

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2013 r. przez wykonawcę THERMBAU POLSKA Sp. z o.o. spółkę komandytową w Pile w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie, przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Projektowo-Wykonawczo-Handlowe West Bud J..... spółki jawnej w Koszalinie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę THERMBAU POLSKA Sp. z o.o. spółkę komandytową w Pile, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez THERMBAU POLSKA Sp. z o.o. spółkę komandytową w Pile, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od THERMBAU POLSKA Sp. z o.o. spółki komandytowej w Pile na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 2 PUM w Szczecinie kwotę 967 zł 00 gr (słownie: dziewięciuset sześćdziesięciu siedmiu złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Szczecinie.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „wykonanie robót budowlanych z zakresu „Termomodernizacji budynków SPSK Nr 2 PUM w Szczecinie ze źródłami energii odnawialnej” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 maja 2013 r. pod nr 209872.

Zamawiający w dniu 18 lipca 2013 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę P.P.W.H. WEST BUD J..... sp. j. w Koszalinie, odrzucając ofertę Odwołującego.

II. Odwołujący w dniu 23 lipca 2013 r. złożył odwołanie wobec odrzucenia własnej oferty, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez niezgodne z prawem wezwanie Odwołującego do uzupełnienia oferty, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy, poprzez podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo że nie zaistniały ku temu przesłanki.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności, polegającej na wyborze oferty jako najkorzystniejszej firmy P.P.W.H. WEST BUD J..... sp.j. w Koszalinie,
2. unieważnienia czynności z dnia 18.07.2013 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania;
3. powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i uznanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
4. dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację:

1) w zakresie podstawy odrzucenia oferty z uwagi na niezłożenie wykazu materiałów i urządzeń:

- Zamawiający podał, że „w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawców materiały

i urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej w pkt. IX SIWZ wymagał przedłożenia kosztorysu ofertowego a w przypadku zastosowania przez wykonawców rozwiązań równoważnych również przedłożenia szczegółowego opisu tych rozwiązań. W rozdziale II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający określił, że kosztorys jaki zobowiązani są złożyć wykonawcy winien być kosztorysem szczegółowym". Zamawiający w rozdziale I - Instrukcja dla Wykonawców - ust. IX w związku z ust. VIII, dotyczącym wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt. 6 Pzp) oraz inne dokumenty (oświadczenia) wymagane przez Zamawiającego - pkt. 1 tiret a) „w celu potwierdzenia, że oferowane materiały i urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej wykonawca zobowiązany jest przedłożyć: kosztorys ofertowy w formie papierowej i jeżeli to możliwe również elektronicznej". Nie ma w tym miejscu mowy o kosztorysie szczegółowym co podkreśla Zamawiający, nie ma tutaj mowy także o wykazie materiałów i urządzeń, który rzekomo mieli załączyć Wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane materiały i urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej. W dniu 08.07.2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp „wykazu materiałów i urządzeń ze wskazaniem nazwy poszczególnych materiałów/urządzeń, ich ilości oraz cen jednostkowych". Ponadto pismem z dnia 09.07.2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że oczekuje od niego uzupełnienia oferty o wykaz materiałów i urządzeń dla każdego z kosztorysów ofertowych z osobna. Odwołujący pismem z dnia 09.07.2013 r. poinformował Zamawiającego, że dokumenty te nie były wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. Ponadto Zamawiający nie określił w SIWZ, że kosztorys ofertowy ma zostać wydrukowany i załączony do oferty wraz z wykazem materiałów i urządzeń, w związku z czym Zamawiający nie ma prawa żądać od Odwołującego uzupełnienia oferty o dokumenty nie wymagane w SIWZ.

W rozdziale XIV stanowiącym opis sposobu przygotowania oferty Zamawiający określił, że „do formularza oferty należy dołączyć następujące dokumenty i oświadczenia: „(...) oświadczenia i dokumenty określone w pkt. IX ppkt. 1 SIWZ". Odwołujący załączył do oferty wymagane przez Zamawiającego tj. kosztorys ofertowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W Rozdziale I ust. XVI - opis sposobu obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt. 12 PZP) w pkt. 1 Zamawiający zawarł, że „Wykonawca określi na formularzu oferty cenę ryczałtową netto, stawkę podatku VAT (w %) oraz cenę ryczałtową brutto za wykonanie robót w każdym z czterech budynków objętych przedmiotem zamówienia oraz łączną cenę brutto i netto oraz stawkę podatku VAT całego przedmiotu zamówienia". „Cena ryczałtowa za wykonanie przedmiotu zamówienia winna być ustalona na podstawie dokumentacji projektowej, przedmiaru robót oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót

budowlanych (STWiORB) stanowiących załączniki do SIWZ z zastrzeżeniem pkt. XVI ppkt. 4” - pkt. 3. W pkt. 4 ww, ust. Zamawiający zawarł, że „cena ryczałtowa winna uwzględniać wszystkie koszty, których poniesienie jest niezbędne do prawidłowego wykonania i odbioru przedmiotu zamówienia (...). Przedstawione przez Zamawiającego przedmiary robót są tylko materiałem pomocniczym i nie stanowią zestawienia planowanych i przewidywanych wszystkich prac związanych z wykonaniem zamówienia. (...) W przypadku rozbieżności pomiędzy przedmiarem robót i dokumentacją projektową decydująca dla ustalenia zakresu robót jest dokumentacja projektowa”. Kosztorys ofertowy nie jest dokumentem, z którego można wyczytać jakie materiały i urządzenia Wykonawcy oferują, tym bardziej, że Zamawiający nie narzucił Wykonawcom metod sporządzenia kosztorysu ofertowego. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys ofertowy może służyć jedynie do uzgodnienia ceny obiektu lub robót budowlano - montażowych i remontowych. W kosztorysie ofertowym są przedstawione przewidywane koszty Wykonawcy w określonych warunkach realizacji inwestycji i ustalona cena, za którą Wykonawca skłonny jest wykonać roboty budowlane. Przywołać tutaj należy § 6 ust. 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.* Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu, zamawiający „w celu potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane (...) odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego; zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym (...)”. Zamawiający z tego przywileju nie skorzystał, w związku z czym nie może mieć do Odwołującego roszczeń o dokumenty, których nie wymagał ani w SIWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu, a które jak wskazał Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, Zamawiający miał „na myśli”. Wykonawcy nie muszą czytać w myślach Zamawiających. To Zamawiający powinien w sposób wyczerpujący określić swoje wymagania w SIWZ. Zamawiający nie określił czy wykaz RMS ma być załącznikiem do kosztorysu ofertowego. Ponadto Zamawiający nie wskazał sposobu przygotowania kosztorysu, w związku z czym jednoznacznym jest, że nie narzucił Wykonawcom podstaw sporządzenia kosztorysów ofertowych. W tym przypadku, jeśli kosztorys ofertowy miał być potwierdzeniem zaofertowanych materiałów i urządzeń Zamawiający zobowiązany był do wskazania:

- Metody, jaką przy opracowaniu kosztorysów ofertowych muszą zastosować Wykonawcy,
- Formy kosztorysów i wycen sporządzanych na podstawie przekazanego przedmiaru

robót,

- Wymagań dotyczących składników cen jednostkowych i cen określonych robót budowlanych,
- Informacji dotyczących zakresu wyszczegółowionych robót budowlanych i świadczeń oraz wymagań dotyczących zakresu cen przyjmowanych w kosztorysach i wycenach dla każdej z wyszczegółowionych robót budowlanych.

Również w wyroku KIO 425/12 z dnia 12 marca 2012 r. Izba słusznie podniosła, że „Okoliczność bezsporną stanowiło, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w treści SIWZ nie wymagał od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), tj. dokumentów na wykazanie, że zamawiane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego, tj. rekomendacji technicznych, aprobat technicznych ITB, opisów, certyfikatów, itp. stanowiących potwierdzenie spełnienia wymagań zamawiającego, według zobowiązania podjętego przez wykonawcę w treści oferty wykonania zamówienia w żądany sposób. Tym samym na etapie postępowania, w toku badania i oceny ofert, zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania od ustalonych warunków prowadzenia postępowania i żądania tego rodzaju dokumentów ani od odwołującego, ani żadnego innego wykonawcy. Jak trafnie zauważył odwołujący, wynika to z faktu, iż stosowny zapis uprawniający do żądania przedmiotowych dokumentów nie został przewidziany przez zamawiającego w treści ogłoszenia i SIWZ. Zupełnie odrębną kwestią jest, że na oferowane wyroby, według wymagań zamawiającego, wykonawca winien być w posiadaniu dokumentów potwierdzających ich cechy jakościowe i dopuszczenia do stosowania, na co złożył odpowiednie zapewnienie w treści oferty. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż na obecnym etapie badania i oceny oferty odwołującego i przystępującego - zamawiający nie był uprawniony zarówno w nieprawidłowo zastosowanym trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak i w trybie art. 26 ust. 3 tej ustawy, do żądania dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), tj. między innymi aprobat technicznych ITB, rekomendacji technicznych, itp.”.

