

Sygn. akt: KIO 955/11

## WYROK

z dnia 17 maja 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący** – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 maja 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 maja 2011 r.** przez wykonawcę: **konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlane „KOMPLEKS” K. Króliczek i Wspólnicy sp. j. ul. Ks. Kard. St. Wyszyńskiego 18 a, 44-338 Jastrzębie Zdrój, Kendromed Spółka z o. o., ul. Sołtysowicka 25 a, 51-168 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wadowicach, ul. Karmelicka 5, 34-100 Wadowice,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm: **Z.P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski, „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz sp. j. reprezentowane przez firmę Z. P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski jako lidera, ul. Startowa 65, 43-309 Bielsko-Biała**

- zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

### **1. Uwzględnia odwołanie.**

1.1. Nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

1.2. Nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wadowicach, ul. Karmelicka 5, 34-100 Wadowice,**

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum w składzie: **Przedsiębiorstwo Budowlane „KOMPLEKS” K. Króliczek i Wspólnicy sp. j. ul. Ks. Kard. St. Wyszyńskiego 18 a, 44-338 Jastrzębie Zdrój, Kendromed Spółka z o. o., ul. Sołtysowicka 25 a, 51-168 Wrocław,** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od zamawiającego: **Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wadowicach, ul. Karmelicka 5, 34-100 Wadowice** na rzecz odwołującego konsorcjum w składzie: **Przedsiębiorstwo Budowlane „KOMPLEKS” K. Króliczek i Wspólnicy sp. j. ul. Ks. Kard. St. Wyszyńskiego 18 a, 44-338 Jastrzębie Zdrój, Kendromed Spółka z o. o., ul. Sołtysowicka 25 a, 51-168 Wrocław,** kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, póź. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie robót budowlano - wykończeniowych wraz z częściowym wyposażeniem Bloku Operacyjnego ZZOZ w Wadowicach”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 17 grudnia 2010 r. pod pozycją 2010/S 245-374204, w dniu 4 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę - konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlane „KOMPLEKS” K. Króliczek i Wspólnicy sp. j. Jastrzębie Zdrój, Kendromed Spółka z o. o., Wrocław, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia pismem przekazanym za pośrednictwem faksu dnia 29 kwietnia 2011 r. o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze oferty wykonawcy Z.P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski, „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz s. j.

Wobec podjętych niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą Pzp, wykonawca: Przedsiębiorstwo Budowlane „KOMPLEKS” K. Króliczek i Wspólnicy sp. j., Kendromed Spółka z o. o., zarzucił zamawiającemu: Zespołowi Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wadowicach, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), tj.:

- a) naruszenie art. 181 ust. 1, przez nieuzasadnione uwzględnienie informacji wykonawcy Z.P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski, „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz s. j., powtórzenie czynności oceny ofert i zmianę prawidłowego wcześniejszego wyniku postępowania,
- b) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2, przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji gdy nie wystąpiły okoliczności uzasadniające tą czynność,
- c) art. 87 ust. 1 lub art. 87 ust. 2 pkt 3, przez zaniechanie zastosowania procedur określonych w tych przepisach, do wdrożenia których zamawiający był zobowiązany, w sytuacji gdy nie zaistniały okoliczności określone w art. 89 ust. 1 pkt. 2 skutkujące odrzuceniem oferty,
- d) art. 92 ust. 1 pkt. 2, przez nie podanie uzasadnienia faktycznego odrzucenia złożonej oferty, tj. nie wskazanie dlaczego sufity zaoferowane w sali operacyjnej nie są sufitami równoważnymi do wymaganych przez zamawiającego,
- e) zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyżej wskazanymi okolicznościami, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,  
lub alternatywnie
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego, w tym zastosowanie procedury określonej w art. 87 ust. 1, lub art. 87 ust. 2 pkt.3 ustawy Prawo zamówień publicznych
- 3) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty odwołującego,
- 2) zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań, odwołujący powołując się naruszenie swego interesu prawnego, ze względu na okoliczność, iż skutek wadliwych czynności i zaniechań zamawiającego, utracił możliwość uzyskania zamówienia, a tym samym utracił korzyści wynikających z jego realizacji, wyjaśniał co następuje.

Niniejsze postępowanie prowadzone jest w procedurze właściwej dla zamówień o wartości większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, o czym świadczy publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a także pouczenie o środkach ochrony prawnej w pkt. XVII SIWZ i co potwierdza sam zamawiający w piśmie z dnia 29.04.2011 roku: „Zamawiający organizując przedmiotowe postępowanie o zamówienie publiczne, przyjął, iż należy do jego udzielenia przyjąć procedurę pełną, mającą zastosowanie do zamówień, których wartość szacunkowa przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, kierując się przede wszystkim tym, że przedmiotowe zamówienie mające charakter mieszany, nie daje się sklasyfikować wprost, biorąc pod uwagę reguły kolizyjne określone w art. 6 ustawy, zaś wartość szacunkowa samych dostaw przekracza określone w tych przepisach kwoty.” W ocenie odwołującego, po otwarciu ofert zamawiający nie był uprawniony, aby zmienić klasyfikację zamówienia i zastosowanej do jego udzielenia procedury poprzez przyjęcie, że przedmiotowe zamówienie należy traktować jako udzielane według przepisów dotyczących zamówień, których wartość szacunkowa nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że jeżeli wykonawca konsorcjum firm: ZPiUI „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski i „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz sp. j. był niezadowolony z wyniku postępowania, który został przez zamawiającego ogłoszony w dniu 21.04.2011 r. i uważał, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, był uprawniony do wniesienia odwołania w ustawowym terminie 10 dni od otrzymania informacji o wyniku

postępowania. Złożenie pisma w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, było nieuprawnione, a zatem w opinii odwołującego, nie wywołuje ono skutków prawnych. Zamawiający nie mógł powtórzyć czynności badania i oceny ofert i w efekcie dokonać zmiany wyniku postępowania. Uwzględnienie przedmiotowego pisma stanowi naruszenie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego przy zastosowaniu kryterium oceny ofert określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (najniższa cena) zajmuje pierwszą pozycję. Tymczasem zamawiający, po uwzględnieniu pisma konsorcjum firm ZPiUI „Heating” s.c. Kapska, A. Kapski i „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz sp. j. dokonał odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jego zdaniem treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, tj. sufity zaoferowane w sali operacyjnej nie są sufitami równoważnymi do wymaganych przez zamawiającego.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 21.04.2011 roku otrzymał od zamawiającego informację faksem o wyniku postępowania. Jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. W dniu 29.04.2011 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty i wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm ZPiUI „Heating” s. c., E. Kapska, A. Kapski i „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz sp. j. Jako przyczynę odrzucenia zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jego zdaniem, treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, tj. sufity zaoferowane w sali operacyjnej nie są sufitami równoważnymi do wymaganych przez zamawiającego. Przyczyną zmiany decyzji zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej było pismo konkurencyjnego konsorcjum, które zdaniem odwołującego, nie może wywoływać skutków prawnych, a zatem efektem niniejszego odwołania winno być unieważnienie czynności zamawiającego dokonanych w wyniku uwzględnienia tego pisma.

Jedynie z daleko posuniętej ostrożności procesowej wskazywał odwołujący na następujące okoliczności: Nawet gdyby w jego ofercie wystąpiły owe niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, to zamawiający był zobowiązany do dokonania ich poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, jako że były to niezgodności nieistotne. Jednakże zdaniem odwołującego, żadne niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w ogóle w jego ofercie nie wystąpiły.

