konstrukcji kolektora słonecznego, a jednocześnie w sytuacji, gdy ta czynność zamawiającego została dokonana z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała, że zamawiający zaniechał wyboru najkorzystniejszej oferty, pomijając ofertę odwołującego w toku badania i oceny ofert.

Tym samym Izba uznała, że zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty odnośnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Izba uznała, że brak jest w przypadku tego zarzutu legitymacji odwołującego do jego wniesienia, a w konsekwencji rozpoznania przez Izbę. Skoro bowiem odwołujący zaoferował najniższą cenę, najkrótszy termin wykonania oraz najlepsze warunki gwarancji w postępowaniu, w którym elementy te stanowiły kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, a jednocześnie odwołujący odwołaniem objął zarzut niezasadnego odrzucenia jego oferty, to

uznać należy, że kwestia prawidłowości działania zamawiającego wobec drugiego z wykonawców pozostawała i pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia przez odwołującego i związanych z nim korzyści.

Na rozprawie odwołujący dodatkowo wyjaśnił, że naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy także czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego pomimo, że we wcześniej prowadzonym postępowaniu dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą i zgodną z wymogami SIWZ.

Wobec tak sformułowanego zarzutu Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, co oznacza, że zakresem odwołania wolno odwołującemu objąć jedynie czynności lub zaniechania zamawiającego, które zostały podjęte (zaniechane) w jednym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Brzmienie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp nie dopuszcza natomiast wnoszenia odwołania od czynności zamawiającego podejmowanych w dwóch różnych postępowaniach i to niezależnie od tego czy dotyczą one tego samego przedmiotu zamówienia.

Uznanie zatem przez zamawiającego w uprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia, że treść oferty odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ nie może samo w sobie stanowić uzasadnienia dla uznania, że w aktualnie prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu odrzucenie oferty odwołującego stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący

.....