

Sygn. akt: KIO 2235/11

**WYROK**  
z dnia 31 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2011 r. przez wykonawcę **Saltex Europa sp. z o.o. we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Akademię Wychowania Fizycznego im. Eugeniusza Piaseckiego w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **Tamex Obiekty Sportowe S.A. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Saltex Europa sp. z o.o. we Wrocławiu** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża **Akademię Wychowania Fizycznego im. Eugeniusza Piaseckiego w Poznaniu** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Saltex Europa sp. z o.o. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Akademii Wychowania Fizycznego im. Eugeniusza Piaseckiego w Poznaniu** na rzecz **Saltex Europa sp. z o.o. we Wrocławiu** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

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

Zamawiający – Akademia Wychowania Fizycznego im. Eugeniusza Piaseckiego w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest budowa trybun zadaszonych i wymiana nawierzchni tartanowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 września 2011 r. poz. 238451.

W dniu 11 października 2011 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Saltex Europa sp. z o.o. we Wrocławiu zwanego dalej „odwołującym” o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w części II: Wymiana nawierzchni tartanowej na bieżni okólnej oraz wykonanie remontu odwodnienia liniowego przy stadionie do hokeja na trawie w Poznaniu przy ul. Królowej Jadwigi 27/39, na działce 2/2, a także o wyborze w tej części jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Tamex Obiekty Sportowe S.A. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
- 2) z ostrożności procesowej – zaniechania dokonania czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp potwierdzających, że oferowane przez odwołującego rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone przez zamawiającego

odwołujący wniósł w dniu 17 października 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp,
- 3) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 4) z ostrożności procesowej naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że odrzucenie złożonej przez niego oferty przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 jako niezgodnej z treścią SIWZ, z uwagi na niezłożenie w ofercie dokumentów stwierdzających równoważność oferowanych robót budowlanych, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Wywodził, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia tj. wykonanie retopingu (wymiany) istniejącej nawierzchni poliuretanowej na bieżni, użył nazw własnych komponentów służących do wykonania tego zamówienia tj. wskazał na komponenty firmy BASF Conica oraz opisał ich

parametry techniczne, stanowiące wymagania minimalne, których spełnienia zamawiający będzie oczekiwał. Z uwagi na powyższe, stosownie do brzmienia postanowienia części III pkt 4 SIWZ oraz odpowiedzi na pytania z dnia 15 września 2011 r. (pytanie 8 i 11) zamawiający dopuścił zastosowanie produktów/ rozwiązań/ komponentów innych niż firmy BASF Conica, jeżeli będą to komponenty lepsze lub równoważne w stosunku do komponentów wymaganych przez niego w SIWZ oraz w dokumentacji projektowej. Jednocześnie nigdzie w specyfikacji zamawiający nie żądał wskazania w treści oferty nazw oferowanych nawierzchni oraz wskazania nazw rozwiązań równoważnych. Taki wymóg nie wynikał również z formularza oferty stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. Ponadto wywodził, że zamawiający nie żądał złożenia wraz z ofertą dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, więc odwołujący nie miał obowiązku ich dołączania do oferty. Podnosił, iż zamawiający nie uczynił zadość obowiązkowi prawidłowego sformułowania wymagań specyfikacji. Postanowienia specyfikacji z jednej strony nie pozwoliły zamawiającemu na ustalenie w odniesieniu do oferty odwołującego, czy ma do czynienia z ofertą na produkty opisane jako podstawowe, czy oferującą rozwiązania równoważne, z drugiej zaś odwołujący nie miał możliwości wskazania na zaoferowanie produktów równoważnych w sposób inny, gdyż zamawiający nie żądał w specyfikacji złożenia wraz z ofertą tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane, dostawy czy usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ. Podnosił, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna być zredagowana w taki sposób, aby dokładnie i w sposób zrozumiały dla wykonawców wyrażała intencje zamawiającego. Jeżeli dyspozycje przekazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niedookreślony precyzują wymagania zamawiającego, nie może to mieć negatywnego wpływu na ocenę oferty wykonawcy, który dostosował się otrzymanych wytycznych sporządzenia oferty. Dlatego zastosowanie się przez odwołującego do postanowień specyfikacji w przedmiotowym postępowaniu nie mogło skutkować odrzuceniem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazywał, iż przepis art. 30 ust. 5 Pzp na który powoływał się zamawiający odnosi się do równoważnych rozwiązań dla opisanych za pomocą norm, a nie do równoważności do przedmiotu zamówienia opisanego konkretną marką czy pochodzeniem. W związku z powyższym w przedmiotowym postępowaniu nie miał on zastosowania, albowiem zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą znaków towarowych, a więc w sposób określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej odwołujący podnosił, iż zamawiający przed odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust, 1 pkt. 2 Pzp, winien wyczerpać obligatoryjny procedurę uregulowaną w art. 26 ust. 3 Pzp i wezwać go do uzupełnienia dokumentów w