W SIWZ w pkt. IV. 1. dopuszczono rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego. Tak więc zaoferowane w kosztorysie ofertowym w poz. 5.7 i 5.8 sufity podwieszane, których w ocenie odwołującego, nazwę omyłkowo zmieniono w stosunku do poprawnej nazwy, są rozwiązaniami równoważnymi. Ani zamawiający, ani konsorcjum firm ZPiUI „Heating” s. c. E Kapska, A. Kapski i „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz sp. j. w opinii odwołującego, nie wskazali, na czym brak równoważności miałby polegać, a w szczególności wnoszący pismo konkurencyjne wykonawca podał kłamliwe porównanie parametrów technicznych sufitów podwieszonych określonych w przedmiarze robót i w

złożonej przez odwołującego ofercie. Podkreślił, że działając w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty, tj. w zakresie dotyczącym sufitów podwieszonych w sali operacyjnej. Odwołujący podał, że składając wyjaśnienia, złożył jednocześnie oświadczenie, iż zaoferowane przez niego sufity są równoważne co do parametrów technicznych ze wskazanymi wg nazwy własnej producenta sufitów podwieszonych w SIWZ. Na dowód powyższego złożył karty techniczne oferowanych sufitów, gdzie wskazano na prawidłową nazwę, odpowiednio ROCKFON KORAL i ROCKFON MEDICARE, zamiast, jak błędnie podano w kosztorysie ofertowym ECOPHON KORAL i ECOPHON MEDICARE. Odwołujący podkreślał, iż zamawiający przyjął te wyjaśnienia, jako wystarczające i dokonał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Po złożeniu pisma przez wykonawcę konsorcjum firm ZPiUI „Heating” s. c. E Kapska, A. Kapski i „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz sp. j. bez jakichkolwiek wyjaśnień zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego, dając wiarę kłamliwym informacjom zawartym w przedmiotowym piśmie konkurenta. Tymczasem z zestawienia podstawowych istotnych parametrów technicznych, które zawarł w załączniku nr 1 do odwołania, w opinii odwołującego, wynika, że przyjęte w jego kosztorysie ofertowym do wyceny sufity podwieszane są równoważne do wskazanych przez zamawiającego w przedmiarze. Zaznaczył, że zestawienie to zostało sporządzone na podstawie kart technicznych sufitów przyjętych przez niego do wyceny w kosztorysie ofertowym i wskazanych w przedmiarze przez zamawiającego, które zostały złożone zamawiającemu w procedurze wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli zamawiający uważał, że przedmiotowe karty techniczne nie były podpisane przez wykonawcę, to winien wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący ponosił, że zamawiający odrzucając jego ofertę nie podał żadnego uzasadnienia faktycznego, a jedynie posłużył się przytoczeniem ustawowego zwrotu, że „treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji”, przy czym informację taką uznał odwołujący za całkowicie nieprawdziwą i bezpodstawną. Do odwołania załączył tabelę porównawczą parametrów produktu, który zaoferował z opisany w SIWZ.

Porównanie płyt sufitowych firm ECOPHON i ROCKFON - dotyczy pozycji kosztorysowej 5.7

	Ecophon Gedina A	ROCKFON-Koral
ODBIJANIE ŚWIATŁA	współczynnik odbicia światła 84%	współczynnik rozproszenia światła odbitego wynosi 86% zgodnie z ISO 7724-2
		Lepiej

ODPORNOŚĆ NA WILGOĆ	Płyty wytrzymują wilgotność względną powietrza do 95% przy temperaturze 30°C bez ugięcia, wypaczenia czy też rozwarstwienia; zgodnie z normą ISO 4611	Płyty sufitowe Rockfon są stabilne wymiarowo nawet do 100% wilgotności względnej powietrza. Koral uzyskał klasę 1/C/0N zgodnie z EN 13964
		Lepiej
WARUNKI WEWNĄTRZ POMIESZCZENIA	Certyfikat Dansk Indeklima. Płyty rekomendowane przez Szwedzki Związek Chorych na Astmę i Alergię. Klasa czystości powietrza M3.5/100	Wełna skalna nie zawiera żadnych substancji odżywczych, dlatego nie stanowi pożywki dla szkodliwych mikroorganizmów. Wybrane produkty Rockfon zostały wyróżnione etykietami środowiskowymi: duńską - Danish Indoor Climate Label oraz fińską - Finnish Indoor Climate Label (MI).
	Brak możliwości porównania, certyfikaty wydane przez różne firmy, jedna i druga firma zabezpiecza swoje płyty przed możliwością pylenia poprzez malowanie	
REAKCJA NA OGIEŃ	Płyty są materiałem niepalnym według badań i klasyfikacji prEN ISO 1182. System, płyty wraz z konstrukcją, zaliczono do okładzin zabezpieczających przed ogniem (NT Fire 003).	Płyty sufitowe Rockfon wykonane są ze skalnej wełny mineralnej. Wełna skalna jest materiałem niepalnym o temperaturze topnienia włókien powyżej 1000°C. Euroklasa A1 zgodnie z EN 13501-1.
AKUSTYKA Klasa pochłaniania dźwięku przy całkowitej wysokości konstrukcji 200 mm	Klasa pochłaniania dźwięku A NRC 0,80	Klasa pochłaniania dźwięku A NRC 0,90
		Lepiej

Porównanie płyt sufitowych firmy ECOPHON i ROCKFON - dotyczy pozycji kosztorysowej 5.8

	Ecophon Higienę Advence	ROCKFON- Medicare Ultra
	System składa się z płyt Ecophon (Higienę Advance A. których rdzeń wykonany jest ze sprasowanej wełny szklanej. Płyta, łącznie z krawędziami, pokryta jest specjalną folią o gładkiej i całkowicie szczelnej powierzchni. Folia nie przepuszcza wody ani cząstek stałych, nie przyciąga brudu i jest odporna na większość substancji chemicznych.	Płyty sufitowe Medicare Ultra posiadają specjalnie wzmocnioną powierzchnię, pozwalającą na czyszczenie powierzchni sufitu pod wysokim ciśnieniem.
ODBIJANIE ŚWIATŁA	współczynnik odbicia światła 73%	współczynnik rozproszenia światła odbitego wynosi 85% zgodnie z ISO 7724-2
		Lepiej
ODPORNOŚĆ NA WILGOĆ	Płyty wytrzymują wilgotność względną powietrza do 95% przy temperaturze 30°C bez ugięcia, wypaczenia czy też rozwarstwienia; zgodnie z normą ISO 4611	Płyty sufitowe Rockfon są stabilne wymiarowo nawet do 100% wilgotności względnej powietrza. Korał uzyskał klasę 1/C/0N zgodnie z EN 13964
		Lepiej
WARUNKI WEWNĄTRZ POMIESZCZENIA	Higienę Advance został zaklasyfikowany do klasy ISO 3 zgodnie z EN ISO 14644-1	Medicare Ultra został zaklasyfikowany do klasy ISO 5 zgodnie z EN ISO 14644-1



REAKCJA NA OGIENÍ	Płyty są materiałem niepalnym według badań i klasyfikacji prEN ISO 1182. System, płyty wraz z konstrukcją, zaliczono do okładzin zabezpieczających przed ogniem (NT Fire 003).	Płyty sufitowe Rockfon wykonane są ze skalnej wełny mineralnej. Wełna skalna jest materiałem niepalnym o temperaturze topnienia włókien powyżej 1000°C. Euroklasa A1 zgodnie z EN 13501-1.
	Porównywalne	
AKUSTYKA Klasa pochłaniania dźwięku przy całkowitej wysokości konstrukcji 200 mm	Klasa pochłaniania dźwięku B NRC 0,80	Klasa pochłaniania dźwięku A NRC 0,85
		Lepiej

Na wezwanie zamawiającego z dnia 5 maja 2011 r. do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, pismem z dnia 6 maja 2011 r., w kopii przesłanym stronom postępowania zgłosił swoje przystąpienie wybrany wykonawca konsorcjum firm: Z.P. i U.I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz sp. j. reprezentowane przez firmę Z. P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski jako lidera konsorcjum, który wnosił o oddalenie odwołania w całości, powołując się na interes prawny w utrzymaniu czynności wyboru jego oferty, zatem w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W uzasadnieniu Z. P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski podnosił, że wartość robót zdefiniowana na podstawie protokołu z prowadzonego postępowania nieznacznie przekracza kwotę 5 mln złotych - wartość zamówienia jest więc niższa niż kwoty określone zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 dla robót budowlanych. Za bezzasadny uznał argument podnoszony przez odwołującego o publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, gdyż zgodnie z art. 12 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający może przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie, którego publikacja ze względu na wartość zamówienia nie jest obowiązkowa.

Konsorcjum Heating informując zamawiającego o podjętej przez niego niezgodnej z przepisami ustawy czynności oraz zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, działał zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Również zamawiający uwzględniając zasadność takiej informacji, działał zgodnie z art. 181 ust. 2 tej ustawy. W opinii przystępującego, przedmiotowe postępowanie jest zamówieniem o wartości poniżej kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, a więc stosowanie art.181 ust. 1 i ust. 2 uznał za zasadne.

Zdaniem konsorcjum Z. P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski z uwagi na to, iż w dokumentacji postępowania przetargowego istnieją zarówno pisma wysyłane zgodnie z art. 87 ust.1,2,3 ustawy Pzp do odwołującego, jak i odpowiedzi odwołującego na wymienione pisma, bezzasadnym staje się zarzut, jakoby zamawiający zaniechał powyższej procedury. W przekonaniu Z. P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski, zamawiający podał faktyczne uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pz. Poinformował oferenta o fakcie uznania zarzutów otrzymanych zgodnie z art. 181 ust. 1 tej ustawy - jednocześnie podając zarówno uzasadnienie faktyczne (brak spełnienia warunków SIWZ) oraz prawne (odrzucenie oferty).