2) W zakresie podstawy odrzucenia oferty w zakresie niewykazania równoważności oferowanych rozwiązań:

- odnośnie nie załączenia do oferty szczegółowego opisu proponowanych rozwiązań równoważnych, Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że w załączonym kosztorysie ofertowym w szeregu pozycjach zawarł zapis o treści „lub równoważny”, a mimo to nie załączył opisu proponowanych rozwiązań równoważnych. Po pierwsze wskazać należy, że kosztorys ofertowy Odwołującego stanowi wierną kopię kosztorysu (przedmiaru), który Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej. Zamawiający zamieścił ww. dokument

w formacie pdf. Obecnie technika informatyczna pozwala na przekształcenie dokumentu z formatu pdf. na format odpowiadający formatowi programu kosztorysowego. W celu zaoszczędzenia czasu na przepisywanie pozycji po pozycji Odwołujący przekształcił dokument Zamawiającego, w związku z czym kosztorys ofertowy jest analogiczny do kosztorysu (przedmiaru) Zamawiającego. W nawiązaniu do pisma Zamawiającego z dnia 08.07 2013 r. Odwołujący oświadczył, że nie wykazał w swojej ofercie zastosowania rozwiązań równoważnych, co jest jednoznaczne z tym, że nie zamierza ich zastosować. Odwołujący wskazał też Zamawiającemu, że w ust. IX pkt. 1 ppkt. b. zawarł, że w przypadku zastosowania rozwiązań równoważnych w przypadkach, o których mowa w Rozdziale II - opis przedmiotu zamówienia - pkt. IV - Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty szczegółowy opis tych rozwiązań. A więc w przypadku nie zastosowania rozwiązań równoważnych, Wykonawca nie był zobowiązany do złożenia opisu tych rozwiązań, a zatem nie zgodził się na zastosowanie rozwiązań określonych przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej. Pismem z dnia 12.07.2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień odnośnie szczegółowych opisów rozwiązań równoważnych w odniesieniu do wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego, w których Wykonawca powołuje się na rozwiązania równoważne i wykazania, że oferowane rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący oświadczył, że nie powołał się w kosztorysie na zastosowanie rozwiązań równoważnych. Ponadto Odwołujący oświadczył, że na etapie realizacji przedmiotu zamówienia nie będzie stosował rozwiązań równoważnych w stosunku do materiałów określonych w dokumentacji projektowej udostępnionej przez Zamawiającego. Odwołujący zwrócił Zamawiającemu uwagę, że dopuszczając oferowanie przez Wykonawców równoważnych zamienników materiałów i urządzeń powinien w każdym konkretnym przypadku podać parametry brzegowe równoważności urządzenia lub materiałów, czego Zamawiający nie uczynił. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 16.12.2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 1400/08, w którym skład orzekający uznał, że *„istotne jest również to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry”*.

- Odwołujący podkreśla, że oferta firmy, która została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, również w swoich kosztorysach miała wskazanie przy pozycjach kosztorysowych dotyczących instalacji solarni wpisane wyrażenie „*lub równoważne*”, a mimo to Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia treści złożonej oferty. Nadal nie jest wiadome, jakie kolektory zastosuje wykonawca, którego ofertę Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą. Nie może on zastosować rozwiązania zaprojektowanego ze względu na nieważny certyfikat i nie załączył żadnych dokumentów

potwierdzających spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego. Takie zachowanie Zamawiającego jednoznacznie wskazuje na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, a więc przeprowadzenia postępowania bez zachowania uczciwej konkurencji oraz nierównego traktowania wykonawców. Zwrócić uwagę należy na następujące wyroki KIO co do parametrów równoważności: Sygn. akt KIO/UZP 1400/08 „Uznaje się, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry”, sygn. akt KIO/UZP 967/09 „Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych oraz czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia.” sygn. akt: KIO/UZP 984/09 „Zamawiający wskazując z jednej strony w SIWZ konkretne urządzenia, a z drugiej strony dopuszczając w tym zakresie możliwość rozwiązania równoważnego, winien określić przynajmniej minimalne parametry albo oczekiwania technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to urządzenie” sygn. akt KIO/UZP 798/08 „Na Zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia, a zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji”; sygn. akt KIO/UZP 585/09 „Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że Zamawiający na etapie przygotowania dokumentacji nie wskazał, choćby w sposób ogólny, swoich wymagań dotyczących elementów dla niego istotnych pod względem oceny równoważności zaproponowanych materiałów.”;

- Wskazać należy, że w przypadku przedmiotowego postępowania, nie można mówić o równoważności oferty, bowiem Zamawiający w dokumentacji projektowej nie określił, minimalnych parametrów, do których mógłby się odnieść Odwołujący. Jedynie w odpowiedzi na zapytanie z dnia 10.06.2013 r. na etapie składania ofert, w pkt. nr 25 Zamawiający wskazał, że „wprowadza modyfikację w określeniu wielkości czynnej kolektora słonecznego i wyraża zgodę za zastosowanie kolektora słonecznego o powierzchni czynnej absorbera nie mniejszej niż $2,0 \text{ m}^2$ i nie większej niż $4,5 \text{ m}^2$. Jednocześnie Zamawiający utrzymuje warunek zachowania łącznej powierzchni czynnej kolektorów słonecznych dla poszczególnych budynków szpitalnych wg wyliczeń zawartych w dokumentacji projektowej. Zamawiający wymaga zastosowania kolektorów słonecznych z ważnym certyfikatem SOLAR KEYMARK lub równoważnym”. W ten sposób w tej pozycji określił minimalne warunki równoważności, na

potwierdzenie których Odwołujący w dniu 09.07.2013 r. przesłał Zamawiającemu certyfikat SOLAR KEYMARK zastosowanych w ofercie kolektorów słonecznych firmy Viessmann, wraz ze sprawozdaniem z badań tegoż kolektora w którym określone zostały wszystkie dane jakimi dysponować powinien Zamawiający w celu porównania kolektorów. Dane te potwierdzają spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego. Wobec powyższego z prawdziwym zdziwieniem w dniu 18.07.2013 r. Odwołujący w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej zauważył stwierdzenie Zamawiającego nie poparte, żadnymi merytorycznymi argumentami, że oferowane przez Odwołującego rozwiązanie techniczne ww. kolektora słonecznego *„Jest rozwiązaniem ewidentnie sprzecznym z wymaganiami dokumentacji projektowej z uwagi na przekroczenie określonych dokumentacją obciążeń wywoływanych przez kolektor słoneczny na konstrukcję dachów budynków, to jest:*

- maksymalnego całkowitego obciążenia stałego,

- maksymalnego obciążenia jednostkowego.

Przekroczenie powyższych obciążeń nie tylko, że powoduje sprzeczność zaoferowanych kolektorów słonecznych DIS 25 firmy Viessmann z wymaganiami dokumentacji projektowej, ale ponadto jest niezgodne z przepisami techniczno - budowlanymi i wiedzą techniczną, gdyż stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa konstrukcji a tym samym bezpieczeństwa użytkownika obiektu budowlanego (...)”

W odpowiedzi Zamawiającego z dnia 10 czerwca 2013 roku na pytania wykonawców (pytanie nr 25 i 27) znajduje się potwierdzenie dopuszczenia przez Zamawiającego różnej wielkości kolektorów, a tym samym również różnej ich ilości przy jednoczesnym zachowaniu łącznej powierzchni czynnej kolektorów dla każdego budynku. Zamawiający potwierdza dopuszcza możliwość zastosowania innych niż w dokumentacji projektowej kolektorów słonecznych, jednakże pod warunkiem, że zmiany te nie spowodują zwiększenia obciążeń statycznych oraz jednostkowych na metr kwadratowy powierzchni dachów przy zachowaniu pozostałych określonych przez Zamawiającego wymagań *(dla przykładu aby uzyskać powierzchnię 9m możliwe jest zastosowanie trzech kolektorów o powierzchni po 3 m każdy, lub dwóch o powierzchni 4,5 m. Łącznie mamy ten sam wynik, ale wagę w jednym przypadku trzeba odnosić do trzech kolektorów, a w drugim do dwóch.)*. Odwołujący w związku z takim dopuszczeniem zamierza zastosować mniejszą ilość kolektorów słonecznych od przyjętej w dokumentacji projektowej przy jednoczesnym zwiększeniu powierzchni pojedynczego kolektora, aby sumaryczna wartość powierzchni czynnej była zachowana lub większa. To powoduje, że mimo hipotetycznej większej wagi pojedynczego kolektora łączny ciężar mniejszej ilości kolektorów, ale jednostkowo cięższych nie będzie większy, a mniejszy od założonej wagi kolektorów w projekcie. Dodatkowo zaznaczyć trzeba, że wymagania co do wagi kolektora zostały wskazane niejako w „trosce” o

wytrzymałość konstrukcji dachowej, a więc trzeba w tym zakresie uwzględnić również fakt, że waga osprzętu kolektorów (kształtki, rury) będzie mniejsza wraz ze zmniejszeniem ich ilości na dachu. Reasumując więc, Odwołujący zamierza zastosować rozwiązanie lżejsze od przyjętego przez Zamawiającego w przeliczeniu na wagę łączną jak i odniesioną do 1 m². W zakresie pozostałych trzech zarzutów należy wskazać, że Odwołujący wykazał spełnienie wymagań w zakresie wszystkich trzech zarzuconych i podkreślanych właściwości - absorpcji, emisji oraz mocy użytecznej kolektora. Należy w tym miejscu wskazać, że również w tych samych odpowiedziach z dnia 10 czerwca 2013 roku (odpowiedź na pytanie nr 27) Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ dopuszczając bardziej liberalne wymagania, które zostały spełnione przez Odwołującego się. W dokumentacji postępowania określono wymagania z tolerancją, +/- 2. Zarzut przedstawiony przez Zamawiającego odnośnie równoważności oferowanych materiałów i urządzeń przez Odwołującego, jest sprzeczny z zapisami dokumentacji przetargowej ponieważ we wzorze umowy stanowiącym Rozdział III SIWZ w §8 ust. 3 i 4 podano: *„Za zgodą Zamawiającego w trakcie realizacji Wykonawca może zastosować inne materiały lub urządzenia niż przyjęte w dokumentacji projektowej lub ofercie lecz o tych samych lub lepszych parametrach, z tym, że zmiana materiałów lub urządzeń nie może spowodować wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy. Na etapie realizacji inwestycji Wykonawca może zaproponować rozwiązania zamienne lub inne rozwiązania techniczne niż wskazane w dokumentacji projektowej i ofercie, pod warunkiem, że:*

- *pozwolą na uzyskanie za ich pomocą efektu założonego przez Zamawiającego;*
- *zapewnią zachowanie istotnych parametrów technicznych i jakościowych,*
- *ich zastosowanie nie może powodować wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy”.*

Ponadto w ust. 5 Zamawiający zawarł, że „Warunkiem zastosowania rozwiązań, o których mowa w ust. 4 jest ich zatwierdzenie przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego oraz Zamawiającego. Na Wykonawcy spoczywać będzie ciężar udowodnienia, że zastosowane przez niego rozwiązania zamiennych lub innych rozwiązań technicznych umożliwi uzyskanie efektu zamierzonego przez Zamawiającego, a także, że zachowane są ich istotne parametry techniczne i jakościowe określone w opisie przedmiotu zamówienia”.

