

WYROK

z dnia 8 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2020 r. przez wykonawcę K. Electric S.A. z siedzibą w Wolsztynie w postępowaniu prowadzonym przez AMW Sinevia Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu AMW Sinevia Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Elkond Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, nakazuje temu Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża AMW Sinevia Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K. Electric S.A. z siedzibą w Wolsztynie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od AMW Sinevia Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim na rzecz wykonawcy K. Electric S.A. z siedzibą w Wolsztynie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

publicznych(t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Zamawiający: AMW Sinevia Spółka z o.o., ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa materiałów elektrycznych według zestawienia w postaci formularza cenowego, rysunków i opisu wraz z rozładunkiem na wskazanym miejscu w ramach zadania 460807 Oświęcim.”.

W dniu 27 lutego 2020 roku Odwołujący: K. Electric S.A. ul. Gajewskich 32 64-200 Wolsztyn otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Elkond Sp. z o.o., zwanego dalej „Wykonawcą” lub „Elkond”.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 3 marca 2020 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na zaniechanie czynności Zamawiającego polegające na nieodrzuconiu oferty Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający swoim działaniem naruszył następujące przepisy 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, zwanej dalej ustawą Pzp:

1) Art. 89 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia Wykonawcy, pomimo tego, iż oferta Wykonawcy jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i powinna być odrzucona.

2) Art. 91 ust.1 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Elkond, mimo, iż jako oferta najkorzystniejsza winna być wybrana oferta Odwołującego.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów prawa Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) Odrzucenie oferty Wykonawcy Elkond,
- 3) Wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych, bowiem zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ, a w szczególności Pkt III. 1 opis przedmiotu zamówienia cyt: „ W każdym przypadku, gdzie w SIWZ przedmiot zamówienia opisany został za pomocą norm, aprobat,

specyfikacji technicznych i systemów odniesienia (nazw handlowych) Zamawiający

3

dopuszcza składanie ofert równoważnych. Zamawiający za produkt równoważny uważa produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada nie gorsze od produktu referencyjnego cechy i parametry.”.

Dalej zauważył, że powyżej wskazaną możliwość Zamawiający odzwierciedlił w dalszej części SIWZ, poprzez stworzenie załącznika nr 6 SIWZ, gdzie Wykonawcy mogli zadeklarować, czy dostarczą produkt równoważny czy też nie.

Nadto, Odwołujący wyjaśnił, że w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 Zamawiający wskazał jakiego konkretnie asortymentu wymaga, a Wykonawcy mieli wypełnić ten załącznik i określić ceny dla każdego z produktów. Jeśli Wykonawca oferował produkty równoważne to miał za zadanie wpisać w załączniku nr 6 SIWZ, jakie produkty równoważne oferuje oraz dołączyć dokumenty udowadniające tą równoważność.

W odniesieniu do spornych pozycji, które - w opinii Odwołującego - nie spełniają kryteriów równoważności w ofercie Elkond Sp. z o.o. Zamawiający opisał je w następujący sposób:

Materiały lub urządzenia zgodne z opisem przedmiotu zamówienia:

L.p.1 Gniazdo 2P +Z 10/16 A 250V np. Simon 54 (pozycja nr 3 z załącznika nr 2 SIWZ),

L.p.4 Gniazdo RJ 45 kat. 6 pojedyncze np. Simon 54 (pozycja nr 6 z załącznika nr 2 SIWZ),

L.p.8 Listwa kablowa bezhalogenowa np. tehalit. LFH z możliwością montażu osprzętu (pozycja nr 28 z załącznika nr 2 SIWZ).

Z powyższego opisu dla Odwołującego wynika, iż Wykonawcy musieli zaoferować:

1) gniazdo 2P + Z 10/16 A 250V pozycja 3 załącznika nr 2 SIWZ (załącznik nr 13).

Według Odwołującego - tym miejscu nie ma i nie było mowy o żadnej równoważności, gdyż produkt opisano bez żadnych parametrów granicznych.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający wymagał konkretnego gniazdka, które spełniałoby minimalne wymagania: 2P + Z 10/16A 250V.