Zgłaszający przystąpienie: Z. P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski nadmieniał, że zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, to na oferencie (w tym przypadku odwołującym) spoczywa obowiązek wykazania równoważności oferowanego produktu. Dodatkowo w SIWZ przedmiotowego przetargu (Rozdział IV, pkt 1) widnieje zapis, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania faktu równoważności oferowanych przez siebie usług lub urządzeń. W ofercie przetargowej odwołującego, według ustaleń zgłaszającego przystąpienie, nie pojawiła się żadna informacja, która wykazywałaby ową równoważność.

Zgłaszający przystąpienie argumentował, że zamawiający, działając w dobrej wierze, wezwał odwołującego do wyjaśnienia pozycji dotyczącej spornych sufitów podwieszanych. Odwołujący potwierdził nazwę oferowanych sufitów, deklarując, iż są to sufity równoważne dołączając niepodpisane karty katalogowe tych wyrobów. Stosownie do treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie informacji dotyczących treści złożonych ofert a nie innych dokumentów dodatkowych. W związku z powyższym bezzasadne jest wymaganie od zamawiającego kolejnego wezwania do uzupełniania dokumentów, które stają się częścią oferty po wezwaniu do wyjaśnień.

Zgłaszający przystąpienie zarzucał, że odwołujący nie jest producentem oferowanych sufitów w związku z czym nie jest uprawniony do deklarowania ich równoważności w stosunku do innych sufitów. W materiałach przetargowych projektant podał wszelkie parametry techniczne, które powinny spełniać sufity zamontowane w salach operacyjnych. Dołączenie przez odwołującego materiałów reklamowych oferowanych sufitów nie jest w opinii zgłaszającego przystąpienie udowodnieniem ich równoważności. Podnosił, że zamawiający, po otrzymaniu od zgłaszającego przystąpienie informacji o braku takiej równoważności, popartej tabelę porównawczą autora projektu wykonawczego z jednoznacznym oświadczeniem, że sufity te absolutnie nie są równoważne, nie miał podstaw do żądania wyjaśnień od odwołującego - czego domagał się odwołujący. W opinii zgłaszającego przystąpienie, odwołujący ani na etapie składania oferty przetargowej, ani na etapie wyjaśnień oferty nie zadał sobie trudu udowodnienia równoważności oferowanego

wyrobu.

Zaznaczał, że dołączona do odwołania, tabela porównawcza parametrów, nigdy nie została ujawniona i nie stanowi dokumentu, który w myśl ustawy Prawo zamówień publicznych ma znaczenie w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto zgłaszający przystąpienie nie zgodził się na określanie informacji, którą przekazał zamawiającemu, jako kłamliwej. Wiedza dotycząca sufitów, które mają być zamontowane w salach operacyjnych, oparta została na stanowisku autora projektu wykonawczego do przedmiotowego przetargu. Jako załącznik do wniosku o przystąpienie przedstawił opinię autora projektu.

Ustosunkowując się również do parametrów podanych w załączonej tabeli do odwołania, podał, że do jego pisma dołączone zostają uwagi producenta sufitów zaprojektowanych - firmy ECOPHON. Podsumowując: stwierdził, że zamawiający nie ma obowiązku udowadniać oferentowi braku równoważności oferowanych produktów czy usług, na żadnym etapie postępowania przetargowego. Obowiązek ten leży w gestii wyłącznej oferenta. Zdaniem wnioskującego o przystąpienie, zamawiający postępując zgodnie z ustawą Pzp, dokonał wyboru oferty konsorcjum Z. P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski jako najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt. 5 ustawy Pzp.

Pismo konsorcjum Z. P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski, przekazane zamawiającemu zgodnie z art.181 ust. 1 ustawy Pzp, w opinii zgłaszającego przystąpienie dotyczyło w głównej mierze faktu, iż zamawiający nie dokonał rzetelnej oceny oferty odwołującego, w szczególności nie wymógł na odwołującym zastosowania się do art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, tj. wykazania faktu równoważności. Zamawiający, mówiąc wprost, zawierzył oświadczeniu odwołującego w tym zakresie, nie dokonując nie tylko porównania kluczowych parametrów oferowanego produktu w stosunku do zapisów SIWZ, ale również nie skonsultował się w tej kwestii z ekspertem jakim niewątpliwie jest autor projektu wykonawczego. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał faktu równoważności, ograniczając się jedynie do oświadczenia oraz załączenia kart reklamowych/katalogowych produktu.

Zgłaszający przystąpienie argumentował, że sporny produkt to sufit podwieszany w sali operacyjnej, w której kluczowe parametry dla tego typu produktów to głównie parametry higieniczne. Zaprojektowany i wskazany w SIWZ sufit podwieszany, spełnia najwyższe wymagania w zakresie stosowania w salach operacyjnych, w których niezbędne jest zachowanie najwyższych parametrów sterylności oraz szczelności. Fakt ten potwierdzają nie tylko parametry przedstawione w kartach katalogowych zaprojektowanego sufitu, ale również atesty higieniczne PZH, dopuszczające stosowanie przedmiotowych sufitów w salach operacyjnych o podwyższonych wymaganiach higienicznych, których sufity zamienne zastosowane przez odwołującego nie posiadają. Ponadto zaprojektowany i wskazany w SIWZ sufit stanowi jednolity system (płyta, konstrukcja, montaż, włązy) i na ten system wydany został najwyższy atest higieniczny PZH. Zgłaszający przystąpienie zarzucał, że

odwołujący swobodnie kreuje rzeczywiste porównanie spornych sufitów, dokonuje ocen parametrów porównawczych, celowo usuwając lub zmieniając te, które mają największe znaczenie w tego rodzaju zabudowie sal chirurgicznych a mianowicie:

1. Klasa czystości powietrza - bez porównania (ISO 3 - SIWZ, ISO 5 - odwołujący) - ponad 1000 razy przekroczona emisja cząstek stałych w ofercie odwołującego, co w przypadku sal operacyjnych ma zasadnicze znaczenie.
2. Atest higieniczny PZH dedykujący sufit zdefiniowany w SIWZ do sal operacyjnych, sufity zamienne nie posiadają takiego atestu higienicznego.
3. Pełna zmywalność (codzienna) sufitu pod wysokim ciśnieniem z użyciem agresywnych środków myjących klasy U - sufity zamienne ograniczają zmywanie do 1 razu w tygodniu, nie posiadają udokumentowanej odporności na korozję czynnikową - co w przypadku konieczności utrzymania wysokiej sterylności sali operacyjnej ma niebagatelne znaczenie.

Zgłaszający przystąpienie zaznaczył, iż informując zamawiającego o niezgodności w ofercie konkurenta dokonał pełnej analizy parametrów spornego sufitu (zgodnego z projektem i SIWZ oraz zamiennego oferowanego, przez odwołującego), oraz zasięgnął opinii projektanta, który jednoznacznie, na piśmie, potwierdził fakt niespełniania przez odwołującego warunków stawianych w SIWZ w zakresie spornych sufitów.

Przedmiotowy sufit stanowi klasę samą w sobie. Jest wielu producentów sufitów które spełniają założenia stawiane przez projektanta oraz zapisane w SIWZ. Przystępując do przetargu, zgłaszający przystąpienie wskazywał, że zaoferował sufity zgodne ze specyfikacją SIWZ oraz projektem, które z uwagi na swoje cechy są produktem bardzo kosztownym, jednakże spełniającym wymagania stawiane dla pomieszczeń o wysokiej sterylności, np. sal operacyjnych. W przekonaniu Z. P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski, odwołujący zaoferował dużo tańsze zamienniki, które nie są zgodne z SIWZ, której integralną częścią jest dokumentacja projektowa, zawierająca parametry techniczne przedmiotowych sufitów. Dzięki niższej cenie oraz błędnie dokonanych czynnościach zamawiającego oferta odwołującego została pierwotnie uznana za najkorzystniejszą. Z tego właśnie powodu konsorcjum Heating dostarczyło zamawiającemu pismo wyjaśniające zgodnie z art. 181 ust 1 ustawy Pzp, a zamawiający zgodnie z art. 181 ust. 2 dokonał ponownej oceny ofert i zmienił swoją wcześniejszą decyzję.

Do przystąpienia konsorcjum Z. P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski załączyło atest higieniczny HK/B/0935/01/2010 Państwowego Zakładu Higieny wydany dla produktu – systemu sufitów podwieszanych Hygiene Advance (wytwórca ECOPHON AB Szwecja). Ponadto przedstawił tabelę – zestawienie porównawcze parametrów technicznych sufitów podwieszanych firmy ECOPHON oraz ROCKFON – opinia projektanta, w której stwierdził on niezgodność ze specyfikacją następujących parametrów oferowanego wyrobu przez odwołującego ROCKFON Medicare Ultra w stosunku do podanego z nazwy w

SIWZ wyrobu ECOPHON Hygiene Advance.