W ten sposób Zamawiający sam wskazał, że materiały przedstawione w ofercie nie muszą być wiążące dla stron postępowania, bowiem Wykonawcy na etapie realizacji inwestycji mogą zastosować inne materiały i urządzenia niż przedstawione zarówno w dokumentacji projektowej, jak i ofercie Wykonawcy. Świadczy to o stronniczości Zamawiającego bowiem jak już wcześniej zostało wspomniane Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza mimo, iż przy pozycji kosztorysowej dotyczącej kolektorów słonecznych miał zapisane „lub równoważne” to nie został wezwany ani do uzupełnienia, ani do wyjaśnienia treści złożonej oferty, mimo iż w jego pierwotnej ofercie nie było dokumentu,

który wskazywałby równoważność zaoferowanego materiału z wymaganiami Zamawiającego określonymi w odpowiedziach na zapytania oferentów. W tym miejscu wskazać należy, że Zamawiający ewidentnie faworyzuje ww. Wykonawcę i mimo, że jego oferta jest ostatnią w rankingu złożonych w postępowaniu ofert (złożono 3 oferty), to została wybrana jako najkorzystniejsza, z ceną ok. 5 mln. wyższą od oferty Odwołującego, która przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

- Odwołujący wskazał na wyrok KIO 41/13 z dnia 22.01.2013 r.: *„Izba ustaliła, iż w treści SIWZ zamawiający nie wymagał od wykonawców podawania i opisywania w ofercie rozwiązań technicznych i materiałów, jakie zamierzają zastosować w trakcie wykonywania niniejszego zamówienia. Oferta przedkładana w ramach niniejszego postępowania, w świetle zastanych postanowień SIWZ, stanowiła ogólne, złożone na formularzu ofertowym (stanowiącym zał. nr 1 do SIWZ), zobowiązanie do wykonania zamówienia w sposób zgodny z jego opisem zawartym w dokumencie przetargowym za zaoferowaną cenę. Również w ramach wymaganego jako załącznik do oferty uproszczonego kosztorysu ofertowego nie wymagano określania i dokładnego oznaczania zastosowanych urządzeń i materiałów. Załączony do oferty odwołującego kosztorys ofertowy został sporządzony zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a przynajmniej zamawiający nie był w stanie wskazać żadnych niezgodności jego treści z SIWZ”.*

3) W zakresie podstawy odrzucenia oferty z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia:

- Zamawiający w dniu 12.07.2013 r. zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie elementów dotyczących oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta złożona przez Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Szacunkowa wartość zamówienia określona przez Zamawiającego w protokole z postępowania, jak i kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia wynosi w obu przypadkach 17.565.000 zł brutto. Cena zaoferowana przez Odwołującego w formularzu ofertowym wynosi 11.118.260,34 zł brutto. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że cena przez niego zaoferowana jest również rażąca w stosunku do pozostałych Wykonawców, których oferty opiewały na kwoty: 13.084.504,77 zł brutto - II w rankingu - oferta Konsorcjum firm SKORBUT Systemy Solame sp. z o.o. i Usługi Budowlane Kosbud z siedzibą w Obornikach Wlkp. oraz 16.583.496,77 zł brutto - III (ostatnia) w rankingu - firmy P.P.W.H. WEST BUD J.....spółka jawna z siedzibą w Koszalinie.

- Odwołujący pismem z dnia 16.07.2013 r. wyjaśnił Zamawiającemu, że „Cena oferty

wykonawcy, w kwocie 11.118.26034 zł brutto stanowi bilans sprzyjających i dostępnych Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na:

- posiadaniu własnego zaplecza technicznego oraz część załogi wraz z kadrą techniczną Wykonawcy zlokalizowanej i przebywającej w Szczecinie, co skutkuje obniżeniem kosztów organizacyjnych (realizacja termomodernizacji budynków Specjalistycznego Szpitala Szczecin Zdunowo oraz budynków Spółdzielni Mieszkaniowej; w związku z ww, prowadzonymi inwestycjami ponoszenia minimalnych kosztów związanych z transportem pracowników i sprzętu na miejsce wykonywania przedmiotu zamówienia;
- posiadaniu własnego sprzętu i urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia - to jest:
 - a) transport ciężarowy 6-18 ton w ilości 4 szt.,
 - b) samojezdny wysięgnik koszowy do 16 m,
 - c) rusztowanie elewacyjne w ilości 15.000,00 m²,co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu;
- posiadaniu - w chwili składania oferty - zmagazynowanych lub zabezpieczonych u dostawców zapasów materiałowych - to jest:
 - a) chemii budowlanej w ilości ok. 25% zapotrzebowania dla danego zamówienia,
 - b) materiału izolacyjnego w ilości około 30% zapotrzebowania dla danego zamówienia (wynika to z ciągłości realizacji termomodernizacji wielu obiektów w tej samej technologii BSO),niezbędnych do realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia, co skutkuje znacznymi oszczędnościami przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia.
- korzystaniu z atrakcyjnych rabatów (często nawet do 55%) na zakup materiałów i sprzętu. Wykonawca działając w znaczącej skali współpracujący z bezpośrednimi producentami (tj. ATLAS, WINERBERGER, ROCKWOOL, PURMO, WIESSMANN, COSMO, HERTZ, DANFOS itp.) posiada atrakcyjne rabaty i upusty cenowe na zakup materiałów. Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia - załączając oświadczenia dostawców o zastosowanych rabatach”.

Odwołujący poinformował Zamawiającego, że dzięki posiadanemu własnemu sprzętowi i narzędziom niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia, częściowego zaplecza materiałowego oraz uzyskanych rabatów, bonifikat i upustów wykonamy przedmiot zamówienia za cenę średnio 40% niższą od wartości szacunkowej zamówienia określonej przez Zamawiającego.

Ponadto odwołujący oświadczył, że:

- a) w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w siwz, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, oraz został uwzględniony zysk od całości zamówienia w wysokości 4% - satysfakcjonujący wystarczająco Wykonawcę,
- b) cena oferty została ustalona z należytą starannością i Wykonawca nie poniesie z tego tytułu straty. Oferowana cena nie zagrozi bezpiecznemu i terminowemu wykonaniu przedmiotu umowy,
- c) ceny materiałów przedstawionych w ofercie są średnio o 40% niższe od cen rynkowych dzięki wypracowanym przez Wykonawcę rabatami, upustom, bonifikatom,
- d) pokryje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia z kwoty wynagrodzenia uzyskanego z realizacji przedmiotu zamówienia i nie poniesie z tego tytułu żadnej straty.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że jego wyjaśnienia są zbyt ogólne i nie pozwalają Zamawiającemu w sposób nie budzący wątpliwości ocenić czy zaofiarowana cena jest realną i nie jest rażąco niska. Zamawiający miał możliwość zbadania czy oferowana cena Odwołującego nie jest rażąco niska, chociażby poprzez odjęcie od wartości materiałów w kosztorysach inwestorskich wartości 40% - wartość na jaką Odwołujący uzyskuje rabaty na zakupione materiały i urządzenia. Ponadto Zamawiający zarzucił, że Odwołujący nie wskazał w swoich wyjaśnieniach na jaki okres ma podpisane umowy i jak duży zakres realizuje na inwestycjach prowadzonych w Szczecinie. Jednakże takie informacje nie mają w tym przypadku znaczenia, bowiem Odwołującemu chodziło o to, że nie będzie musiał ponosić dodatkowych kosztów na transport urządzeń z miejsca siedziby Odwołującego, w przypadku gdyby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Zakres wielkości inwestycji jakie Odwołujący prowadzi w Szczecinie również nie ma znaczenia bowiem, do prowadzenia każdej z inwestycji bez względu na wartości i wielkość niezbędne jest posiadanie zbliżonej ilości sprzętu czy narzędzi, do wykonania przedmiotu zamówienia.