Zaznaczył również, że zgodnie ze swoją specyfikacją, gdzie Zamawiający wskazał na użycie nazw handlowych - użył konkretnej nazwy handlowej - w tym przypadku Simon 54.

Analizując dalej SIWZ wskazał, że Zamawiający wyjaśnił, iż jeśli użyta będzie nazwa handlowa dopuszcza składanie ofert równoważnych. Przy czym zastrzegł, iż produkt równoważny ma posiadać cechy i parametry nie gorsze od produktu referencyjnego.

W świetle powyższego stwierdził, że Zamawiający wymagał gniazda 2P + Z 10/16 A 250V, które miało mieć parametry i cechy nie gorsze od Simon 54, a zatem Zamawiający wskazał takie gniazdo które, jest produkowane również przez innych producentów, np.: Firma Ospel SERIA SONATA Gniazdo pojedyncze z przesłonami torów prądowych 16A/250~, IP-20, zaciski gwintowe (załącznik nr 5), lub Hager lumina Gniazdo zasilające z uziemieniem, przesłony styków, 16 A/250 VAC, biały (załącznik nr 6).

Zarzucił, że wybrany Wykonawca wskazał w załączniku nr 6 SIWZ (załącznik nr 7), iż zamiast gniazda Simon 54 oferuje KONTAKT SIMON BASIC MODUŁ gniazdo 2P +z BMGZ101, podczas gdy w świetle przedmiotowej specyfikacji gniazdo BMGZ1.01 nie jest produktem równoważnym do produktu referencyjnego gdyż:

- Gniazdo 2P+Z 10/16A 250V np.: Simon 54 według karty katalogowej producenta posiada przesłonę torów prądowych, a gniazdo KONTAKT SIMON BASIC MODUŁ Gniazdo 2p+z BMGZ1.01 według karty katalogowej producenta takiej przysłony nie ma.

Powyzsza przeslona - wedlug Odwołującego - jest istotną cechą i parametrem chroniącym użytkownika przed porażeniem elektrycznym.

Powyzsze, a zatem brak tej przysłony ewidentnie przesądza - zdaniem Odwołującego - o tym, że mamy do czynienia z produktem, który jest gorszy od produktu referencyjnego, co potwierdza dowód w postaci Załącznika nr 1 - karta katalogowa Gniazdo

2P+Z 10/16A 250V Simon 54 i Załącznika nr 2 - KONTAKT SIMON BASIC MODUŁ Gniazdo 2p+z BMGZ1.01.11.

2) gniazdo RJ 45 kat. 6 pojedyncze, pozycja 4 załącznika nr 2 SIWZ (załącznik nr 13).

Odwolujący podkreślił, podobnie jak wskazano powyżej, iż poprzez samo wskazanie - gniazdo RJ45 kat.6 pojedyncze Zamawiający nie określił równoważności, a po prostu opisał produkt, którego wymaga.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający wymagał konkretnego gniazdka, które spełniałoby minimalne wymagania: RJ 45 kat, 6 pojedyncze.

Natomiast zgodnie ze swoją specyfikacją, gdzie Zamawiający wskazał na użycie nazw handlowych - użył po tym wyrażeniu konkretnej nazwy handlowej - w tym przypadku Simon 54.

Analizując dalej SIWZ wskazał, że Zamawiający wyjaśnił, iż jeśli użyta będzie nazwa handlowa dopuszcza składanie ofert równoważnych. Przy czym zastrzegł, iż produkt równoważny ma posiadać cechy i parametry nie gorsze od produktu referencyjnego.

W świetle powyższego zauważył, że Zamawiający wymagał gniazda RJ 45 250V, które miało mieć parametry i cechy nie gorsze od Simon 54, podczas gdy wybrany Wykonawca zadeklarował, iż zamiast gniazda RJ 45 kat 6 pojedynczego np. Simon 54 dostarczy materiał zamienny - KONTAKT SIMON BASIC MODUŁ Gniazdo RJ45 kat 6 pojedyncze.