		Zaprojektowany sufit w pełni spełniający wymagania	Proponowany zamiennik przez wykonawcę	Zgodność ze specyfikacją techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych
		ECOPHON Hygiene Advance	ROCKFON Medicare Ultra	
1	Wymiary	600/600.1200x600	600/600,1200x600	
2	Surowiec	w 100% wełna szklana pokryta welonem szklanym z włókna szklanego grubości 0,53mm	wyłącznie wełna kamienna	niezgodność ze specyfikacją: zamiana wpływie na mniejszą elastyczność, czas eksploatacji, brak możliwości obciążania
3	Gęstość pozorna	80+-20	>100	niezgodność ze specyfikacją
4	Grubość	20mm	20mm	
S	Zastosowanie	w pomieszczeniach do 40°C i wilgotności wzgl.	w pomieszczeniach do 40°C i wilgotności wzgl.	
6	Odporność na ogień	Płyta Ecophon Hygiene Advance A sklasyfikowana jako niepalne, niekapiące i nieodpadające pod wpływem ognia - A2-sl.d0	Płyta sklasyfikowana jako niepalne, niekapiące i nieodpadające pod wpływem ognia - A2-s1,d0	

7	Atest higieniczny	Kompletny system (konstrukcja jak 1 same Płyty) spełniają wymagania higieniczne (w obiektach służby	JEDYNIĘ płyty spełniają wymagania higieniczne (w obiektach służby zdrowia, zabiegowe) zgodnie z atestem	niezgodność ze specyfikacją, płyty nie spełniają wymagań dla pomieszczeń o podwyższonych wymaganiach higienicznych tj. w salach operacyjnych.
8	Sorpcja i desorpcja pary wodnej (temp 30°C, wilg 95%)	<0,7	brak danych	brak danych do porównania
9	Pochłanianie dźwięku	75% dla ckw 200mm	90% dla ckw 200mm	Z uwagi na fakt iż płyta ECOPHONE jest pokryta folią -zgodnie z projektem.
10	De montowalność	Zapewniona przez zastosowanie włazu	Brak w ofercie włączów inspekcyjnych	Niezgodność ze specyfikacją
11	Zmywalność	w pełni zmywalna	ograniczona zmywalność.	Niezgodność ze specyfikacją
12	Powierzchnia	Powierzchnia obustronnie pokryta welonem szklanym, który na licowej stronie malowany farbą, powierzchnia	powierzchnie pokryte wyłącznie obustronnie welonem szklanym, brak folii	Niezgodność ze specyfikacją, brak folii uniemożliwia mycie pod ciśnieniem codziennie oraz obniża klasę czystości powietrza ISO
13	WSP. Odbicia światła	64%	85%	
14	Klasa pochłaniania	Płyty Ecophon Hygiene Advance należą do klasy pochłaniania dźwięku - B ckw/200mm	Klasa pochłaniania dźwięku - A ckw/ZOOmm zgodnie z normą EN ISO 11654	

15	Klasa czystości powietrza	m2,S/100 lub ISO 3 zgodnie z normą EN-ISO14644-1	m3,5/100 lub ISO 5 zgodnie z normą EN-ISO 14644-1	Niezgodność ze specyfikacją-zamiennik o niższej 1000x klasie czystości powietrza ISO
16	Rodzaj podwieszenia	Konstrukcja i zawiesia rozmieszczone zgodnie z zaleceniami	Konstrukcja niesystemowa, obcego producenta, brak gwarancji na	Niezgodność ze specyfikacją
17	Rodzaj konstrukcji	ECOPHON Connect Hygiene C3 T24, która poza powłoką cynkową, pokryte	Konstrukcja firmy Chicago, brak jawnych informacji o antykorozyjności w deklaracji	Niezgodność ze specyfikacją
18	Wieszaki	Wieszaki regulowane pokryte są powłoką o grubości 18	Wieszaki regulowane pokryte powłoką o grubości 5-7 pm	Niezgodność ze specyfikacją
19	Odporność na korozję	Pełna odporność na korozję	odporne na korozję (tylko dot. wilgoci)	
20	Masa łącznie z konstrukcją	4 kg/m2	3,4 kg/m2	
21	Krawędzie płyt	Folia teflonowa Advance	gruntowane	Niezgodność ze specyfikacją-krawędzie mniej odporne na czyszczenie

Pod tabelą widnieje opinia projektanta, stwierdzająca, że powyższe tabelaryczne zestawienie obu sufitów podwieszanych wykazuje, że nie są to produkty równoważne oraz, że parametry sufitu podwieszanego firmy Rockfon nie są zgodne z dokumentacją projektową. Ponadto sufit firmy Rockfon, jako całość (płyty i konstrukcja) nie stanowi jednolitego systemu, który gwarantowałby spełnienie założeń projektowych w zakresie stosowania w pomieszczeniach o podwyższonych wymaganiach higienicznych - brak atestów, certyfikatów na całość systemu. Zwracał uwagę, na istotny parametr przy pomieszczeniach o podwyższonych wymaganiach higienicznych (sale operacyjne), jakim jest

klasa czystości powietrza - 1000-krotnie przekraczająca wymagane w projekcie normy czystości – parametr 15.

Do pisma o przystąpieniu konsorcjum Z. P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski załączyło także odpis pisma z 6.05.2011 r. przedstawiciela producenta systemu sufitów podwieszanych Hygiene Advance ECOPHON AB Szwecja Saint-Gobain Construction Products Polska sp. z o.o., które pozostawiło bez oceny wniosek przystępującego, stwierdzając, że przedstawione tabelki porównawcze sufitów podwieszanych ECOPHON z sufitami ROCKFON nie posiadały pełnych informacji lub były niespójne.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podtrzymał swoje stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 29 kwietnia 2011 r. informującym ponownie o wynikach przetargu oraz wyjaśniał co następuje.

I. przedmiot zamówienia ma charakter mieszany, albowiem składają się na niego roboty budowlane (wykończeniowe w pomieszczeniach bloku operacyjnego) i dostawy (wyposażenie bloku operacyjnego), przy czym art. 6 ustawy Pzp regulujący problematykę zamówień mieszanych nie odnosi się wprost do zamówienia w takiej konfiguracji świadczeń, jak objęta niniejszym postępowaniem. Zamówienie w przedmiotowym postępowaniu obejmowało bowiem roboty budowlane i dostawy - przy czym nie były to dostawy niezbędne do wykonania robót. Z kolei roboty budowlane składające się na opis przedmiotu zamówienia nie obejmowały wyłącznie czynności związanych z rozmieszczeniem lub instalacją rzeczy objętych dostawą (vide: ust. 2 i 3 art. 6 ustawy Pzp).

Zamawiający organizując przedmiotowe postępowanie o zamówienie publiczne przyjął, iż należy do jego udzielenia przyjąć procedurę pełną, mającą zastosowanie do zamówień, których wartość szacunkowa przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, kierując się tym, że przedmiotowe zamówienie, mające charakter mieszany, nie daje się sklasyfikować wprost biorąc pod uwagę reguły kolizyjne określone w art. 6 Pzp, zaś wartość szacunkowa samych dostaw przekracza określone w tych przepisach kwoty, uwzględniając wartość szacunkową wszystkich dostaw objętych projektem unijnym, z którego dofinansowane są zamówienia objęte niniejszym postępowaniem.

Zamawiający dopuścił jednak możliwość, że uprawniona jest odmienna interpretacja powołanych przepisów - mianowicie tego rodzaju, iż w niniejszym przypadku *per analogiam* zastosowanie powinna mieć reguła kolizyjna określona w ust. 1 artykułu 6 Pzp, tj. z uwagi na to, że w przedmiotowym zamówieniu większy udział wartościowy mają roboty budowlane, to do tego zamówienia należy zastosować przepisy dotyczące robót budowlanych, czyli że w



niniejszym przypadku wystarczająca byłaby procedura uproszczona, a nie pełna, którą zamawiający zastosował.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności - pomimo zastosowania pełnej procedury przetargu nieograniczonego - wykonawcy *de facto* mogli mieć ograniczone prawo do wniesienia odwołania, jeżeli organ je rozpatrujący uznałby, że wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, co jest kryterium decydującym dla oceny, jakie czynności (zaniechania) zamawiającego mogą być zaskarżone przy użyciu tego środka ochrony prawnej oraz którzy wykonawcy mogą z niego skorzystać.

Zważywszy na to zamawiający uznał, iż informacja złożona przez przystępującego w niniejszej sprawie w trybie art. 181 ust. 1 Pzp zasługiwała na rozpatrzenie, jako że ewentualne odwołanie tego wykonawcy, złożone wobec domniemanego zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy mogłoby zostać z powyższych względów odrzucone, zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Skoro dla określenia legitymacji do wniesienia odwołania i czynności, które w ten sposób mogą być zaskarżone, znaczenie ma wartość zamówienia, nie zaś zastosowanie przez zamawiającego określonej procedury przetargu nieograniczonego (pełnej lub uproszczonej) dla udzielenia zamówienia publicznego (argument z art. 181 ust. 1 Pzp), postępowanie swoje uznał zamawiający za zasadne. Dlatego też zarzut naruszenia tego przepisu przez jego zastosowanie, w ocenie zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie.