- Uzyskiwane rabaty cenowe przez Odwołującego stanowią istotę wyceny elementów oferty, ponieważ dzięki długoletniej współpracy, bardzo dobrej opinii wśród dostawców i płynności finansowej, Odwołujący wypracował wysokie rabaty na zakup niezbędnych materiałów i urządzeń, które min. będą zastosowane na etapie realizacji inwestycji będącej przedmiotem sporu. Gdyby Zamawiający wyraził choć w minimalnym stopniu chęć ustalenia czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, odniósłby się do definicji „ceny katalogowej”, przez którą należy rozumieć cenę zawierającą koszty produkcji, marżę, koszty reklamy, przechowywania itp. Jest to cena oferowana ogółowi społeczeństwa. Odwołujący jest poważną firmą mającą doświadczenie w realizacji inwestycji o wiele większych niż inwestycja Zamawiającego, w związku z powyższym oraz dzięki wypracowanym rabatami,

upustom i bonifikatom może sobie pozwolić na zastosowanie cen niedostępnych przez potencjalnych nabywców. Odwołujący nie musiał załączyć do oferty szczegółowego kosztorysu w celu udowodnienia zastosowanych cen poszczególnych materiałów czy urządzeń, bowiem Zamawiający nie wymagał takiego dokumentu w wykazie dokumentów niezbędnych do oferty. Ponadto Zamawiający nie może analizować cen poszczególnych materiałów, bowiem zarzut rażąco niskiej ceny powinien odnosić się do całości oferty a nie do jej elementów składowych.

- Na stronie Urzędu Zamówień Publicznych w opiniach prawnych znajdziemy wykładnię rażąco niskiej ceny, przez którą należy rozumieć „(...) *Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez Zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 wyraźnie bowiem wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. (...) Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością (o czym jeszcze poniżej). Ponadto, wyznacznik ten powinien służyć tylko i wyłącznie podjęciu decyzji o tym, czy cena może być rażąco niską i uruchomienia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy, a więc żądania wyjaśnień. Nie może jednak decydować jeszcze o tym, że cena jest ceną rażąco niską. W tym przypadku, odniesienie ceny do wartości zamówienia powiększonej o VAT ma charakter jedynie pomocniczy i służyć powinien jedynie podjęciu decyzji o tym, czy na zamawiającym ciąży obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawcy. (...) W przypadku sytuacji, gdy cena oferty nie odbiega od wartości ustalonej przez zamawiającego, ale różni się w sposób rażący od innych cen, zamawiający powinien w pierwszej kolejności przeanalizować czy przyjęta przez niego wartość zamówienia (powiększona o podatek VAT) była określona z należytą starannością. Jeżeli okaże się, że tak określona wartość została*

ustalona z nienależytą starannością zamawiający nie powinien jej brać pod uwagę jako punktu odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej. (...) W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Jako sprzeczne z ustawą należy uznać automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert bez możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo) niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez podania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę takie obiektywne czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie jest listą wyczerpującą i zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców. (...). Również Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 30.01.2007 r. wskazał, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Sam fakt, że cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest jeszcze wystarczający dla uznania danej ceny za rażąco niską”. W wyroku KIO nr 226/08 z dnia 28.03.2008 r. znajdziemy wykładnię, że „za ofertę rażąco niską może być uznana oferta, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy, naraża go na straty, realizowanie zadania poniżej kosztów”, co w przypadku Odwołującego nie ma miejsca, ponieważ w wyjaśnieniu z dnia 16.07.2013 r. jednoznacznie oświadczył, że nie poniesie straty w wykonywaniu przedmiotowej inwestycji, a nawet uzyska satysfakcjonujący go zysk. Ponadto w wyrokach KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11 Izba jednoznacznie wskazała, że „w świetle obecnego orzecznictwa samo zestawienie kwot zaproponowanych przez wykonawców nie jest dowodem rażąco niskiej ceny. Stanowisko Zamawiającego, iż ceny poniżej połowy wartości szacunkowej zamówienia są rażąco niskie Krajowa Izba

odwoławcza uznała za niezgodne z prawem". Wyrok KIO 2192/11 z dnia 20.10.2011 r. „Szacunkowa wartość zamówienia jest ustalona przed wszczęciem postępowania i nie musi odzwierciedlać aktualnych cen rynkowych danych robót budowlanych, a co za tym idzie nie może być jedynym miernikiem do stwierdzenia czy zaoferowano cenę rażąco niską.” „Poziom szczegółowości wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie może prowadzić do ich dyskwalifikacji. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeżeli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny. Ustawodawca nie nadał postępowaniu wyjaśniającemu w przedmiocie rażąco niskiej ceny charakteru postępowania cywilnego, stąd nie ma wymogu, aby prawdziwość oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach była poparta dowodami”. wyrok KIO 896/11 z dnia 21.05.2011 r.: „W art. 90 ust. 2 ustawy Pzp Ustawodawca wskazał listę obiektywnych czynników, jakie Zamawiający powinien wziąć pod uwagę przy ocenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę. W katalogu tych czynników znajdziemy m.in. wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, które w przypadku Odwołującego są bardzo sprzyjające ze względu na zaoferowane w ofercie rabaty, upusty i bonifikaty na zastosowane materiały i urządzenia. Również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku nr 576/11 z dnia 22.03.2013 r. wskazała, że „katalog okoliczności z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp (...) może być uzupełniony o każdą inną okoliczność, która usprawiedliwia zaoferowanie ceny na poziomie znacznie niższym niż kalkulacja samego zamawiającego oraz oferty konkurentów”, „Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przy ustaleniu, że cena jest rażąco niska zamawiający w przedmiotowej sprawie winien wykazać, że wykonawca nie jest w stanie pokryć wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, z kwoty wynagrodzenia uzyskanego z tego tytułu” - wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2011 r. KIO 1665/11; „Odnoszenie przez zamawiającego ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia, przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające” - wyrok KIO z dnia 21 lipca 2008 r. KIO/UZP 691/08. Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwalałby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 16 grudnia 2011 r. KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11 „arbitralne rozstrzygnięcia są niezgodne z prawem i dopiero wykazanie, że za daną cenę nie da się wykonać przypisanego do niej zakresu robót, może wskazywać, na to że jest skalkulowana rażąco nisko. Fakt jej wystąpienia powinien udowodnić zamawiający.”. Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Lublinie - II Ca 425/05, który stwierdził, „że to na Zamawiającego spoczywa ciężar udowodnienia dowodu

rażąco niskiej ceny na podstawie art. 6 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp”. Wyrok KIO 592/13 z 28.03.2013 r. „O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”. (...) „Izba wskazuje, iż podstawą oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę są złożone na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia. Brak jest obowiązku składania wraz z wyjaśnieniami dowodów. (...) Jednakże jeśli ze złożonych wyjaśnień wynika, że cena nie nosi znamion rażąco niskiej, (...), to sam brak dowodów nie może stanowić o wystąpieniu rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie może pominąć twierdzeń wykonawcy zawartych w złożonych wyjaśnieniach tylko dlatego, że nie załączono dowodów. (...) Ponadto Izba wzięła również pod uwagę dodatkowe wyjaśnienia złożone przez przystępującego z dnia 1 marca 2013 r., stanowiące rozwinięcie wcześniejszych wyjaśnień. Należy wskazać, iż dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie limituje ilości wezwań zamawiającego do udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym zamawiający, skoro miał dalsze wątpliwości co do złożonych wyjaśnień uprawniony był do zwrócenia się do przystępującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień. Zatem dokonując oceny oferty przystępującego pod kątem wystąpienia przesłanek o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający oceniać musiał całość złożonych wyjaśnień. Zdaniem Izby ocena tych wyjaśnień dokonana została prawidłowo. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.”.

- Odnośnie lakoniczności i ogólnikowości wyjaśnień dotyczących posiadanych na chwilę obecną materiałów budowlanych niezbędnych do realizacji inwestycji Odwołujący informuje, że w związku z tym, że Odwołujący prowadzi jednocześnie i nieprzerwalnie kilka budów w jednym czasie, niezbędne jest posiadanie większej ilości materiałów budowlanych, pozwalających realizować inwestycje bez przerw na dostawy. Odwołujący na początku każdego roku dokonuje zakupu materiałów budowlanych posiadających długi okres ważności, ze względu na niższe ich ceny w tym okresie. Dzięki niskim cenom i dodatkowo zastosowanym rabatami, Odwołujący uzyskuje atrakcyjne upusty, dzięki czemu może sobie pozwolić na zabezpieczenie materiałowe na okres ok. 1 roku. Aktualnie ze zmagazynowanych materiałów Odwołujący posiada ok 25% zapas chemii budowlanej i 30% zapas materiału izolacyjnego, który w chwili obecnej został zarezerwowany na realizację inwestycji będącej przedmiotem niniejszego odwołania.

III. Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, wniósł o jego oddalenie.