celu wykazania równoważności oferowanego rozwiązania, które należy kwalifikować jako dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części II zamówienia;
- 2) dokonanie powtórnej oceny ofert w zakresie części II zamówienia, w tym z ostrożności wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
- 3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej oferty w zakresie części II zamówienia w uwzględnieniu oferty odwołującego.
- 4) zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski o wyjaśnienia treści SIWZ z 15.09.2011 r., wnioski wykonawcy Hemet sp. z o.o. z 15.09.2011r. o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę odwołującego, pismo przystępującego z 29.09.2011 r., wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego z 3.10.2011 r., odpowiedź odwołującego na wezwanie z 5.10.2011 r., zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z 11.10.2011 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, odrzucenie złożonej przez niego oferty, która była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem

oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego była korzystniejszą od oferty wybranej ustalenie, iż zamawiający odrzucił jego ofertę z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do uchylecia tej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. Stosownie do postanowień specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (STWiOR) w części zatytułowanej *Retoping Nawierzchni Poliuretanowej* w punkcie *Materiały* zamawiający opisując materiały zastrzegł, iż *Ponieważ istniejąca nawierzchnia została wykonana na bazie komponentów Conipur , w celu zachowania tych samych parametrów użytkowych podkładu pod warstwę wierzchnią oraz uzyskanie podczas tych prac prawidłowej adhezji nawierzchni i odpowiedniego parametru redukcji siły konieczne jest wypełnienie ubytków dwuskładnikowym systemem poliuretanowym firmy BASF/Conica o następujących parametrach:*

- wytrzymałość na rozciąganie  $\geq 0,60$  MPa
- wydłużenie względne przy zerwaniu  $\geq 40$  %
- wytrzymałość na rozdieranie  $\geq 30$  N
- skurcz liniowy  $\leq 0,1$  %
- gęstość (po zmieszaniu składników AiB) w temperaturze  $20 \pm 2$  0C  $1,30$  g/cm<sup>3</sup>  $\pm 5\%$
- rozlewność :

po 10 minutach  $\geq 20$  cm

po 24 h  $\geq 20$  cm

Ponadto w dokumentacji projektowej na *Projekt Retoppingu – wymiany nawierzchni bieżni tartanowej wraz z wykonaniem remontu odwodnienia liniowego przy boisku wielofunkcyjnym w Poznaniu przy ul. Królowej Jadwigi 27/39* zastrzeżono, iż:

*Ponieważ istniejąca nawierzchnia została wykonana na bazie komponentów Conipur , w celu zachowania tych samych parametrów użytkowych podkładu pod warstwę wierzchnią oraz uzyskanie podczas tych prac prawidłowej adhezji nawierzchni i odpowiedniego parametru redukcji siły konieczne jest wypełnienie ubytków dwuskładnikowym systemem poliuretanowym firmy BASF/Conica o następujących parametrach :*

- wytrzymałość na rozciąganie  $\geq 0,60$  MPa
- wydłużenie względne przy zerwaniu  $\geq 40$  %
- wytrzymałość na rozdieranie  $\geq 30$  N
- skurcz liniowy  $\leq 0,1$  %
- gęstość (po zmieszaniu składników AiB) w temperaturze  $20 \pm 2$  0

1,30 g/cm<sup>3</sup> ±5%

• rozlewność :

po 10 minutach ≥ 20 cm

po 24 h ≥ 20 cm

Ustalono nadto, iż części III pkt 4 SIWZ zamawiający zastrzegł, że *W przypadku użycia w powyższych dokumentach znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów równoważnych. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisane przez zamawiającego zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy PZP, jest zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Podane przez zamawiającego wymagania określające przedmiot zamówienia są warunkami minimalnymi, których zamawiający będzie oczekiwał.*