II. Specyfikacja techniczna sufitów podwieszanych, w tym kluczowe z punktu widzenia wymagań zamawiającego parametry techniczne tych sufitów (czyli kryteria, w oparciu o które oceniane były rozwiązania równoważne opisanym w SIWZ) zostały zawarte w dziale 5.7 opracowania „Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych” (STWiOR), stanowiącego jako część dokumentacji projektowej załącznik do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ.

dowód: Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, na nośniku CD w dokumentacji postępowania, wyciąg w załączniku tekstowym.

Zamawiający powoływał się, że zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że oferowane przez niego rozwiązania są równoważne opisywanym.

Odwołujący w swojej ofercie (kosztorysie ofertowym), wyceniając poszczególne pozycje przedmiarowe określone w SIWZ, wskazał w zakresie sufitów podwieszanych

zastosowanie produktów, co do których użył nazewnictwa stanowiącego konglomerat nazwy produktów z dokumentacji projektowej oraz rzeczywiście wycenianych - nie przedkładając wraz z ofertą dokumentów (dowodów) potwierdzających, że zastosowane produkty są równoważne określonym w SIWZ. Ponieważ powyższa część oferty wzbudziła wątpliwości zamawiającego co do jej zgodności z SIWZ, zamawiający skorzystał z uprawnienia określonego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, i zażądał od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści oferty w przedmiotowym zakresie.

W odpowiedzi odwołujący złożył oświadczenie o równoważności zaoferowanych sufitów podwieszanych do rozwiązań zastosowanych w SIWZ i przedłożył karty techniczne charakteryzujące te produkty na dowód ich równoważności tym rozwiązaniom.

Zamawiający wówczas ocenił ofertę odwołującego jako niepodlegającą odrzuceniu z punktu widzenia jej zgodności z treścią SIWZ.

Na skutek informacji złożonej przez przystępującego w niniejszej sprawie, zamawiający uznał, że poprzednio dokonana ocena oferty odwołującego jako niepodlegającej odrzuceniu była wadliwa.

W szczególności w rezultacie opinii złożonej przez autora dokumentacji projektowej stanowiącej integralną część opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający uznał zasadność informacji złożonej przez przystępującego, w następstwie czego powtórzył czynność badania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odpowiadając na zarzuty odwołującego, zamawiający wskazywał że żądanie od wykonawców wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter fakultatywny - uzasadniony przede wszystkim potrzebą niewątpliwego ustalenia, czy treść oferty wykonawcy odpowiada treści SIWZ. W niniejszym postępowaniu, w zakresie sufitów podwieszanych, zamawiający zwracał się do odwołującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty, jako że analizując tę ofertę, a w szczególności użyte przez odwołującego sformułowania w kosztorysie ofertowym - nazewnictwo zaoferowanych sufitów - można było odnieść wrażenie, że odwołujący zaoferował produkt tożsamy do określonego w dokumentacji projektowej, a nie jak w istocie, inny produkt (i niekoniecznie równoważny do wymaganego).

Przedłożone w rezultacie tego żądania karty techniczne zaoferowanych sufitów w świetle opinii autora projektu i wymagań SIWZ (STWiOR) nie pozostawiały zamawiającemu wątpliwości w kwestii niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w zakresie kluczowych parametrów wymaganych sufitów z punktu widzenia ich zastosowania w pomieszczeniach zakładu opieki zdrowotnej, w szczególności: klasy czystości powietrza,

atestu higienicznego i zmywalności.

Stąd też brak było uzasadnionej potrzeby, aby dodatkowo wyjaśniać treść oferty odwołującego - dlatego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może zostać uwzględniony. Zamawiający, w rezultacie weryfikacji informacji uzyskanej od przystępującego (w oparciu o opinię autora projektu i analizę cech zaoferowanego produktu w kontekście wymagań określonych w SIWZ (STWiOR), uznał zatem, że odwołujący nie wykazał równoważności zaproponowanego rozwiązania, podczas gdy to na nim jako wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia tej okoliczności, zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp.

Odrzucając ofertę odwołującego w efekcie powtórzenia czynności badania i oceny ofert - na skutek stwierdzenia powyższej niezgodności oferty z SIWZ - zamawiający prawidłowo więc zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w związku z czym zarzut jego naruszenia nie może być uznany za zasadny. Wobec stwierdzenia, że odwołujący nie wykazał równoważności zaoferowanego produktu, pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu w tym zakresie, wystarczającym uzasadnieniem faktycznym czynności odrzucenia jego oferty z powodu niezgodności z treścią SIWZ, jak uznał zamawiający, jest przytoczenie tej okoliczności, w związku z czym czynność ta pozostawała pod ochroną art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm: Z.P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski, „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz sp. j. reprezentowane przez firmę Z. P. i U. I. „Heating” s.c. E. Kapska, A. Kapski jako lidera, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami w tym wyciągiem ze STWiOR roboty budowlane-stropy podwieszane poz. 5.7, wezwania do odwołującego o udzielenie wyjaśnień i udzielonej odpowiedzi wraz z załączonymi kartami katalogowymi, oferty odwołującego, pism stron i uczestnika postępowania odwoławczego wraz z załącznikami, deklaracje zgodności EC na płyty ROKFON MEDICARE ULTRA i ROKFON KORAL, atesty higieniczne na wymienione wyroby, pismo ROKFON sp. z o.o. w odniesieniu do porównania wyrobów: ROKFON MEDICARE ULTRA z ECOPHON HYGIENE ADVANCE. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i uczestnika,

przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Wykonanie robót budowlano - wykończeniowych wraz z częściowym wyposażeniem Bloku Operacyjnego ZZOZ w Wadowicach. We wniosku o wszczęcie postępowania w oparciu o załączone wyceny, zamawiający podał „Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 961 868,45 euro według rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń UOPWE (Dz. U. Nr 224, poz. 1795) tryb przetarg nieograniczony o wartości szacunkowej powyżej 193 tys. euro, wniosek został podpisany przez Dyrektora ZZOZ w Wadowicach lek. Tadeusza C.. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 17 grudnia 2010 r. pod pozycją 2010/S 245 - 374204. W sekcji VI pkt 4.2.6) ogłoszenia zamawiający określił tryb wnoszenia odwołań uregulowany w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. dla postępowań gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Identycznej treści pouczenie zostało zawarte w rozdziale XVII punkcie 6 SIWZ.

W rozdziale VII SIWZ wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego pkt 15. oświadczenie o spełnieniu przez oferowany przedmiot zamówienia – sprzęt i aparatura medyczna, wymagań przewidzianych przez ustawę z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 107, poz. 679 ze zm.) o spełnieniu przez oferowany asortyment wymagań określonych w rozporządzeniu z 21.08.2007 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego, wg wzoru załącznika nr 6 do SIWZ, jeżeli dotyczy.

Pkt 16 rozdziału VII SIWZ - należało załączyć katalogi, materiały informacyjne dla oferowanej aparatury medycznej i sprzętu – z zaznaczeniem oferowanych parametrów technicznych.

Rozdział XI SIWZ pkt 1. - komplet dokumentów oferty stanowią określone w rozdziale VII pkt 1 - 20 SIWZ, w tym: Pkt 1.d) kosztorys ofertowy uproszczony z tabelą elementów scalonych w układzie poszczególnych robót i branż opracowany w oparciu o projekt wykonawczy.

Pkt 8 oferta i wszystkie załączniki powinny być ( ...) podpisane przez wykonawcę – osobę upoważnioną.

Rozdział XV umowa z wykonawcą, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą zostanie zawarta w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, jeżeli zawiadomienie zostanie przekazane faksem lub drogą elektroniczną albo 15 dni jeżeli zostało przesłane w inny sposób.

Załącznik nr 1 do SIWZ zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wraz z tabelą określającą wymagania graniczne dla wyrobów i sprzętu medycznego.

Formularz oferty zawiera tabelę, w której należało podać spełnienie warunków granicznych oferowanych wyrobów medycznych i sprzętu. Zamawiający określił wymagania dla wyposażenia i sprzętu medycznego, które miały spełniać oferowane wyroby. Nie określił wymagań i tzw. parametrów granicznych, w odniesieniu do sufitów podwieszanych, których niespełnienie powodowałoby odrzucenie oferty.

Przedmiot zamówienia obejmuje między innymi sufity podwieszane z wbudowanym oświetleniem.

SIWZ zawiera wskazanie, że wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, określonymi w niej Polskimi Normami, zasadami wiedzy technicznej, sztuką budowlaną i obowiązującymi przepisami prawa.

Załącznik nr 2 wzór formularza ofertowego pkt 10 zawiera wymóg podania oświadczenia, że wyrób spełnia niżej wymienione (w tabeli ) warunki graniczne w odniesieniu do wyrobów i sprzętu medycznego.