IV. Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca P.P.W.H. WEST BUD J..... sp.j. w Koszalinie – wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Za spóźniony uznano zarzut wskazujący na naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia Pzp „*wyказu materiałów i urzędzeń ze wskazaniem nazwy poszczególnych materiałów/urzędzeń, ich ilości oraz cen jednostkowych*”, w dniu 8 lipca 2013 r., a następnie doprecyzował w dniu 9 lipca 2013 r. to wezwanie, że oczekuje uzupełnienia oferty o wykaz materiałów i urzędzeń dla każdego z kosztorysów ofertowych z osobna. Na obecnym etapie stawianie zarzutu wobec tego wezwania, iż Zamawiający nie ma prawa żądać od Odwołującego uzupełnienia oferty o dokumenty nie wymagane w SIWZ, jest spóźnione. Zgodnie z treścią art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Termin na kwestionowanie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów upłynął zatem 18 lipca 2013 r. (ewentualnie, uwzględniając wezwanie doprecyzowujące z dnia 9 lipca 2013 r. – 19 lipca 2013 r.). Odwołanie złożone w dniu 23 lipca 2013 r. należało zatem, w tej części, uznać za spóźnione. W wyroku z dnia 18 listopada 2011 r. w spr. o sygn. akt V Ca 2059/11 Sąd Okręgowy w Warszawie potwierdził, zasadność kwestionowania w drodze środka ochrony prawnej wezwania do uzupełnienia dokumentów, jeśli godzi ono w interes wykonawcy, co pozwala przyjąć, że także ewentualne wezwanie do wyjaśnienia treści oferty – jeśli w ocenie Odwołującego jest bezpodstawne – może i powinno być kwestionowane w drodze odwołania. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji odrzucenia odwołania w części, jednak zarzuty postawione z uchybieniem terminu, nie podlegają w takim wypadku rozpatrzeniu.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W razie potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

III. W ZAKRESIE POSTAWIONYCH W ODWOŁANIU ZARZUTÓW, UWZGLĘDNIONO OKOLICZNOŚCI:

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Do uwzględnienia odwołania, które skierowane jest wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, konieczne zatem byłoby skuteczne zakwestionowanie wszystkich podstaw odrzucenia oferty, co nie miało miejsca.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający powiadomił Odwołującego w dniu 18 lipca 2013 r., że odrzucił jego ofertę złożoną w przetargu nieograniczonym na „*Termomodernizację budynków SPSK Nr 2 PUM w Szczecinie ze źródłami energii odnawialnej*”, podając motywy tej czynności. Sprowadzają się one do przyjęcia, że Odwołujący nie załączył do oferty zestawienia wykazu materiałów i urządzeń, na potwierdzenie wymagań określonych w dokumentacji projektowej; Odwołujący nie załączył szczegółowego opisu proponowanych rozwiązań równoważnych; oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

W analizowanej sprawie stawiane zarzuty nie znalazły w pełni potwierdzenia a podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, finalnie okazały się uzasadnione, co determinowało uznanie, że potwierdzone naruszenia przepisów ustawy, pozostawały bez wpływu na wynik postępowania. I tak:

[1] W zakresie podstawy odrzucenia oferty z uwagi na to, że Odwołujący nie załączył do oferty wykazu materiałów i urządzeń, na potwierdzenie wymagań określonych w dokumentacji projektowej:

Z treści SIWZ jednoznacznie wynika, że Zamawiający wymagał opatrzenia oferty o kosztorys szczegółowy. W Rozdziale I - Instrukcja dla Wykonawców - pkt IX lit a) Zamawiający podał: „*w celu potwierdzenia, że oferowane materiały i urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej wykonawca zobowiązany jest przedłożyć: kosztorys ofertowy w formie papierowej i jeżeli to możliwe również elektronicznej*”.

W Rozdziale II Opis przedmiotu zamówienia, pkt III SIWZ, Zamawiający podał następująco: „*Do oferty należy załączyć szczegółowy kosztorys na podstawie, którego Zamawiający będzie mógł stwierdzić właściwość przyjętych materiałów i urządzeń.*”

Zamawiający wymaga złożenia kosztorysu szczegółowego w formie papierowej oraz w miarę możliwości w wersji elektronicznej dla każdego budynku”.

Z treści SIWZ wynika zatem znaczenie tego kosztorysu – ma on służyć umożliwieniu oceny, że oferowane materiały i urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej, ustaleniu właściwości tych materiałów i urządzeń. Tym samym należy uznać, że jakkolwiek można zastanawiać się nad poziomem szczegółowości tego kosztorysu, który mieli złożyć w postępowaniu wykonawcy, to bezspornie ten kosztorys musiał być złożony przez wykonawców ubiegających się o zamówienie, musiał także pozwalać na ocenę właściwości założonych do zastosowania przez wykonawcę materiałów - ocenę czy materiały i urządzenia spełniają wymagania stawiane przez Zamawiającego.

Kosztorys złożony przez Odwołującego tej oceny nie umożliwia. Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 8 lipca 2013 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia *„wykazu materiałów i urządzeń ze wskazaniem nazwy poszczególnych materiałów/urządzeń, ich ilości oraz cen jednostkowych”*. Zamawiający podał, że *„W celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawców materiały i urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej Zamawiający zgodnie z pkt IX ppkt 1 a) SIWZ żądał przedłożenia kosztorysu ofertowego. Kosztorys ofertowy załączony przez Wykonawcę jest niekompletny gdyż nie zawiera wykazu materiałów i urządzeń”*.

Zgodzić się można z Odwołującym, że SIWZ w sposób wyraźny nie wskazywała na obowiązek zawarcia w kosztorysie dokumentu tytułowanego Wykaz materiałów i urządzeń – wynika to jedynie z treści przedmiarów opracowanych przez Zamawiającego składających się na SIWZ, w ramach których – w odniesieniu do części przedmiarów – zawarto wykazy materiałów i urządzeń. Powyższe jednak – w zestawieniu z obowiązkiem złożenia kosztorysu szczegółowego, co istotne, służącego potwierdzeniu, że oferowane przez wykonawców materiały i urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej - powinno jednak być dla wykonawców wystarczającą informacją, że należy złożyć taki kosztorys, który umożliwi identyfikację zaplanowanych do wykonania zamówienia materiałów i urządzeń, a następnie ich ocenę pod kątem spełnienia wymagań opisanych w dokumentacji. Niezależnie zatem od sposobu prezentacji – czy to poprzez załączenie Wykazu materiałów i urządzeń, czy to poprzez zawarcie w kosztorysie ofertowym szczegółowych danych co do materiałów i urządzeń, jakie wykonawca planuje zastosować, takich które pozwolą na ocenę czy oferowane materiały i urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej – kosztorys ofertowy musiał zawierać tego rodzaju informacje.

Odwołujący, w wykonaniu wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu nie złożył takiego kosztorysu. Z opisów szeregu pozycji złożonego w ofercie kosztorysu nie sposób wyczytać, jakie materiały i urządzenia zamierza zastosować Odwołujący. Znamionną jest kwestia zastosowanych kolektorów słonecznych: kosztorys złożony przez Odwołującego powtarza opis ilościowy oraz parametry zawarte w przedmiarze, nie pozwala jednak na identyfikację oferowanych kolektorów. Taką identyfikację umożliwiają dopiero złożone na wezwanie Zamawiającego certyfikaty i sprawozdania z badań – z nich dowiadujemy się, że Odwołujący oferuje kolektory firmy Viessmann DIS 25 (Vitosol 200 BV 0,5), a następnie, że mają one inne parametry niż przyjęte w kosztorysie.

Niezależnie zatem od przyjętego oczekiwania szczegółowości wymaganego kosztorysu w tym postępowaniu - ten bowiem zawsze może wywoływać spory co do obowiązku i zakresu ujęcia pewnych pozycji a także możliwości zagregowania pewnych robót i nakładów w pozycjach kosztorysu - zawartość informacyjna SIWZ wskazuje ponad wszelką wątpliwość, że kosztorys musiał umożliwiać ocenę że oferowane materiały i urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej. Oznacza to obowiązek identyfikacji oferowanych rozwiązań w kosztorysie.

Niezależnie zatem od tego, czy przyjąć że świetle SIWZ wymagane było złożenie Wykazu materiałów i urządzeń rozumianego jako odrębnego od kosztorysu dokumentu (to rzeczywiście, w świetle brzmienia SIWZ może budzić wątpliwości, szczególnie że nawet załączone do SIWZ przedmiary tylko w części opatrzone były takimi Wykazami materiałów i urządzeń), to złożony kosztorys, niezależnie od przyjętej konwencji prezentacji i jego szczegółowości, musiał zawierać takie informacje, które pozwalały na ocenę że oferowane materiały i urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej.

Także wezwanie Zamawiającego z dnia 8 lipca 2013 r. jakkolwiek zobowiązuje wykonawcę do złożenia Wykazu materiałów i urządzeń, to w swej treści wyraźnie wskazuje, że chodzi o sprostanie wyartykułowanemu w SIWZ wymaganiu, zgodnie z którym szczegółowy kosztorys ma dawać możliwość stwierdzenia właściwości przyjętych materiałów i urządzeń, ich zgodności z dokumentacją projektową.

O ile, abstrahując od konkretnego stanu faktycznego, można prowadzić rozważania, czy tego rodzaju dokument w ogóle podlega uzupełnieniu, czy też wyraża on treść oferty, a przez to, że takie uzupełnienie stanowiłoby zmianę treści oferty, dostrzeżenia wymaga, że kosztorys na gruncie konkretnego postępowania o zamówienie publiczne ma takie znaczenie, jakie nada mu zamawiający. W analizowanym postępowaniu, Zamawiający przypisał wymaganemu w postępowaniu kosztorysowi znaczenie dokumentu potwierdzającego, że oferowane materiały i urządzenia odpowiadają stawianym

wymaganiom (dokument, o którym stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy), a zatem dokument ten podlegał uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynika to z treści Rozdziału I pkt IX ppkt 1 lit a) SIWZ a także z Rozdziału II Opis przedmiotu zamówienia pkt III, w jego części końcowej. Kosztorys nie był wymagany w celu obliczenia ceny oferty; wynagrodzenie w analizowanym postępowaniu ma charakter ryczałtowy. W postanowieniach SIWZ, które odnoszą się do ceny (Rozdział I, pkt XVI ppkt 4 SIWZ) nie wspomina się o kosztorysie – Zamawiający podał, że *„cena ryczałtowa powinna uwzględniać wszystkie koszty, których poniesienie jest niezbędne do prawidłowego wykonania i odbioru przedmiotu zamówienia (...); przedstawione przez Zamawiającego przedmiary robót są tylko materiałem pomocniczym i nie stanowią zestawienia planowanych i przewidywanych wszystkich prac związanych z wykonaniem zamówienia; roboty nie ujęte w przedmiarach a występujące w dokumentacji projektowej a także rozbieżności pomiędzy przedmiarem robót i dokumentacją projektową decydujący dla ustalenia zakresu robót jest dokumentacja projektowa.”*

Wezwanie do uzupełnienia wystosowane przez Zamawiającego w dniu 8 lipca 2013 r. odnosiło się do złożenia Wykazu materiałów i urządzeń. Wskazywało na zawarte w pkt IX ppkt 1 lit a) SIWZ wymaganie Zamawiającego, zgodnie z którym Zamawiający żądał kosztorysu ofertowego, w celu potwierdzenia, że oferowane materiały i urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej.