Ustalono również, iż w trakcie prowadzonego postępowania pismem z dnia 15.09.2011 r. odpowiadając na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ o brzmieniu: *Czy dopuszczone zostanie wykonanie retopingu z wykorzystaniem komponentów innej firmy niż BASF Conica przy zapewnieniu warunków gwarancji zgodnych z wymogami postępowania?*

zamawiający udzielił odpowiedzi: *Zamawiający dopuszcza wykonanie retopingu z wykorzystaniem komponentów innej firmy niż BASF Conica przy zapewnieniu, że będą one lepsze lub równoważne co do komponentów wymaganych przez zamawiającego w SIWZ oraz dokumentacji projektowej oraz spełniania przez nie warunków gwarancji zgodnych z wymogami postępowania.*

Tym samym pismem odpowiadając na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ o brzmieniu: *jakie są warunki równoważności oferowanych systemów do retopingu w przypadku wykorzystania innych komponentów niż firmy BASF Conica?*

zamawiający udzielił odpowiedzi: *Zamawiający dopuszcza wykonanie retopingu z wykorzystaniem komponentów innej firmy niż BASF Conica przy zapewnieniu, że będą one lepsze lub równoważne co do komponentów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ oraz dokumentacji projektowej oraz spełniania przez nie warunków gwarancji zgodnych z wymogami postępowania. Ponadto technologia retopingu została opisana w projekcie. Należy dostosować się do projektu i wymagań zamawiającego.*

W dniu 16 września 2011 r. zamawiający otrzymał od wykonawcy Hemet sp. z o.o. w Zielonej Górze wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ o treści: *W nawiązaniu do odpowiedzi z dnia 15 września 2011 r. czy zamawiający zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp aby mieć jasność jaką nawierzchnię zaoferują wykonawcy, będzie wymagał określenia w formularzu oferty rodzaju zaoferowanego systemu nawierzchni poliuretanowej w formie dodatkowego punktu, jak niżej:*

*Oświadczamy, iż oferujemy przy realizacji niniejszego zamówienia nawierzchnie: .....  
(nazwa własna produktu) ..... (producent).*

*Powyższy zapis nie pozwoli na zmianę proponowanych produktów w trakcie realizacji.*

Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na powyższy wniosek, albowiem został on wniesiony po upływie terminu określonego w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

W treści wzoru formularza ofertowego zamawiający nie wymagał wskazania przez wykonawców, czy oferują wykonania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem rozwiązania podstawowego czy równoważnego.

Odwołujący złożył ofertę, do której nie załączył oświadczenia ani dokumentu, z którego wynikałoby, iż zaoferował rozwiązanie równoważne opisanemu przez zamawiającego w STWiOR ani oświadczeń lub dokumentów w celu wykazania równoważności.

Zamawiający, pismem z dnia 3 października 2011 r. zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień, czy zgodnie ze złożoną ofertą zrealizuje przedmiot zamówienia stosując komponenty wymienione w dokumentacji projektowo – kosztorysowej, tj. Conipur.

Odwołujący pismem z dnia 5 października 2011 r. wyjaśnił, iż zamierza wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, projektem budowlanym oraz STWiOR z uwzględnieniem odpowiedzi zamawiającego udzielonych na etapie procedury przetargowej – w szczególności odpowiedzi na pytania odwołującego opublikowane w dniu 15.09.2011 r., oświadczając, iż w zakresie wykonania retopingu oferta odwołującego zawiera materiały lepsze w stosunku do opisanych w dokumentacji postępowania. Dodał, iż z ostrożności załącza kartę katalogową oferowanego produktu w celu wykazania, że spełnia on minimalne wymagania określone w SIWZ na wyższym poziomie niż produkt referencyjny.