W opinii Odwołującego - gniazdo KONTAKT SIMON BASIC MODUŁ Gniazdo RJ45 kat 6 pojedyncze nie jest produktem równoważnym do produktu referencyjnego gdyż:

- Gniazdo RJ 45 kat 6 pojedyncze np.: Simon 54 według karty katalogowej producenta, posiada w standardzie „Rodzaj podłączenia beznarzędziowe, zacisk przebijający izolację”, a gniazdo KONTAKT SIMON BASIC MODUŁ Gniazdo RJ45 kat 6 pojedyncze według karty katalogowej posiada jedynie zacisk przebijający izolację.

W związku z tym przekonywał, że podłączenie beznarzędziowe jest istotną cechą i parametrem urządzenia, gdyż pozwala instalatorowi na podłączenie przewodu bez użycia narzędzi, gniazdo KONTAKT SIMON BASIC MODUŁ Gniazdo RJ45 kat 6 takich cech i parametrów nie ma.

Powyższe, a zatem brak podłączenia beznarzędziowego, ewidentnie przesądza - w ocenie Odwołującego - o tym, że mamy do czynienia z produktem, który jest gorszy od produktu referencyjnego (Załącznik nr 3 i 4 karty katalogowe).

3) Listwa kablowa bezhalogenowa np. tehalit. LFH z możliwością montażu osprzętu pozycja nr 26 załącznika nr 2 SIWZ - (załącznik nr 13).

Zwrócił uwagę, że w odniesieniu do tego przedmiotu zamówienia Zamawiający wyraźnie przesądził w odpowiedziach na zadane pytania, iż korytka, które mają być

dostarczone mają być bezhalogenowe, a montaż osprzętu ma się odbywać bez ramek.

Tak między innymi Zamawiający wskazał w odpowiedzi i zmianie z dnia 7.02.2020 r. na pytanie nr 1 cyt: „Zamawiający informuje, że należy dobrać i wycenić listwę kablową bezhalogenową o takich wymiarach by można było zamontować osprzęt elektryczny bez ramek.”.

Zauważył również, że w podobny sposób Zamawiający odpowiedział wcześniej pismem z dnia 4.02.2020 r. (załącznik nr 10), na pytanie nr 2 cyt: „ Czy listwy kablowe mają być dostarczone bezhalogenowe, umożliwiające montaż osprzętu 45x45 bez dodatkowych adapterów, ramek w systemie podziału 50:50”, w ten sposób cyt: „ Zamawiający informuje, że listwy kablowe mają być bezhalogenowe, bez ramek i adapterów”.

W tym miejscu wskazał, że wybrany Wykonawca w załączniku nr 6 SIWZ (załącznik nr 7) jako produkt równoważny zaoferował HAGER TEHALIT BRHP Kanał bezhalogenowy podstawa 130 x 65 biały BRHP6513019010 +Pokrywa bezhalogenowa 80 biały BRHP08029010.

Wyjaśnił również, że na potwierdzenie udowodnienia, iż oferta Wykonawcy Elkond nie jest rażąco niska w swoich wyjaśnieniach z dnia 21.02.2020 roku (załącznik nr 11) Wykonawca dołączył w odniesieniu do zaoferowanego produktu - ofertę na korytka (załącznik nr 3 załącznika nr 11).

Z załączonej do wyjaśnień oferty (załącznik nr 3 załącznika nr 11) dostawcy dla Odwołującego jednoznacznie wynika, iż należy użyć ramek do osprzętu, a zatem zaoferowany produkt nie spełnia wymagań specyfikacji, o czym napisał wprost dostawca tego produktu cyt: „Do montażu osprzętu używasz ramek. Zestawy więcej jak 3-krotne robisz poprzez łączenie ze sobą poszczególnych ramek. Wypinasz te elementy poziome i spinasz elementy pionowe ze sobą.”.

Powyższe wskazuje - w opinii Odwołującego - produkt (listwy kablowe bezhalogenowe), który jest niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe argumentował, iż oferta Wykonawcy Elkond podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 Ust.1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaoferowanie produktu wyraźnie niezgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - listw kablowych bezhalogenowych oraz zaoferowaniu dwóch produktów, które nie spełniają

wymagań równoważności, co także skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art.