Opisy tabeli nie odnoszą się do sufitów podwieszanych. W tym zakresie warunki graniczne nie zostały podane.

Pkt 8,9,10 zał. nr 1. Wskazane w dokumentacji pozycje katalogowe nie są wiążące dla wykonawcy przy sporządzeniu kosztorysu ofertowego, a wszystkie nazwy własne firm, urządzeń, systemów i innych znaków towarowych mają wyłącznie charakter informacyjny i należy w odniesieniu do nich stosować wyrażenie „lub równoważne.” W przypadku gdy przedmiot zamówienia zastał opisany za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, dopuszcza się rozwiązania równoważne opisywanym. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego zobowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego dostawy, (..) lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wykonawca może stosować urządzenia i materiały równorzędne o parametrach nie gorszych niż wymienione w dokumentacji technicznej.

Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych poz. 5.7 Pawilon „D” II etap podaje do zastosowania: płyty akustyczne ECOPHON GEDINA A, ECOPHON Higiena Performance A, płyty akustyczne ECOPHON Higiena Advance, z określeniem parametrów. Okoliczność przyznana stanowiło, że parametry te odnoszą się do konkretnych wyrobów

produkcji firmy: ECOPHON (Szwecja).

W pozycji 5.7 przedmiaru robót Blok operacyjny, część budowlana zamawiający zawarł następujący zapis ORGB 202/2702/1. Sufity podwieszane o konstrukcji metalowej z wypełnieniem płytami z włókien mineralnych, profile poprzeczne długości 60 cm – ECOPHON GEDINA A na konstrukcji T24. W pozycji 5.8 zawarł opis KNNR 7/702/2. Sufity podwieszane z płytami z włókien mineralnych, sufity z rastrami 600x600 mm - ECOPHON HYGIENE ADVANCE na konstrukcji C3.

W odniesieniu do zarzutów objętych odwołaniem zamawiający nie udzielał wyjaśnień ani nie modyfikował specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W kosztorysie ofertowym odwołującego:

W poz. 5.7 podano: Sufity podwieszane o konstrukcji metalowej z wypełnieniem płytami z włókien mineralnych, profile poprzeczne długości 60 cm – ECOPHON KORAL A na konstrukcji T24.

W pozycji 5.8 podano: Sufity podwieszane z płytami z włókien mineralnych, sufity z rastrami 600x600 mm - ECOPHON HYGIENE PERFORMANCE A na konstrukcji C3.

Przystępujący podał w swoim kosztorysie ofertowym:

Poz. 1.5.7 Sufity podwieszane o konstrukcji metalowej z wypełnieniem płytami z włókien mineralnych, profile poprzeczne długości 60 cm – ECOPHON GEDINA A na konstrukcji T24.

W pozycji 1.5.8 zawarł opis: Sufity podwieszane z płytami z włókien mineralnych, sufity z rastrami 600x600 mm- ECOPHON HYGIENE ADVANCE na konstrukcji C3.

Z powyższego wynika, że przystępujący zaoferował wyrób identyczny jak podany z nazwy przez zamawiającego.

Ostateczny termin składania ofert został wyznaczony do dnia 11 lutego 2011 r.

Oferty złożyło 6 wykonawców, z czego oferty 4 wykonawców zostały odrzucone.

Oferta odwołującego konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlane „KOMPLEKS” K. Króliczek i Wspólnicy sp. j., Kendromed Spółka z o. o., jest korzystniejsza w jedynym kryterium ceny – 4 216 783,83 zł. brutto.

Przystępujący konsorcjum w składzie: Z.P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski, „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz sp. j. podał cenę swojej oferty – 4 286 216,75 zł brutto.

Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia to 4 403 808,00 zł. Pismem z dnia 2 marca 2011 r. przystępujący zwracał się do zamawiającego wskazując, że oferta konkurenta – konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlane „KOMPLEKS” K. Króliczek i Wspólnicy sp. j., Kendromed Spółka z o. o., który złożył ofertę z niższą ceną zawiera rażące odstępstwa od SIWZ, które między innymi dotyczą poz. 5.7 i 5.8 kosztorysu ofertowego – sufitów podwieszanych. Do wymienionego pisma przystępujący załączył opinię techniczną zamienników sufitów podwieszanych produkcji firmy ECOPHON z dnia 14

lutego 2011 r. wystawioną przez dystrybutora produktów ECOPHON firmę: Saint Gobain Construction Products Polska sp. z o.o., potwierdzającą nierównoważność wybranych parametrów z płytami ROCFON Medicare.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2011 r. zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie treści złożonej przez odwołującego oferty, między innymi w odniesieniu do poz. 5.7 i poz. 5.8 kosztorysu ofertowego – zaoferowanych sufitów podwieszanych.

W odpowiedzi udzielonej pismem z dnia 7 kwietnia 2011 r. odwołujący oświadczył, że: przyjęte w jego ofercie płyty ECOPHON KORAL są równoważne do płyt ECOPHON GEDINA. W załączniku nr 3 przedstawił karty techniczne. Oświadczył również, iż przyjęte w jego ofercie sufity podwieszane ECOPHON MEDICARE ULTRA są równoważne do sufitów ECOPHON HYGIENE ADVANCE w załączniku nr 4 przedstawił karty techniczne MEDICARE ULTRA. Przedstawione karty techniczne dotyczą płyt sufitowych KORAL oraz płyt sufitowych MEDICARE produkcji firmy ROCFON (jak zostało przyznane).

Pismem z dnia 21 kwietnia 2011 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez odwołującego konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlane „KOMPLEKS” K. Króliczek i Wspólnicy sp. j. Kendromed spółka z o. o.

Powołując się na art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, pismem złożonym 28 kwietnia 2011 r. wykonawca konsorcjum firm: Z.P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski, „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz sp. j. reprezentowane przez firmę Z. P. i U. I. „Heating” s.c. E. Kapska, A. Kapski jako lidera, wskazywał, że wybrany wykonawca zaoferował wyrób na wykonanie sufitów podwieszanych niespełniający wymagań, na dowód czego załączył opinię techniczną z dnia 21 kwietnia 2011 r. firmy Saint Gobain Construction Products Polska sp. z o.o., stwierdzającą, że produktu ROCFON koral A 15 mm nie można uznać za zamiennik ECOPHON GEDINA A. Deklarowane przez producenta parametry techniczne sufitów ROCKFON Koral A są nierównoważne z parametrami technicznymi ECOPHON GEDINA A. W przypadku zamienników sufitów podwieszanych wszystkie jego parametry muszą być co najmniej takie same albo lepsze. Poinformował, że produkt Medicare Ultra nie jest produktem firmy ECOPHON. Oświadczył, że produktu ROCFON Medicare Ultra (Advance Medicare) nie można uznać za zamiennik ECOPHON Hygiene Advance A. Deklarowane przez producenta parametry techniczne sufitów ROCKFON Medicare Ultra są nierównoważne z parametrami technicznymi ECOPHON Hygiene Advance A. W przypadku zamienników sufitów podwieszanych wszystkie jego parametry muszą być co najmniej takie same albo lepsze. Wymieniona opinia techniczna zawiera porównanie wybranych parametrów.

Pismem z dnia 6 maja 2011 r. wymieniona wyżej firma poinformowała, że nie jest w stanie odnieść się do przedstawionych tabel porównawczych sufitów podwieszanych ECOPHON

I ROCFON z uwagi na nieporównywalność danych.

Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 29 kwietnia 2011 r. (przesłanym drogą elektroniczną) do Biura Projektowego służby zdrowia PRO-MEDICUS sp. z o.o. o porównanie parametrów technicznych sufitów podwieszanych firm: ECOPHONE I ROCFON. W odpowiedzi projektant pismem z dnia 28 kwietnia 2011 r. przesłanym faksem 29 kwietnia 2011 r. w tabeli przedstawił odstępstwa jakie znalazł w ofercie odwołującego w odniesieniu do zaoferowanych sufitów podwieszanych w stosunku do opisu wynikającego z zastosowania wyrobów firmy ECOPHONE.

W tym samym dniu 29 kwietnia 2011 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ. „Sufity zaoferowane w Sali Operacyjnej nie są sufitami równoważnymi do wymaganych przez zamawiającego.” Pismo nie zawiera uzasadnienia faktycznego tej czynności .

Izba zważyła co następuje.