Zamawiający pismem z dnia 11 października 2011 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, iż wykonawca zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp nie wykazał równoważności złożonej oferty. Wskazał ponadto, iż ze złożonej oferty w terminie wyznaczonym na jej złożenie wynikało, iż realizacja przedmiotu zamówienia będzie przez odwołującego wykonana na warunkach określonych w SIWZ bez zastosowania materiałów równoważnych. Jednakże ze złożonych przez odwołującego wyjaśnieniach z dnia 6.10.2011 r. wynika, że oferta dotyczyła rozwiązań równoważnych.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż celem odwołania jest kontrola poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego, pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp, co wynika z treści art. 180 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składanych wraz z nią oświadczeń i dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią



odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza – w świetle art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – może, jeśli umowa nie została zawarta, uwzględniając odwołanie nakazać wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zamawiającego, co oznacza, że orzeczenie Izby nie zastępuje czynności zamawiającego. Wobec powyższego, na gruncie analizowanej sprawy, ocenie podlegała zakwestionowane w odwołaniu czynność odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego z powodu niezłożenia przez tego wykonawcę wraz z ofertą oświadczeń lub dokumentów w celu wykazania równoważności zaoferowanego rozwiązania. Natomiast przedmiotem orzeczenia nie mogło być stwierdzenie, czy zaoferowane przez odwołującego rozwiązanie jest równoważne czy lepsze pod względem technicznym od rozwiązania referencyjnego, albowiem takich ustaleń nie czynił zamawiający i nie stanowiło to podstawy odrzucenia oferty odwołującego.

W drugiej kolejności stwierdzono, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą znaków towarowych używając w dokumentacji projektowej i STWiOR określenia komponenty „Conipur”, czy system poliuretanowy firmy BASF/Conica. W trakcie postępowania, odpowiadając na pytania wykonawców zamawiający dopuścił wykonanie retoppingu z wykorzystaniem komponentów innej firmy niż BASF Conica przy zapewnieniu, że będą one lepsze lub równoważne. Biorąc pod uwagę odpowiedzi na pytania z 15 września 2011 r. nie ulegało zatem wątpliwości, że zamawiający dopuścił możliwość stosowania rozwiązań równoważnych opisanym przez zamawiającego (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp).

Nie ulegało również wątpliwości, że parametry równoważności (tj. istotne elementy, które musi posiadać rozwiązanie oferowane aby zostało uznane za równoważne referencyjnemu) można było potraktować parametry minimalne wskazane w dokumentacji projektowej i STWiOR tj.:

- *wytrzymałość na rozciąganie  $\geq 0,60$  MPa*
- *wydłużenie względne przy zerwaniu  $\geq 40$  %*
- *wytrzymałość na rozdieranie  $\geq 30$  N*
- *skurcz liniowy  $\leq 0,1$  %*
- *gęstość (po zmieszaniu składników AiB) w temperaturze  $20 \pm 2$  0C  $1,30$  g/cm<sup>3</sup>  $\pm 5\%$*
- *rozlewność :*

*po 10 minutach  $\geq 20$  cm*

*po 24 h  $\geq 20$  cm*

Sporna pomiędzy stronami była okoliczność dotycząca sposobu i terminu wykazania równoważności. Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego wywodził, iż równoważność należało wykazać w treści oferty, przywoływał treść postanowienia pkt III pkt 4 SIWZ oraz treść art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, do którego to postanowienie odsyłało. Z kolei w trakcie rozprawy zamawiający oświadczył, iż uznałby za wystarczające w celu