7

89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Podnosząc jeszcze aspekt równoważności Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wymagał produktu nie identycznego, ale także co wyraźnie napisał w SIWZ produktu nie gorszego od produktu referencyjnego.

Biorąc pod uwagę powyższe fakty jak brak przysłony, czy brak podłączenia beznarzędziowego - w przekonaniu Odwołującego - Wykonawca Elkond zaoferował produkty zdecydowanie gorsze niż produkty referencyjne, a w przypadku produktu gniazda KONTAKT SIMON BASIC MODUŁ Gniazdo 2p+z BMGZ1.01 jest to także produkt niebezpieczny, gdyż brak mu cechy ochrony użytkownika przed porażeniem elektrycznym.

Odwołujący odnosząc się do braku równoważności wskazał również, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, co do wyjaśnienia tej kwestii Wykonawca Elkond nie potrafił skutecznie wyjaśnić równoważności.

Podniósł, że pismo Elkond odnośnie wyjaśnienia kwestii równoważności w całości dotyczyło uwag w stronę Zamawiającego, gdzie Elkond stwierdził, iż to Zamawiający nieprecyzyjnie opisał przedmiot zamówienia dlatego też Wykonawca może zaoferować „wszystko co chce”, bo Zamawiający źle opisał równoważność.

Taka postawa Wykonawcy Elkond - według zapatrywania Odwołującego - powinna być oceniona poprzez pryzmat naruszenia zasad współżycia społecznego. Postawa podkreślająca, iż to Zamawiający jest sam sobie winien bo źle opisał przedmiot zamówienia zasługuje na dezaprobatę, właśnie w kontekście naruszenia zasad współżycia społecznego.

Odwołujący podkreślił przy tym, iż Zamawiający nie opisał źle przedmiotu zamówienia, ponieważ opisał po pierwsze jakiego przedmiotu wymaga i w tym zakresie nie było mowy o równoważności, wymagał konkretnych gniazdek, a równoważność opisał poprzez wskazanie nazw handlowych, a zatem tak jak pozwala mu przepis określił równoważność za pomocą nazwy handlowej, zaś w SIWZ w pkt 111.1 wskazał, jak rozumie zaoferowanie produktów równoważnych.

W świetle powyższego Wykonawcy mieli zaoferować konkretne gniazdka dokładnie opisane, a równoważność odnieść do określonego typu wskazanego wprost jako nazwa handlowa.

Wykonawcy byli również zobowiązani zaoferować produkt o właściwościach

8

zbliżonych nadający się funkcjonalnie do zapotrzebowanego zastosowania, a w opinii Odwołującego - brak przesłony torów prądowych, która chroni przed porażeniem, czy też zupełnie inny rodzaj podłączenia (narzędziowe a beznarzędziowe) wskazują bezsprzecznie na zaoferowanie produktu o innych właściwościach. Z pewnością są to produkty o znaczenie gorszych właściwościach, które funkcjonalnie nie nadają się do zapotrzebowanego zastosowania.

Zarzucił, że w przedmiotowej sprawie jeżeli Wykonawca zauważył jego zdaniem „błędy” w opisie przedmiotu zamówienia, to powinien zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie opisu przedmiotu zamówienia, a czynienie tego na tym etapie (oceny ofert), jako zarzut w kierunku Zamawiającego jest nadużyciem prawa podmiotowego i nie powinno korzystać z ochrony.

Zwrócił uwagę, że wyjaśnienia Elkond i strategia obrony swojej oferty poprzez zarzut do Zamawiającego, iż źle opisał parametry równoważności zaistniały dopiero na etapie obrony swojej oferty, bowiem dopiero na etapie wezwania do wyjaśnień Elkond stwierdził, że jego produkty spełniają wymagania, bo są one w ten sposób opisane, jednakże tej tezie przeczy złożona przez Elkond oferta.