Stąd wdanie się przez Odwołującego w odpowiedzi na to wezwanie w polemikę co do wymagania złożenia Wykazu materiałów i urządzeń, w kontekście wyraźnego nawiązania w wezwaniu do wymagania ujętego w pkt IX ppkt 1 a) SIWZ, bez uzupełnienia jakiegokolwiek dokumentu, który czyniłby zadość temu wymaganiu – wskazywałby na zastosowane materiały i urządzenia tam, gdzie złożony w ofercie kosztorys ofertowy tego nie umożliwia, oznacza, że Odwołujący nie złożył wymaganego dokumentu ani w ofercie, ani w wykonaniu wezwania do uzupełnienia dokumentu. Odwołujący nie złożył żadnego dokumentu, na podstawie którego możliwa byłaby identyfikacja oferowanych do zastosowania w robotach budowlanych materiałów i urządzeń. Powyższe czyni zasadnym wniosek, że w powyższym zakresie oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Na gruncie analizowanej sprawy, nie ulega bowiem wątpliwości, że założone do zastosowania w ofercie Odwołującego materiały i urządzenia nie zostały w ofercie wskazane w sposób umożliwiający ich identyfikację. Przykładowo, z oferty dowiadujemy się, że Odwołujący oferuje bliżej nieokreślone kolektory słoneczne o innych parametrach niż opisane w certyfikatach dotyczących kolektorów Vitosol DIS 25, i w liczbie 288. Następnie ze złożonego w ofercie w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów wyjaśnienia z 9 lipca 2013 r. wynika, że mają to być kolektory słoneczne firmy Viessmann, Vitosol DIS

25, posiadające załączone do wyjaśnienia certyfikaty SOLAR KEYMARK. W załączonych certyfikatach wskazano następujące parametry kolektorów DIS25 (Vitosol 200 BV 0,5): powierzchnia absorbera 2,44 m²; długość brutto 2 356 mm; szerokość brutto 1 120 mm; wysokość brutto 85 mm; powierzchnia brutto 2,64 m²; moc wyjściowa dla 0 K: 2 011 W, dla 10 K: 1 932, dla 30 K: 1 732 W, dla 50 K: 1 473 W, dla 70 K: 1 156 W. Na rozprawie wreszcie Odwołujący podał, że z uwagi na inne rozmiary tych kolektorów, niż podane w kosztorysie, zastosowana ma zostać inna liczba tych kolektorów, to jest 254 kolektory.

Powyższe potwierdza, że złożony w ofercie Odwołującego kosztorys nie pozwalał na identyfikację założonych materiałów i urządzeń, w rzeczywistości nie oddawał zamierzeń wykonawcy w tym zakresie, skoro na jego podstawie nie sposób ustalić rodzaju oferowanych kolektorów, a ostatecznie okazuje się, że także ich parametry oraz ilość opisane w kosztorysie są inne, aniżeli wykonawca planował zastosować. Odwołujący nie złożył przy tym, na wezwanie Zamawiającego, kosztorysu ani innego dokumentu (spornego wykazu materiałów i urządzeń), który by pozwalał na ocenę właściwości oferowanych materiałów i urządzeń.

Stąd nie potwierdził się stawiany w powyższym zakresie zarzut.

[2] W zakresie podstawy odrzucenia oferty z uwagi na to, że Odwołujący nie załączył szczegółowego opisu proponowanych rozwiązań równoważnych:

Na wstępie dostrzeżenia wymaga ciężar dowodu w zakresie wykazania okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia o racji odpowiednich stron. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na Krajową Izbę Odwoławczą obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż „w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego”.

Oznacza to zatem tyle, że w postępowaniu odwoławczym, każda ze stron prezentujących odmienne stanowiska procesowe, obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń.

W zakresie obowiązku wykazania zastosowania rozwiązań równoważnych, zasadą jest,

że to wykonawca, który zdecydował się na zastosowanie rozwiązania równoważnego, w stosunku do tego, które zostało opisane przez Zamawiającego, obowiązany jest do wykazania – zgodnie z zasadami prezentacji oferty przyjętymi w danym postępowaniu (SIWZ) – że to rozwiązanie odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Zadaniem Zamawiającego jest natomiast sprecyzowanie, jakie elementy oferowanego rozwiązania, jego cechy, właściwości, parametry, będą istotne i reprezentatywne dla uznania go za równoważne. W warunkach, gdy wykonawca składa wymagane oświadczenia, mające, w jego intencji, potwierdzać zastosowanie rozwiązania równoważnego wymaganemu przez Zamawiającego, rzeczą Zamawiającego, kwestionującego takie stanowisko, jest wykazanie, że oferowane rozwiązanie nie wypełnia wszystkich wymagań, niezbędnych dla uznania go za równoważne. W analizowanej sprawie, Zamawiający – po części – ciężarowi wykazania tej okoliczności, nie sprostował.

I tak, nie sposób było podzielić stanowiska Zamawiającego o braku złożenia opisu zastosowanych rozwiązań równoważnych w odniesieniu do tych elementów, co do których wykonawca podał w kosztorysie ofertowym, przy opisie poszczególnych pozycji informacje „*lub równoważne*”. Odwołujący powyższe w sposób nie budzący wątpliwości wyjaśnił na rozprawie oraz w odwołaniu, korzystaniem dla opracowania kosztorysu ofertowego z przedmiaru, w kształcie, w jakim był on udostępniony przez Zamawiającego na stronie internetowej i pozostawieniem w tym dokumencie elementów opisu dokonanych przez Zamawiającego. Odwołujący, wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia szczegółowych opisów rozwiązań równoważnych w odniesieniu do wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego, w których wykonawca powołuje się na rozwiązania równoważne, w piśmie z dnia 15 lipca 2013 r. podał, że w kosztorysie nie powołano się na rozwiązania równoważne oraz że na etapie realizacji przedmiotu umowy nie będą stosowane rozwiązania równoważne w stosunku do materiałów określonych w dokumentacji projektowej udostępnionej przez Zamawiającego. Brak jest podstaw do uznania, wbrew tak wyrażonemu stanowisku wykonawcy – dysponenta oferty – mimo jednoznacznego potwierdzenia, że wykonawca w części innej, aniżeli dotycząca zastosowania kolektorów słonecznych, nie przewiduje stosowania rozwiązań równoważnych, oraz że wykonawca mimo to zaoferował wykonanie zamówienia z zastosowaniem rozwiązań równoważnych. Powyższy wniosek Zamawiającego, wywiedziony wbrew wyjaśnieniu wykonawcy, należało uznać za nieuprawniony. W powyższym zakresie, Zamawiający mógł bowiem i powinien uzyskać – na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – wyjaśnienie treści złożonych dokumentów (tutaj: zawartości kosztorysu ofertowego, któremu nadał znaczenie „dokumentu przedmiotowego” w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy). Udzielone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do

uzupełnienia tego dokumentu wyjaśnienie, jednoznaczne w swej treści i podpisane przez umocowane do reprezentowania Odwołującego osoby, stanowi dla Zamawiającego miarodajne źródło informacji o charakterze i zakresie oferowanego rozwiązania. Jeśli wykonawca podał w odniesieniu do wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego, gdzie wskazano konkretne, wierne tym opisanym w przedmiarze, rozwiązania a zarazem opatrzone je dopiskiem „lub równoważne”, że nie zamierza stosować rozwiązań równoważnych, to nie sposób było lekceważyć tak złożonego oświadczenia i przyjmować – wbrew jego treści – że wykonawca mimo to oferuje wykonanie zamówienia z wykorzystaniem rozwiązań i materiałów równoważnych.

Zamawiający w powyższym zakresie mógł zatem i powinien uwzględnić informacje o sposobie wykonania zamówienia, ujęte w wyjaśnieniu wykonawcy z 15 lipca 2013 r. Nie stanowiłoby to naruszenia art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, zakazującego prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz zmiany treści oferty niedozwolonej w myśl art. 87 ust. 1 a lub 2 ustawy. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że w ramach takich wyjaśnień wykonawca nie dokonywałby zmiany treści oferty, a jedynie ją precyzował, skoro musiałby się mieścić w pierwotnej, zawartości informacyjnej kosztorysu ofertowego. Nie stanowiłoby to także negocjowania treści oferty – nie ma tu bowiem miejsca uzgadnianie dogodnej dla wykonawcy treści oferty, kształtowanie jej brzmienia, ale podanie, jaki sposób realizacji zamówienia, przy niespójnej treści kosztorysu, przyjął wykonawca. Co więcej, skoro wykonawca opracowuje ofertę, to w tej mierze ma od samego początku pełną swobodę w ukształtowaniu sposobu wykonania zamówienia, zestawienia poszczególnych materiałów i urządzeń, zatem nie sposób w takim ewentualnym wyjaśnieniu upatrywać niedopuszczalnego przez ustawę negocjowania treści oferty.