wykazania równoważności złożoną przez wykonawcę informację, że oferuje rozwiązania równoważne poprzez podanie nazwy tego rozwiązania. Wyjaśnił, że na podstawie takiej informacji zamawiający mógłby własnymi siłami zbadać czy oferowane parametry rozwiązania równoważnego są lepsze lub równoważne parametrom rozwiązania referencyjnego. Odwołujący wskazywał zaś w odwołaniu, że zamawiający nie żądał złożenia wraz z ofertą żadnych dokumentów przedmiotowych w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również nie wymagał zamieszczenia w ofercie informacji o zaoferowaniu rozwiązania równoważnego, wskazywał również że w niniejszej sprawie nie znajduje zastosowania przepis art. 30 ust. 5 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że przepis art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, w przypadku opisanego przedmiotu zamówienia z pomocą wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia i dopuszczenia rozważań równoważnych może być źródłem obowiązku wykonawcy do wykazania równoważności lecz wymaga doprecyzowania w postanowieniach SIWZ. W przypadku opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 i dopuszczenia rozważań równoważnych (art. 30 ust. 4), wykazanie równoważności jest łatwiejsze. Przykładowo, jeżeli wykonawca oferuje przedmiot zamówienia zgodny z normami, aprobatami, specyfikacjami technicznymi lub systemami odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, a nie posiada np. certyfikatu zgodności, może za pomocą innych dowodów wykazać, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi są zgodne z wymogami tych norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia. Wykazanie jest ułatwione, polega bowiem na odniesieniu się do obiektywnych cech wynikających z tych norm, aprobat, specyfikacji czy systemów odniesienia. Tak więc w przypadku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 30 ust. 4 ustawy Pzp przepis art. 30 ust. 5 może być stosowany samodzielnie i nie wymagać doprecyzowania w postanowieniach SIWZ. Natomiast w przypadku równoważności, o której mowa w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przedmiotem odniesienia jest rozwiązanie referencyjne, porównuje się zatem konkretne materiały, produkty, ze swej istoty obejmujące cały konglomerat cech technicznych i jakościowych, co do których oczywistym jest, że nie mogą być identyczne. Z omawianych względów, w bogatym orzecznictwie Izby i sądów okręgowych orzekających w sprawach zamówień publicznych ugruntował się pogląd, że dopuszczając równoważne rozwiązania w trybie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązany jest jednocześnie określić parametry równoważności, tj. istotne cechy zamawianego produktu, które w jego ocenie o tej równoważności będą decydować. Określone tak parametry równoważności stają się na etapie badania i oceny ofert punktem odniesienia dla badanej oferty. Precyzyjne określenie wymogów co do równoważności produktów pozwala prawidłowo ocenić i porównać oferty.

Podanie przez zamawiającego w SIWZ tzw. parametrów równoważności ma zapobiegać arbitralności zamawiającego na etapie oceny ofert i umożliwić wykonawcom kontrolę nad decyzjami zamawiającego tak przy doborze parametrów równoważności, w celu zapewnienia rzeczywistej konkurencji, jak i na etapie badania ofert, aby oferta równoważna nie została przez zamawiającego niesłusznie wyeliminowana.

Ponadto doprecyzowanie treści art. 30 ust. 5 ustawy Pzp przy opisanu przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp może polegać na wskazaniu sposobu wykazania równoważności. Doprecyzowanie to może nastąpić poprzez określenie czy zamawiający oczekuje złożenia oświadczenia czy dokumentu w celu wykazania równoważności, przy czym brak takiego doprecyzowania pozwala wykonawcy na wykorzystanie dowolnego środka dowodowego. Wreszcie doprecyzowanie może polegać na sprecyzowaniu, czy zamawiający oczekuje wykazania równoważności na etapie składania ofert, czy też na etapie późniejszym, tj. etapie podpisania umowy, czy etapie wykonawstwa, przy czym brak dookreślenia terminu umożliwia wykazanie równoważności na każdym etapie.

Oceniając doprecyzowanie treści art. 30 ust. 5 ustawy Pzp znajdujące się w postanowieniu części III pkt 4 SIWZ Izba stwierdziła, iż nie daje ono jednoznacznej wskazówki wykonawcom co do sposobu ani co do terminu wykazania równoważności. Zamawiający nie żądał bowiem w SIWZ złożenia przez wykonawców żadnych oświadczeń ani dokumentów potwierdzających że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego pomimo, że miał taką możliwość w świetle przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie wymagał również na etapie składania ofert złożenia kosztorysu ofertowego, oczekując sporządzenia i dostarczenia takiego dokumentu dopiero na etapie podpisania umowy. Brak jednoznacznego sprecyzowania terminu czynił możliwym zinterpretowanie omawianego postanowienia SIWZ w ten sposób, że wykazanie równoważności odbyć się może na etapie wykonawstwa. Zamawiający zastrzegł bowiem w postanowieniach projektu umowy, iż *w każdym czasie i na każde żądanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest okazać w stosunku do wskazanych materiałów i urządzeń oraz wymaganych przepisami dla tych materiałów i urządzeń, odpowiednie certyfikaty zgodności z Polską Normą, aprobaty techniczne, atesty, świadectwa jakości, instrukcje obsługi, itp. Dokumentację w tym zakresie Wykonawca winien przechowywać na budowie i przekazać ją Zamawiającemu w procedurze odbioru końcowego (§ 9 ust. 3 wzoru umowy).*