Dalej, przekonywał, że Wykonawca wskazał zaoferowanie zamiast gniazda 2P+Z 10/16A 250V np.: Simon 54 KONTAKT SIMON BASIC MODUŁ. Gniazdo 2p+z BMGZ1.01, a w swoich wyjaśnieniach wywodził, iż wszystkie parametry techniczne jakie zostały określone przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione, ponieważ zaoferował pojedyncze gniazdo z uziemieniem o amperażu 16 A i napięciu znamionowym 250 V.

W związku z tym Odwołujący wyraził wątpliwość, że skoro Wykonawca zaoferował produkt, który spełnia wszystkie wymagania techniczne, to po co w ogóle wskazywał swój produkt w załączniku nr 6?

Argumentował przy tym, że jeżeli produkt spełniał opis przedmiotu zamówienia, to

Wykonawca nie powinien go tu wskazać, nikt Wykonawcy do tego nie zmuszał, a Załącznik z tabeli nr 6 Wykonawcy mieli wypełnić dopiero wtedy, jeśli będą oferować produkt równoważny.

Z powyższego wnioskował, że Wykonawca dokładnie w ten sam sposób rozumiał równoważność, co Zamawiający jak i Odwołujący, a zatem poprzez odwołanie się do produktu Simon 54. Gniazdko miało spełnić wymagania minimalne opisane wprost przez

9

Zamawiającego, a dodatkowo miało w zakresie równoważności spełniać parametry takie jak Simon 54.

W przekonaniu Odwołującego - tak również rozumiał to Wykonawca Elkond na etapie złożenia oferty, bowiem wskazał na zaoferowanie przez siebie produktu równoważnego, a dopiero teraz na etapie oceny jego oferty i wyjaśnień broni się stwierdzeniem, że jego produktu spełniają wszystkie wymagania techniczne określone przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego - wyjaśnienie takie nie jest zgodne z logiką, ale także z wcześniejszymi działaniami Wykonawcy Elkond, bowiem gdyby na etapie składania oferty tak Elkond rozumiał równoważność to nie wskazałby swoich produktów jako produkty równoważne.

Zarzucił, że w zakresie pozycji 3 z załącznika nr 2 SIWZ - Elkond nawet nie spróbował wyjaśniać, czy jego produkt spełnia parametry równoważności, a wskazał na błędny opis przedmiotu zamówienia.

W zakresie pozycji nr 4 z załącznika nr 2 SIWZ Odwołujący powielił argumentację jak wyżej, że produkt nie spełnia wymagań równoważności, a argumentacja o spełnieniu wymagań określonych przez Zamawiającego nie jest nawet spójna z własną ofertą wykonawcy Elkond i wskazuje, iż w odniesieniu do tego produktu Elkond wyjaśnił, iż posiada beznarzędziowy zacisk przywołując kartę katalogową (załączniki nr 7 i 8 do załącznika nr 11).

W opinii Odwołującego - Wykonawca nie udowodnił, że jego przedmiot zamówienia posiada beznarzędziowy zacisk, bowiem Wykonawca Elkond w swojej ofercie podał zupełnie inną kartę katalogową (załącznik nr 12), to jest kartę potwierdzającą, iż oferuje gniazdo pojedyncze RJ45 ekranowane, zaś w załączniku nr 7 (załącznik nr 6 do SIWZ) nie zaznaczył, czy oferuje gniazdo ekranowane, czy nie ekranowane i na potwierdzenie równoważności dał znów inną kartę dotyczące innego gniazda komputerowego (załączniki nr 7 i 8 do załącznika nr 11).

Zdaniem Odwołującego - przekonanie Wykonawcy o udowodnieniu równoważności poprzez dołączenie kart katalogowych stanowiących (załączniki nr 7 i 8 do załącznika nr 11), jest bezzasadne, bowiem nie wiadomo co zaoferował, czy gniazdo ekranowe czy też nie.