Uwzględnienie stanowiska wykonawcy, które w swej treści jest neutralne dla treści oświadczeń woli składających się na ofertę, nie stanowi jej negocjowania, czy poprawienia pozycji wykonawcy wynikającej z oferty, polegającego na ukształtowaniu korzystniejszych warunków niż wyartykułowane w ofercie, skoro mieści się w zawartości informacyjnej złożonego w terminie składania ofert kosztorysu ofertowego.

Stąd uznanie, że wykonawca zaoferował bliżej nieokreślone rozwiązania równoważne do tych, opisanych w dokumentacji, na tej tylko podstawie, że przepisał treść przedmiarów, wbrew wyraźnemu oświadczeniu wykonawcy że tak nie jest – nie znajduje uzasadnienia. W powyższym zakresie, stawiane zarzuty należy zatem uznać za uzasadnione.

Zamawiający nie sprostął także ciężarowi wykazania że kolektory solarne Viessmann DIS 25 nie odpowiadają wymaganiom stawianym dla rozwiązań równoważnych. Powyższa

kwestia – przy stanowisku prezentowanym przez Zamawiającego, oraz podjętej przez strony inicjatywie dowodowej na rozprawie – co do samych tylko kolektorów, mogłaby podlegać dalszemu wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy przyjęciu jednakże tezy, że Odwołujący zaoferował te właśnie kolektory. Odwołujący przedstawił bowiem cechy kolektorów firmy Viessmann, Vitosol 250 (cechy te opisane zostały w złożonych w dniu 9 lipca 2013 r. certyfikatach dotyczących tych kolektorów oraz raportach z badań), co do których Zamawiający nie sprostął wykazaniu, że nie odpowiadają one jego wymaganiom. Złożone przez każdą ze stron na powyższą okoliczność opinie ekspertów, w tym ujawniające się na rozprawie rozbieżności w opiniach tych ekspertów w podstawowych kwestiach dotyczących kolektorów firmy Viessmann, Vitosol DIS 25, w tym przyjęcie odmiennych założeń w zakresie obliczeń (przykładowo, wobec niepodania przez Odwołującego w trakcie postępowania o zamówienie publiczne ilości kolektorów, jakie mają być zastosowane, tj. 254), przekonywałyby – gdyby była to jedyna kwestia wpływająca na ocenę analizowanego zarzutu - o celowości dodatkowej analizy tego zagadnienia przez Zamawiającego, z uwzględnieniem ujawnionych na rozprawie okoliczności.

W powyższej kwestii, rozpatrywanej autonomicznie – dotyczącej jedynie nie zachowania równoważności kolektorów firmy Viessmann, Vitosol DIS 25 oraz ich niezgodności z SIWZ – stanowisko Zamawiającego należy zatem uznać za przedwczesne, czy raczej oparte o błędne założenie, że wskazane kolektory można rozpatrywać jako te, które zostały zaoferowane przez Odwołującego.

Istotne jest jednak, że na gruncie analizowanego postępowania, wnioskowanie w przedmiocie zgodności z SIWZ oraz ewentualnego zachowania lub nie równoważności kolektorów firmy Viessmann, Vitosol DIS 25, wydaje się być niewłaściwym.

W postępowaniu o zamówienie publiczne zasadą jest, że oferowany przedmiot musi być zaprezentowany zamawiającemu w sposób wymagany w postępowaniu (SIWZ) najpóźniej w terminie składania ofert. Ustawa wyraża bowiem zasadę stabilności oferty i jej niezmienności po terminie składania ofert. Zgodnie z treścią art. 84 ust. 1 ustawy, wykonawca może przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. W myśl natomiast art. 87 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Ustawodawca wyraża zatem zasadę określenia przez wykonawcę oferowanego przedmiotu najpóźniej w terminie składania ofert oraz wprowadza zakaz zmiany oferty po

tym terminie. Oznacza to tyle, że na podstawie oferty musimy znać oferowany przedmiot, oraz, że oferta musi zawierać takie informacje, które pozwolą na identyfikację oferowanego przedmiotu. Zgodnie bowiem z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba że oferta podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Na gruncie analizowanej sprawy, Odwołujący dopiero na wezwanie Zamawiającego podał, że zamierza zastosować kolektory firmy Viessmann, Vitosol DIS 25. Pismem z dnia 9 lipca 2013 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 lipca 2013 r. Odwołujący złożył dokumenty dotyczące oferowanych kolektorów, oraz oświadczył, że: „(...) w przypadku niezastosowania rozwiązań równoważnych, Wykonawca nie był zobowiązany do złożenia opisu tych rozwiązań a zatem godził się na zastosowanie rozwiązań określonych przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej oraz modyfikacji tejże dokumentacji wprowadzając wymóg zastosowania kolektorów słonecznych z ważnym certyfikatem SOLAR KEYMARK. Zgodnie z tym wymogiem do oferty przyjęte zostały kolektory słoneczne firmy Viessmann posiadające certyfikat SOLAR KEYMARK (kopia w załączeniu).” Jednocześnie Odwołujący załączył certyfikaty, raporty oraz sprawozdania z badań dotyczące kolektorów firmy Viessmann DIS 25 (Vitosol 200 BV 0,5), zawierające szczegółowy opis parametrów tych kolektorów. Wynika z nich, że kolektory posiadają inne parametry, aniżeli podane w kosztorysie ofertowym. W złożonych dokumentach zaprezentowano następujące parametry oferowanych kolektorów: powierzchnia absorbera 2,44 m²; długość brutto 2 356 mm; szerokość brutto 1 120 mm; wysokość brutto 85 mm; powierzchnia brutto 2,64 m²; moc wyjściowa dla 0 K: 2 011 W, dla 10 K: 1 932, dla 30 K: 1 732 W, dla 50 K: 1 473 W, dla 70 K: 1 156 W. Odwołujący na rozprawie prezentował konsekwentnie stanowisko, że zaoferował w postępowaniu kolektory firmy Viessmann DIS 25, co do których złożył w ramach uzupełnienia dokumentów certyfikaty opisujące ich szczegółowe parametry. Odwołujący, zapytany na rozprawie, czy parametry kolektorów wynikające z certyfikatu są identyczne z tymi, jakie Odwołujący podał w kosztorysie ofertowym, podał, że nie są identyczne; wynika to z tego, że parametry podane w kosztorysie ofertowym są przepisane z przedmiaru, te zaś są, z powodu braku certyfikatu, niedopuszczalne. Co istotne, w ofercie (kosztorysie) Odwołujący wskazał na zastosowanie 288 kolektorów o wskazanych przez siebie parametrach, podczas gdy na rozprawie wykazywał, że oferuje inne kolektory, o innych parametrach, niż opisane w kosztorysie, to jest kolektory firmy Viessmann, Vitosol DIS 25, w liczbie 254.

Jak widać, kolektory które zaoferował Odwołujący – których producenta, typ, model sprecyzował Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 lipca 2013 r., jako kolektory firmy Viessmann DIS 25, nie są tymi, które zostały podane w ofercie – mają

inne parametry.

Powyższe oznacza zmianę treści oferty, dokonaną następczo, w ramach wyjaśnienia dokonanego w odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jakakolwiek zmiana treści oferty, w innych sytuacjach, aniżeli dopuszczone przez ustawodawcę (to jest w ramach dialogu konkurencyjnego, albo w wyniku dokonania przez zamawiającego poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy) jest – w myśl art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych – niedopuszczalna, niezależnie od tego, czy dokonana została na podstawie tego przepisu, czy w inny sposób, przykładowo – jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu – w związku z wykonaniem wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Ustawa Prawo zamówień publicznych wyraża zasadę stabilności oświadczenia stanowiącego ofertę oraz jej niezmienności po upływie terminu składania ofert. Przewidziane od tej zasady odstępstwa wynikają jedynie z treści art. 87 ust. 2 ustawy.

Stan faktyczny analizowanej sprawy nakazuje uznać, że Odwołujący w ofercie (kosztorysie ofertowym) zaoferował niezidentyfikowane kolektory, a następnie, w ramach uzupełnienia dokumentów dokonał zmiany treści oferty, a w istocie dopiero wtedy zdaje się ją sformułować, podając że oferuje kolektory firmy Viessmann, Vitosol DIS 25, o innych parametrach niż podane w ofercie – i, jak wskazują wyniki przeprowadzonej rozprawy – także w innej ilości, niż podano w ofercie. To sprecyzowanie oferowanego przedmiotu, dokonane po terminie składania ofert, nie może być uznane za skuteczne. Odwołujący konsekwentnie prezentował stanowisko, że zaoferował kolektory firmy Viessmann, Vitosol DIS 25, jednak lektura treści oferty – wobec zaprezentowania parametrów tych kolektorów, nie pozwala na taki wniosek. Parametry podanych w kosztorysie ofertowym kolektorów są zupełnie inne, niż te które opisane są w certyfikatach dotyczących kolektorów kolektory firmy Viessmann, Vitosol DIS 25. Odwołujący zresztą na rozprawie przyznał, że oferuje inne kolektory, aniżeli te, które opisane zostały w kosztorysie złożonym w ofercie.

Zasadnym w tych okolicznościach jest wniosek, że Odwołujący dokonał zmiany treści oferty po terminie składania ofert, zaś oferta złożona w tym terminie nie pozwala ani na identyfikację kolektorów, ani na ocenę ich zgodności z SIWZ.