Wbrew stanowisku zamawiającego i przystępującego, Izba uznała na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy Pzp, że z uwagi na wartość całkowitą zamówienia, do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tak zamówienie określił zamawiający w protokole postępowania oraz stosownie do tego podał zarówno w ogłoszeniu jak i w SIWZ informację o przysługujących wykonawcom środkach odwoławczych. Błędne jest zatem twierdzenie, że przystępujący mógł jedynie skorzystać z procedury określonej w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp i zawiadomić zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej lub zaniechaniu czynności, do której zamawiający był zobowiązany, i na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, przystępujący: Z.P. i U. I. „Heating” s. c., E. Kapska, A. Kapski, „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz s. j. reprezentowane przez firmę Z. P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski jako lidera miał prawo wnieść odwołanie na czynność wyboru oferty konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlane „KOMPLEKS” K. Króliczek i Wspólnicy sp. j. Kendromed Spółka z o. o., o której wykonawcy zostali powiadomieni 21 kwietnia 2011 r. Tym bardziej, że jeszcze przed dokonaniem wyboru kwestionowanej oferty, zawiadomił zamawiającego o swoich zastrzeżeniach, co do między innymi zaoferowanych przez konkurenta sufitów podwieszanych w Sali Operacyjnej.

Skorzystanie przez przystępującego z procedury określonej w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, zamiast przysługującego odwołania, prowadzi zdaniem Izby, do obchodzenia procedur odwoławczych, stwarza niejasne relacje między wykonawcą a zamawiającym, niesprzyjające wypełnianiu zasady przejrzystości postępowania. Nie mniej Izba miała na uwadze, że obojętnie czy w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, czy też w ogólności do zamawiającego



może wpłynąć z różnych źródeł informacja dotycząca złożonych ofert. Jeżeli dotyczy ona nieprawidłowości w ofertach wykonawców, czy podania nieprawdziwych informacji, to zamawiający nie może pozostawić takich informacji bez sprawdzenia. Izba zaś władna jest nakazać unieważnienie czynności, powtórzenie czynności zamawiającego do czasu zawarcia umowy o czym stanowi art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

W niniejszym przypadku należało zauważyć, że zamawiający został powiadomiony o tych samych okolicznościach już w dniu 2 marca 2011 r., kiedy to przystępujący zwracał się do niego wskazując, że oferta konkurenta – wykonawcy, który złożył ofertę z niższą ceną zawiera rażące odstępstwa od SIWZ, które między innymi dotyczyły poz. 5.7 i 5.8 kosztorysu ofertowego – sufitów podwieszanych. Do wymienionego pisma przystępujący załączył opinię techniczną zamienników sufitów podwieszanych względem produktów firmy ECOPHON z dnia 14 lutego 2011 r. wystawioną przez dystrybutora produktów tego wytwórcy, firmę: Saint Gobain Construction Products Polska sp. z o.o., potwierdzającą nierównoważność wybranych parametrów wyrobów ECOPHON opisanych w specyfikacji technicznej z płytami ROCFON Medicare. Wówczas zamawiający na ten sygnał nie zareagował.

Izba miała na względzie, że skoro zamawiający dokonał w dniu 21 kwietnia 2011 r. wyboru oferty konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlane „KOMPLEKS” K. Króliczek i Wspólnicy sp. j., Kendromed Spółka z o. o., jako najkorzystniejszej, uznał tym samym, że wyjaśnienia wymienionego konsorcjum z dnia 7 kwietnia 2011 r. na wezwanie z dnia 4 kwietnia 2011 r. były na tyle wystarczające, że rozwiały niejasności w takim stopniu, iż umożliwiły wybór oferty odwołującego.

Przystępujący w dniu 28 kwietnia 2011 r. ponownie przedstawił te same zarzuty wobec oferty konkurenta, co w swoim wcześniejszym piśmie z dnia 2 marca 2011 r. załączając kolejną opinię dystrybutora produktów firmy ECOPHON, kwestionującą równoważność produktów firmy ROCFON, zaoferowanych przez odwołującego. Tym razem zamawiający również w dniu 28 kwietnia 2011 r. zwrócił się do projektanta o opinię na temat parametrów równoważności zaoferowanych przez odwołującego sufitów do opisanych w przedmiarze poz. 5.7 i 5.8 robót budowlanych i specyfikacji technicznej (STWiOR). Projektant w informacji przekazanej dnia 29 kwietnia 2011 r. porównując parametry określone przez odwołującego ROCFON Medicare Ultra i wynikające z opisów technicznych produktów firmy ECOPHON - ECOPHON Higiena Advance, przyjętych w poz. 5.7, 5.8 przedmiaru robót i specyfikacji technicznej jako wzorcowe, potwierdził iż w jego ocenie nie są to produkty równoważne zaoferowanym przez odwołującego.

Jednocześnie w tym samym dniu 29 kwietnia 2011 r. zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty przystępującego Z.P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski, „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz sp. j.

Należało zważyć, iż przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, nie wolno opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny.” Zamawiający opisał rodzaj sufitów podwieszanych w Sali Operacyjnej posługując się w specyfikacji technicznej i w przedmiarze konkretną nazwą producenta i określeniem konkretnego wyrobu, mianowicie:

Poz. 5.7 Sufity podwieszane o konstrukcji metalowej z wypełnieniem płytami z włókien mineralnych, profile poprzeczne długości 60 cm – ECOPHON GEDINA A na konstrukcji T24. W pozycji 5.8 Sufity podwieszane z płytami z włókien mineralnych, sufity z rastrami 600x600 mm- ECOPHON HYGIENE ADVANCE na konstrukcji C3. Pełny zestaw parametrów tych produktów i opis zawiera przywołany numer specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

W ocenie Izby, nie wskazano w dokumentacji postępowania, dlaczego zamawiający uznał za dopuszczalne posłużenie się opisem konkretnego wyrobu. W sytuacji, gdy istnieje wielość danego rodzaju produktów na rynku, zamawiający winien opisać zamawiany wyrób przez podanie podstawowych i istotnych dla niego cech i właściwości.

Z przytoczonego wyżej materiału dowodowego sprawy wynika, że załącznik nr 2 wzór formularza ofertowego pkt 10 zawiera wymóg złożenia oświadczenia, że wyrób spełnia niżej wymienione (w tabeli ) warunki graniczne. Opisy tabeli przedstawione w zał. nr 1 do SIWZ nie odnoszą się jednak do sufitów podwieszanych. W tym zakresie warunki graniczne, których niespełnienie powodowałoby odrzucenie oferty nie zostały podane. Również jedynie w stosunku do wyrobów medycznych, żądane były materiały informacyjne, karty katalogowe, z zaznaczeniem miejsc, z których wynikałoby spełnienie wymaganych właściwości.

W odniesieniu do dopuszczenia wyrobów równoważnych zamawiający ograniczył się jedynie do przytoczenia treści odnośnych przepisów zawartych w art. 30 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp. W pkt 8,9,10 zał. nr 1 - opisu przedmiotu zamówienia, podał bowiem, że wskazane w dokumentacji pozycje katalogowe nie są wiążące dla wykonawcy przy sporządzeniu kosztorysu ofertowego, a wszystkie nazwy własne firm, urządzeń, systemów i innych znaków towarowych mają wyłącznie charakter informacyjny i należy w odniesieniu do nich stosować wyrażenie „lub równoważne.” W przypadku gdy przedmiot zamówienia zastał opisany za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, dopuszcza się rozwiązania równoważne opisywanym. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego zobowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego dostawy, (..) lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wykonawca może stosować urządzenia i materiały równorzędne o parametrach nie gorszych niż wymienione w dokumentacji technicznej.

Taki opis jak zastosował zamawiający, jest zdaniem Izby, wysoce niewystarczający dla porównania oferowanych wyrobów do wyrobu zidentyfikowanego z nazwy - opisanego w SIWZ, w celu stwierdzenia ich równoważności. Obowiązkiem zamawiającego było w pozycjach dokumentacji technicznej gdzie posłużył się parametrami konkretnego wyrobu, opisanie dokładnych cech parametrów, właściwości technicznych i funkcjonalnych wyrobu równoważnego, z podaniem parametrów granicznych, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty przewidującej zastosowanie wyrobu równoważnego.

Prawdą jest, że wykonawca w myśl art. 30 ust. 5 ustawy Pzp zobowiązany jest wykazać równoważność oferowanych wyrobów, ale ma to nastąpić względem opisu SIWZ ową równoważność konkretnie definiującego.

Za całkowicie błędne, Izba uznała założenia przyjęte przez sporządzającego opinie techniczne, przedłożone przez przystępującego, tj. Saint Gobain Construction Products Polska sp. z o.o., stwierdzające, że produktu ROCFON koral A 15 mm nie można uznać za zamiennik ECOPHON GEDINA A. Deklarowane przez producenta parametry techniczne sufitów ROCKFON Koral A są nierównoważne z parametrami technicznymi ECOPHON GEDINA A, gdyż w przypadku zamienników sufitów podwieszanych wszystkie jego parametry muszą być co najmniej takie same albo lepsze. Z takich samych założeń wychodził projektant dokumentacji technicznej dla przedmiotowego postępowania Biuro Projektowe służby zdrowia PRO-MEDICUS sp. z o.o. o w swoim porównaniu parametrów technicznych sufitów podwieszanych firm: ECOPHON I ROCFON, który pismem z dnia 28 kwietnia 2011 r. w tabeli przedstawił odstępstwa jakie znalazł w ofercie odwołującego w odniesieniu do zaoferowanych sufitów podwieszanych, względem podanych sufitów podwieszanych firmy ECOPHON, uznając, że nie wykazują one identycznych właściwości.