Odwołujący w związku z tym podniósł, że jeżeli do końca nie wiadomo co zaoferował Wykonawca, bo co innego wskazuje w ofercie, a co innego wskazuje i dołącza jako dowód

10

różne karty katalogowe - to nie można przede wszystkim jednoznacznie określić co oferuje, a skoro nie wiadomo co oferuje to nie może udowodnić równoważności.

W opinii Odwołującego - Wykonawca owej równoważności nie udowodnił mimo, że taki obowiązek wynikał z treści SIWZ.

Odwołujący przyznał, iż biorąc pod uwagę specyfikę oferowanego asortymentu trudno opisać równoważność w odniesieniu do tych produktów które chciałby Zamawiający. W związku z tym wywodził, że o ile równoważność można opisać w odniesieniu do skomplikowanych urządzeń poprzez określenie parametrów granicznych to w odniesieniu do takiego asortymentu jest to niezwykle trudne, dlatego specyfikację w niniejszym postępowaniu należało czytać poprzez pryzmat wyartykułowanych wprost przez Zamawiającego określeń a także poprzez pryzmat wymagań które zostały wskazane poprzez użycie nazwy handlowej i dopuszczenie równoważności. Przy czym użycie nazwy handlowej nie powodowało, że produkt zaofferowany miał nagle spełnić szereg wymagań, których Zamawiający nie opisał.

Mając zatem na uwadze powyższe Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do dwóch zaofferowanych produktów Wykonawca Elkond nie wykazał spełnienia równoważności, a zatem oba te produkty są niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zaś w odniesieniu do kolejnego produktu oferta jego dostawcy potwierdziła wprost, że produkt jest niezgodny z SIWZ, bowiem nie spełnia wymagań Zamawiającego wyrażonych w odpowiedziach na pytania Wykonawców.

Na koniec Odwołujący zwrócił uwagę, że odpowiedzi na pytania dotyczące wyjaśnień SIWZ są integralną i wiążącą częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem, niezgodność oferowanego produktu z integralną częścią specyfikacji przesądza o niezgodności oferty z treścią specyfikacji.

W świetle powyższego Zamawiający - zdaniem Odwołującego - powinien odrzucić ofertę Wykonawcy Elkond na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż oferta

ta jest niezgodna z SIWZ.

Pismem z dnia 8 czerwca 2020r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający stwierdził, że nie podał w treści SIWZ parametrów podlegających ocenie pod względem równoważności(w tym przypadku parametru odnoszącego się do

11

posiadania bądź nie - przesłony torów prądowych).

W tym względzie powołał się na opis projektu „Rozdział 2 zasilanie i rozdział energii elektrycznej” i legendę oznaczeń elektrycznych(dowody nr 1 i nr 2 w odpowiedzi na odwołanie), gdzie nie ma żadnej informacji, że gniazda muszą posiadać przesłone torów prądowych.

Zwrócił uwagę, że jedyne wymogi w tym zakresie to posiadanie stopnia ochrony IP20 i IP44, a przesłona torów prądowych nie jest elementem istotnym dla Zamawiającego.

Podniósł, że przesłona taka może mieć znaczenie w budynkach mieszkalnych, jednak nie ma istotnego znaczenia dla obiektu wojskowego.

Podobnie motywował, jeżeli chodzi o brak wymagań SIWZ odnośnie posiadania przez gniazdo komputerowe bez narzędziowego zacisku przebijającego izolację.

Zamawiający stanął na stanowisku, że jeżeli dopuścił rozwiązania równoważne opisującym w dokumentacji, ale nie podał minimalnych parametrów, które by te

równoważność potwierdzały - wykonawca obowiązany jest zaoferować produkt o właściwościach zbliżonych, nadający się funkcjonalnie do zapotrzebowanego zastosowania.

Odnosnie trzeciego zarzutu odwołania Zamawiający przyznał, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie poz.26 formularza ofertowego (z uwzględnieniem wyjaśnień Zamawiającego w piśmie z dnia 4 lutego 2020 r. i z dnia 7 lutego 2020 r. oraz treści zaktualizowanego załącznika nr 2 do SIWZ) może wprowadzać wykonawców w błąd co do produktu, którego oczekuje Zamawiający, a zatem nie może on niejednoznaczności i sprzeczności w dokonany opis zamówienia interpretować na niekorzyść wykonawców.