Nie sposób uznać, że wskazanie w ramach uzupełnienia dokumentów, iż zaoferowane zostały kolektory firmy Viessmann, Vitosol DIS 25, mieści się w treści oferty, ujętej w zawartości kosztorysu ofertowego. Z całą pewnością nastąpiła tutaj zmiana oferowanego przedmiotu, co potwierdzają różnice w parametrach opisujących te kolektory.

Stąd rozważanie o zachowaniu lub nie wymagań Zamawiającego i przesądzenie, czy kolektory są równoważne, jest przedwczesne, albo raczej – nie znajdujące przedmiotu tych rozważań w treści oferty, skoro nie dostarcza ona informacji wystarczających dla identyfikacji oferowanych kolektorów, a złożone w dniu 9 lipca 2013 r. wyjaśnienia odnoszą się do kolektorów, które nie odpowiadają charakterystyce tych, które opisano w ofercie. Ta ciągłość charakterystyki, pozwalająca na uznanie, że w ofercie oraz jej wyjaśnieniu (zawartym wprawdzie przy okazji uzupełnienia dokumentu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) mowa jest o tym samym urządzeniu, powinna być zachowana. W analizowanej sprawie nie mamy jednak do czynienia z taką sytuacją. Skoro finalnie, na podstawie oferty, nie można zidentyfikować oferowanych kolektorów w innym zakresie, aniżeli ustalenie ich parametrów, a stanowisko Odwołującego wskazuje, że w istocie Odwołujący oferuje kolektory o innej charakterystyce, aniżeli ta zawarta w ofercie, należało uznać, że Odwołujący w ofercie w ogóle nie określił oferowanego przedmiotu w sposób umożliwiający jego identyfikację i ocenę przez pryzmat spełnienia lub nie wymagań Zamawiającego. Jakiegokolwiek rozważania o zachowaniu równoważności lub o jej braku nie mają więc przedmiotu takiej analizy. Nie mogą bowiem być w tej mierze uwzględnione następczo, przy okazji uzupełnienia dokumentów, wskazane kolektory, które nie są tymi samymi, które opisano w ofercie. Powyższe musiało być ocenione jako niezgodność oferty z SIWZ. Argumentacja Zamawiającego, oparta na życzliwej dla Odwołującego ocenie jego oferty, w szczególności przyjęcie za skuteczną zmiany treści oferty przy okazji uzupełnienia dokumentu, jakkolwiek nie znajduje – ze wskazanych wyżej względów – umocowania w treści oferty, ostatecznie także prowadzi do właściwego wniosku, że oferta nie odpowiada treści SIWZ.

Reasumując, w okolicznościach sprawy, kiedy Odwołujący w złożonej ofercie nie zidentyfikował oferowanych kolektorów, a przy okazji uzupełnienia dokumentów złożył dokumenty i oświadczył, że jego oferta obejmuje kolektory o innej charakterystyce niż zaprezentowana w ofercie, mamy do czynienia ze zmianą treści oferty po terminie składania ofert. Ocenie – w zakresie spełnienia wymagań stawianych przez Zamawiającego, oraz ewentualnie spełnienia wymagań w zakresie rozwiązań równoważnych - mogły podlegać wyłącznie oświadczenia zawarte w ofercie, bez uwzględnienia jej zmiany dokonanej po terminie składania ofert. Przedmiot określony w ofercie – mimo postawionego wymagania, by zawarty w kosztorysie opis pozwalał na ocenę spełnienia wymagań określonych w dokumentacji projektowej – nie pozwala na jego identyfikację, a tym samym, na ocenę przez pryzmat spełnienia wymagań Zamawiającego. Powyższe nie może być traktowane inaczej, aniżeli jako niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Tak argumentując uznano, iż decyzja Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego w tej mierze, ostatecznie odpowiada prawu i znajduje potwierdzenie w treści złożonej przez Odwołującego oferty, jej uzupełnienia, a ostatecznie – konsekwentnie prezentowanego na rozprawie stanowiska, że zaoferowane zostały kolektory firmy Viessmann, Vitosol DIS 25.

[3] W zakresie podstawy odrzucenia oferty z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia:

Należało podzielić ocenę Zamawiającego dotyczącą uznania ceny wykonawcy THERMBAU POLSKA Sp. z o.o. spółki komandytowej w Pile, za tę, co do której wykonawca nie wykazał, że nie jest ona rażąco niska. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i w odpowiedzi na to wezwanie wykonawca złożył wyjaśnienia. Zamawiający uznał wyjaśnienia za nazbyt ogólne, nie dające możliwości oceny poniesionych kosztów i nakładów mających wpływ na wysokość ceny.

Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że ocena dokonywanych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w warunkach, gdy Zamawiający żądał kosztorysu, musi odbywać się z uwzględnieniem zawartości tego dokumentu. On bowiem specyfikuje elementy jakie wykonawca zamierza zastosować, zawiera wycenę tych elementów. Składane w takich warunkach wyjaśnienia muszą zatem być spójne z tymi informacjami, dotyczącymi wyceny realizacji zamówienia, które Zamawiający już posiada w ofercie – tutaj na podstawie złożonego w niej kosztorysu. Istotne jest przy tym, że Odwołujący nie złożył wraz z ofertą kosztorysu zgodnego z wymaganiami zamawiającego – kosztorysu szczegółowego, umożliwiającego na ocenę zastosowanych materiałów i urządzeń przez pryzmat ich zgodności z dokumentacją projektową. Zamawiający natomiast oczekiwał złożenia takiego dokumentu, który pozwoli na identyfikację zastosowanych materiałów i urządzeń - skoro miało to nastąpić w formule kosztorysu – i ich wycenę.

Odwołujący, składając wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie dopełniając zarazem obowiązku złożenia kosztorysu zgodnego z wymaganiami Zamawiającego – ani w ofercie, ani w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 lipca 2013 r., nie dał tym samym Zamawiającemu szansy na poznanie pełnej kalkulacji ceny.

Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokości ceny nie zawierają bowiem tych informacji, które mogłyby – i powinny – znaleźć się w kosztorysie ofertowym i łącznie dać obraz kalkulacji ceny. W tych

okolicznościach, gdy Odwołujący konsekwentnie nie złożył kosztorysu szczegółowego, pozwalającego na stwierdzenie właściwości przyjętych materiałów i urządzeń, ocenę czy odpowiadają one wymaganiom opisanym w dokumentacji projektowej, i - jak potwierdziły wyniki przeprowadzonej rozprawy oraz treść wyjaśnień z 9 lipca 2013 r. – zaoferował niezidentyfikowane w ofercie co do rodzaju i ilości kolektory – Zamawiający musiał uznać, że złożone wyjaśnienia nie tłumaczą kalkulacji ceny. Oznacza to tyle, że po przeprowadzonym postępowaniu o zamówienie publiczne, wyczerpaniu w nim przewidzianych w ustawie instrumentów - uzyskaniu odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentu oraz wyjaśnieniu elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Zamawiający nie tylko nie dysponował pełną wyceną zaoferowanych rozwiązań w postaci szczegółowego kosztorysu, ale nawet nie miał pewności co do ilości zaoferowanych kluczowych komponentów, jakimi są kolektory: z treści oferty (zawartego w niej kosztorysu) dowiadujemy się, że jest ich 288; uzupełnione dokumenty wskazują, że Odwołujący zamierza zastosować kolektory firmy Viessmann Vitosol DIS 25 o innych parametrach niż opisane w ofercie, choć nie podaje ich ilości; wreszcie na rozprawie Odwołujący podawał, że przyjęta przez niego koncepcja realizacji zamówienia zakłada 254 kolektory.

Podkreślenia przy tym wymaga, że w postępowaniu nie było możliwe złożenie oferty wariantowej albo niesprecyzowanej co do oferowanych rozwiązań, rodzaju materiałów i urządzeń, jakie mają być zastosowane. Jeśli przeprowadzone postępowanie nie dostarczyło Zamawiającemu pełnych, wymaganych informacji co do tego przedmiotu (te zaś Zamawiający miał uzyskać z zawartości informacyjnego kosztorysu) to i wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ogólniejsze w swej treści od kosztorysu i abstrahujące od jego treści i także nie zawierające informacji o zastosowanych urządzeniach i materiałach, nie mogło być uznane za tłumaczące sposób kalkulacji ceny oraz rozwiewające wątpliwości Zamawiającego co do tego, czy ta cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Stąd właściwą była ocena Zamawiającego, że wykonawca THERMBAU POLSKA Sp. z o.o. spółka komandytowa w Pile, w złożonych wyjaśnieniach nie przekonał, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Powyższe skutkowało uznaniem postawionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy, za nieuzasadniony.

Reasumując, wszystkie podstawy odrzucenia oferty Odwołującego – mimo częściowo niewłaściwej przez Zamawiającego oceny oferty tego wykonawcy i uzupełnionych dokumentów oraz złożonych wyjaśnień, okazały się uzasadnione. Powyższe determinowało oddalenie odwołania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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). Uwzględniono, stosownie do wyniku postępowania, koszty poniesione przez Zamawiającego w związku z reprezentacją na posiedzeniu i rozprawie, stanowiące koszty dojazdu trzech reprezentujących Zamawiającego pełnomocników, na podstawie złożonych kopii biletów przejazdu pociągiem na trasie Szczecin – Warszawa w łącznej kwocie 967 zł 00 gr (słownie: dziewięciuset sześćdziesięciu siedmiu złotych, zero groszy).

Skład orzekający