Co więcej stanowisko samego zamawiającego co do interpretacji spornego postanowienia było niekonsekwentne. Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył bowiem, że za wystarczające w celu wykazania równoważności uznałby złożoną przez wykonawcę informację, że oferuje rozwiązania równoważne i podanie nazwy tego rozwiązania. Wyjaśnił,

że na podstawie takiej informacji zamawiający mógłby własnymi siłami zbadać czy oferowane parametry rozwiązania równoważnego są lepsze lub równoważne parametrom rozwiązania referencyjnego. Tak więc dla samego zamawiającego, wbrew uzasadnieniu faktycznemu zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego, postanowienie pkt 4 Rozdziału III SIWZ nie było źródłem obowiązku złożenia oświadczenia lub dokumentu w celu wykazania równoważności rozwiązania równoważnego w terminie składania ofert. Czym innym jest bowiem wskazanie oferowanego rozwiązania równoważnego a czym innym dowodzenie równoważności.

Izba oceniając wyjaśnienia zamawiającego złożone na rozprawie stwierdziła ponadto, że również intencja zamawiającego sprowadzająca się do obowiązku wskazania przez wykonawców jedynie nazwy rozwiązania równoważnego nie została odzwierciedlona w postanowieniach SIWZ, a zwłaszcza w treści formularza ofertowego. Znamionym jest, że zamawiający w treści formularza ofertowego nie wymagał wskazania nazwy oferowanego rozwiązania. Co istotne, jeden z wykonawców sygnalizował zamawiającemu możliwość rozważenia modyfikacji wzoru formularza poprzez umożliwienie wskazania w tym miejscu stosownej nazwy oferowanego systemu retopingu. Zamawiający miał zatem a przynajmniej mógł mieć świadomość, że postanowienia SIWZ nie są dla wykonawców jednoznaczne i że jego intencja sprowadzająca się do wymogu ujawnienia oferowanego rozwiązania równoważnego dla wykonawcy nie wynika z treści SIWZ. Wprawdzie wniosek o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści SIWZ został złożony po upływie terminu określonego w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp a więc zamawiający nie miał obowiązku odpowiedzi na pytanie, to jednak żaden przepis nie zabraniał zamawiającemu udzielenia odpowiedzi lub dokonania z własnej inicjatywy stosownej modyfikacji SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp z której to możliwości nie skorzystał. W tej sytuacji zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy, który wykorzystał wzór formularza ofertowego, z którego nie wynikał obowiązek wskazania nazwy oferowanego produktu.

To zamawiający, stosownie do treści art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez opis sposobu przygotowywania ofert, przygotowywane wzory formularzy ofertowych, żądane kosztorysy a także dokumenty i oświadczenia odnoszące się do przedmiotu zamówienia, decyduje o stopniu szczegółowości składanych przez wykonawców ofert. Skoro wymogów takich nie sprecyzował w sposób jednoznaczny, to nie może wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy, który zastosował się do postanowień SIWZ i złożył ofertę o dopuszczonym stopniu szczegółowości. Dodatkową konsekwencją omawianych postanowień SIWZ było zatem również to, że w przypadku złożenia oferty o minimalnej, dopuszczonej przez SIWZ zawartości był brak możliwości ustalenia, bez wykorzystania procedury określonej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czy obejmuje ona rozwiązanie podstawowe czy równoważne.

Reasumując, stwierdzono że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp okazała się nieprawidłowa. Zamawiający w wykonaniu wyroku Izby zobowiązany jest unieważnić czynność odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego i w konsekwencji czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. W ramach powtórnej czynności badania i oceny ofert zamawiający oceni wyjaśnienia złożone przez odwołującego oraz może rozważyć możliwość zwrócenia się do tego wykonawcy o udzielenie dodatkowych wyjaśnień treści oferty, jeżeli uzna, że złożone wyjaśnienia okażą się niewystarczające w celu merytorycznej oceny oferty.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła 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 niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....