Izba nie przyjęła jako wiarygodnych opinii sporządzonych przez Saint Gobain Construction Products Polska sp. z o.o., firmę zajmującą się dystrybucją wyrobów ECOPHON. Nie może być uznane za bezstronne jej stanowisko skoro wymieniony podmiot jest żywotnie zainteresowany zwiększeniem sprzedaży wyrobów producenta, którego jest przedstawicielem w Polsce. Z tych samych względów Izba nie uwzględniła opinii sporządzonej przez ROCFON sp. z o.o., wykazującej równoważność płyt ROKFON Medicare Ultra z płytami ECOPHON Hygiene Advance.

Także za nieprzydatne do oceny oferty odwołującego, Izba uznała stanowisko wymienionego wyżej Biura Projektowego PRO-MEDICUS sp. z o.o., które wskazywało, że sufity zaoferowane przez odwołującego nie przedstawiają identycznych parametrów jak wynikające z kart katalogowych zidentyfikowanych produktów, wymienionych w poz. 5.8 i poz. 5.9 przedmiaru oraz w specyfikacji technicznej dla danych pozycji.

Należało zważyć, iż gdyby równoważność produktu miała się sprowadzać do oferowania wyrobu o identycznych parametrach, oznaczałoby to że należy zaoferować

wyrób tożsamy ze wskazanym z nazwy w specyfikacji technicznej oraz w przedmiarze. Takie wymaganie jest niedopuszczalne i w myśl przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do utrudniania uczciwej konkurencji. Wystarczy bowiem sam dobór takich cech technicznych, które łącznie może spełnić jeden wyrób oferowany na rynku, aby mówić o utrudnianiu uczciwej konkurencji. Sposób oceny spełnienia równoważności przez zaoferowany wyrób nie został w SIWZ szczegółowo podany, zatem ocena ta nie mogła być odnoszona wprost do porównania identyczności cech technicznych z wyrobem podanym jako wzorcowy. Dla wykazania równoważności powinny być wskazane najważniejsze cechy i właściwości wyrobu, walory funkcjonalne – desygnat, do którego produkt równoważny miał być odnoszony. Żaden wyrób nie jest w stanie spełnić kompletnych parametrów innego oferowanego na rynku. Każda z firm ma swoje własne rozwiązania, w tym chronione w trybie przepisów ustawy z 30m czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz. U. Nr 119, poz. 1117). W myśl warunków jakie ustalił zamawiający dla wyrobów równoważnych w tym postępowaniu, nawet brak jakiegokolwiek drobnej cechy wyrobu oryginalnego, upoważniałby do zdyskwalifikowania zaoferowanego wyrobu równoważnego.

Z przytoczonego materiału dowodowego sprawy wynika, że w odniesieniu do sufitów podwieszanych, również jako wyrobu równoważnego, zamawiający nie żądał żadnych atestów, deklaracji producenta. Nawet wprost nie wymagał przedstawienia kart katalogowych, gdyż wymóg ten odnosił się do wyrobów i urządzeń medycznych. Zdaniem zamawiającego dokumenty te mimo, że niewymagane, wykonawca winien złożyć jako udokumentowanie równoważności oferowanego wyrobu. Ze stanowiskiem takim nie można się zgodzić, gdyż wykaz dokumentów powinien być z góry podany w ogłoszeniu oraz w SIWZ. Zamawiający jest związany warunkami przetargu jakie ustanowił i nie może od nich odstępować w trakcie oceny ofert.

Skoro brak było opisu cech równoważności, Izba nie mogła stwierdzić, że zaoferowany wyrób przez odwołującego - płyty sufitowe ROKFON Medicare Ultra produkcji firmy ROCFON nie spełniają wymagań postawionych w SIWZ w porównaniu do płyt ECOPHON Hygiene Advance.

Bezsporną okoliczność stanowiło, że płyty sufitowe podane w ofercie odwołującego, spełniają wymagania odnośnych norm oraz przepisów rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać pod względem fachowym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia zakładu opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 213, poz. 1568 ) i jako takie zostały dopuszczone do stosowania w obiektach szpitalnych w salach operacyjnych. Potwierdza to przedłożony przez odwołującego Atest Higieniczny, wydany dnia 31 marca 2009 r. przez PZH o numerze HK/B/030/01/2009 dla płyt ROKFON z wełny mineralnej, przeznaczonych do stosowania w obiektach o podwyższonych wymaganiach higienicznych w tym w obiektach służby zdrowia – szpitali, sal operacyjnych, sal chorych. W zasadzie

analogiczne zastosowanie przewiduje dla wyrobów ECOPHON AB Hygienn Advance przedłożony przez przystępującego Atest Higieniczny, wydany dnia 12 sierpnia 2010 r. o numerze HK/B/0935/01//2010. Na oferowany przez odwołującego wyrób, producent wystawił deklaracje zgodności EC, w tym na płyty ROCFON Medicare. Odwołujący przedstawił zestawienie wykazujące obiekty szpitalne, gdzie płyty ROCFON zostały zamontowane.

Sam fakt, że wykonawca oferuje wyroby równoważne nie oznacza, że jest on zobowiązany złożyć dokumenty, których SIWZ nie określała. Tak samo jak należy zamieścić opis wyrobu, który zamawiający uzna za równoważny, należało podać wykaz dokumentów dla udowodnienia równoważności. W przedmiotowym postępowaniu dla robót/wyrobów obejmujących sufity podwieszane zamawiający nie ustanowił także parametrów granicznych, których niespełnienie skutkowałoby odrzuceniem oferty.

Podane przez zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego należało uznać za niepełne. Przytoczenie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie stanowi bowiem należytego wypełnienia wskazań art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wymagającego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności odrzucenia oferty wykonawcy.

Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert.

Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdzają to postanowienia art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, wskazując, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów. Przejrzystość postępowania nie została przez zamawiającego w tym postępowaniu zagwarantowana.

W oparciu o przeprowadzony i przytoczony wyżej materiał dowodowy sprawy, Izba uznała, że zarzuty odwołującego naruszenia przez zamawiającego:

a) art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, przez potraktowanie informacji wykonawcy Z.P. i U. I. „Heating” s. c. E. Kapska, A. Kapski, „Konkret” Dagmara Fik, Marcin Mazurkiewicz s. j.

pisma, jako wniesionego w trybie tegoż przepisu,

b) art. 89 ust. 1 pkt. 2, ustawy Pzp, przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego,

c) art. 92 ust. 1 pkt. 2, ustawy Pzp, przez nie podanie uzasadnienia faktycznego odrzucenia złożonej oferty, tj. nie wskazanie dlaczego sufity zaoferowane w sali operacyjnej nie są sufitami równoważnymi do opisanych w SIWZ,

- znalazły potwierdzenie,

Izba nie znalazła natomiast podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie zastosowania procedur określonych w tym przepisie, gdyż odwołujący był wzywany do wyjaśnień i materiały oraz wyjaśnienia jakie przekazał zamawiającemu pozwalały na identyfikację oferowanych sufitów podwieszanych produkcji firmy ROCFON. W oparciu o te dane, zamawiający pierwotnie dokonał wyboru oferty odwołującego w dniu 21 kwietnia 2011 r. a następnie na podstawie których, stwierdził brak równoważności tych wyrobów z podanymi w przedmiarze i w specyfikacji technicznej.

Faktem jest, że nazewnictwo oferowanych płyt sufitowych, jakie podał odwołujący w przedmiarze oraz w swoim wyjaśnieniu różni się od poprawnych nazw nadanych przez producenta wyrobów firmę ROKFON, a nawet zawierało element oznaczenia ECOPHON, co mogło wprowadzać w błąd. Zarzut podania nieprawdziwych informacji w ofercie odwołującego nie był jednak stawiany. Na podstawie załączonych do wyjaśnień kart katalogowych produktów ROKFON, zamawiający miał możliwość ustalenia tożsamości oferowanego wyrobu. Dla doprowadzenia do zgodności oznaczeń w kosztorysie ofertowym odwołującego, zamawiający ma możliwość, skorzystania z procedury określonej art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż odwołujący potwierdził, iż użyte nieściśle nazewnictwo w odniesieniu do zaoferowanych płyt podwieszanych było wynikiem omyłki. Tego rodzaju sprostowanie, w ocenie Izby nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty odwołującego.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, skoro oferta odwołującego, mimo że podawała najniższą cenę została odrzucona.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 20 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania stosownie do postanowień § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....