Na poparcie swoich twierdzeń w zakresie trzeciego zarzutu załączył do odpowiedzi na odwołanie dowody nr 3-9.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Elkond Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 8 czerwca 2020 r. wraz z załącznikami, jak również na podstawie złożonych przez strony wyjaśnień

12

Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.87 ust.1 zd.1 w związku z art.89 ust.1 pkt 2.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty wykonawcy Elkond Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający w części III SIWZ poinformował wykonawców, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ oraz w dokumentacji - załącznik nr 8 do SIWZ, wypełniony formularz należało złożyć wraz z ofertą.

W spornym zakresie Izba stwierdziła, że w powyższym załączniku nr 2 do SIWZ Zamawiający dokonał szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie następującego asortymentu:

- 1) l.p. 3 - Gniazdo 2P+Z 10/16A 250V np. Simon 54 - 40 sztuk,
- 2) l.p. 6 - Gniazdo RJ 45 kat 6 pojedyncze np. Simon 54 - 126 sztuk,
- 3) l.p. 26 - Listwa kablowa bezhalogenowa np. tehalit.LFH z możliwością montażu osprzętu - 300m.

Jednocześnie, ustalono, że Zamawiający uregulował problem dopuszczalności produktów równoważnych na gruncie tego przetargu, przewidując, że w każdym przypadku, gdzie w SIWZ przedmiot zamówienia opisany został za pomocą norm, aprobat, specyfikacji

technicznych i systemów odniesienia (nazw handlowych) Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych. Zamawiający za produkt równoważny uważa produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada nie gorsze od produktu referencyjnego cechy i parametry.

Nadto, stwierdzono, że Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ przewidział obowiązek złożenia przez wykonawców oświadczenia, że zastosują materiały lub urządzenia zgodne z opisem przedmiotu zamówienia bez materiałów lub urządzeń równoważnych lub

13

zastosują materiały lub urządzenia równoważne zgodne z opisem przedmiotu zamówienia (oferta równoważna).

Dodatkowo, dla potrzeb rozstrzygnięcia niniejszej sprawy Izba zwróciła uwagę, że Zamawiający w piśmie z dnia 4 lutego 2020 r. dotyczącym wyjaśnień SIWZ na pytanie nr 2 jednego z wykonawców „Czy listwy kablowe mają być dostarczone bezhalogenowe, umożliwiające montaż osprzętu 45x45 bez dodatkowych adapterów, ramek w systemie podziału 50:50”, udzielił odpowiedzi, że „Zamawiający informuje, że listwy kablowe mają być bezhalogenowe, bez ramek i adapterów”.

Natomiast, w piśmie z dnia 7 lutego 2020 r. na pytanie nr 1 jednego z wykonawców Zamawiający udzielił odpowiedzi, że „Zamawiający informuje, że należy dobrać i wycenić listwę kablową bezhalogenową o takich wymiarach by można było zamontować osprzęt elektryczny bez ramek.”.

Dalej, nie uszło uwadze Izby, że w wykonaniu powyższych postanowień SIWZ wykonawca Elkond Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku zadeklarował w zakresie objętym zarzutami odwołania - jego zdaniem - następujące produkty równoważne:

- 1) kontakt Simon basic moduł gniazdo 2P +z BMGZ101,
- 2) kontakt Simon basic moduł Gniazdo RJ45 kat 6 pojedyncze,
- 3) Hager Tehalit BRHP Kanał bezhalogenowy podstawa 130 x 65 biały BRHP6513019010 +Pokrywa bezhalogenowa 80 biały BRHP08029010.

Nie było sporu pomiędzy stronami, co do treści załączonych przez Odwołującego do odwołania dokumentów odnoszących się do spornych produktów (zał. od nr 1 do 11).

Zebrany w sprawie powyższy materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że wykonawca Elkond Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku oferując produkt inny niż opisany w SIWZ był zobowiązany do wykazania jego równoważności produktowej.

Stosownie do art.30 ust. 5 ustawy Pzp Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Według zapytania Izby - Wykonawca Elkond Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku nie przedstawił żadnego stanowiska na etapie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że zaproponowany przez niego asortyment posiada właściwości,

14

które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia, a w piśmie z dnia 21 lutego 2020 r. poinformował Zamawiającego między innymi, że ten ma obowiązek dokonania precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

Takie oświadczenie Wykonawcy Elkond Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku Izba potraktowała jako przyznanie, że zaoferowany produkt nie spełnia wymagań SIWZ.

W związku z powyższym Izba uznała, że Wykonawca ten nie udowodnił, że gniazdo 2P + Z 10/16 A 250V pozycja 3 załącznika nr 2 SIWZ posiada wymaganą przez Zamawiającego przesłonę torów prądowych, a także nie wykazał, że gniazdo RJ 45 kat. 6 pojedyncze, pozycja 4 załącznika nr 2 SIWZ ma możliwość podłączenia bez narzędziowego.

Nadto, wykonawca ten nie przedstawił dowodów na okoliczność, że zaproponowana przez niego Listwa kablowa bezhalogenowa np tehalit.LFH z możliwością montażu osprzętu - 300m, pozycja 26 załącznika nr 2 SIWZ może być montowana bez użycia ramek.

Zdaniem Izby - podanie w SIWZ przez Zamawiającego konkretnego modelu gniazda czy listwy, który posiada ściśle określone i opisane przez producenta właściwości techniczne i funkcjonalne wymaga od wykonawców zaoferowania produktu, który posiada te same cechy, przy czym nie musi być on identyczny.

Jeżeli zatem Zamawiający w SIWZ wskazał konkretne gniazdko czy listwę, to należało przyjąć, że pod tymi produktami kryją się sprecyzowane cechy techniczne i funkcjonalne deklarowane przez producenta.

Jednocześnie, jeżeli dana właściwość techniczna bądź funkcjonalna jak podana w opisie producenta, nie miała dla Zamawiającego istotnego znaczenia, to powinien on to określić na gruncie SIWZ, po dokładnym zbadaniu przedmiotu zamówienia, a nie pozostawiać sobie i niektórym uczestnikom marginesu swobodnego uznania.

W konsekwencji - w opinii Izby - niedopuszczalne jest manipulowanie treścią SIWZ w sposób zawężający wymagania odnoszące się do konkretnego produktu referencyjnego.

Powyższa sytuacja narusza zarówno zasadę równości postępowania przetargowego, jak uzasadniony interes Zamawiającego, gdzie przy tym samym opisie przedmiotu zamówienia otrzymuje on od tego wykonawcy produkt gorszy niż oferowany przez konkurencję.

Uznając, że zaoferowany przedmiot zamówienia w części spornej jest gorszy w stosunku do wymaganego produktu referencyjnego, z powodu nieposiadania omawianych wyżej cech, Zamawiający powinien podjąć stosowne środki prawne.

W takiej sytuacji Zamawiający, badając przedmiotowy sprzęt, powinien wyjaśnić powyższe kwestie równoważności z wykonawcą Elkond Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku na zasadzie art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp, chyba, że uzna na podstawie posiadanych informacji technicznych, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie posiada właściwości, o których wyżej mowa (analogicznych jak w podanym produkcie referencyjnym wskazanym w SIWZ) i skorzysta z dyspozycji przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym to przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Izba za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy uznała dowody w postaci załączników nr 1 do nr 9 złożonych z odpowiedzią na odwołanie Zamawiającego.

Zdaniem Izby powyższe dowody nie mają żadnego odniesienia do zarzutów

odwołania.

Zarówno dokumentacja projektowa (dowód nr 1), jak i legenda oznaczeń elektrycznych (dowód nr 2) nie przesądzają o wymaganiach Zamawiającego opisanych w innych częściach SIWZ.

Natomiast, według uznania Izby - dowody nr 3-7 zostały już wyżej ocenione w aspekcie ich treści.

Ostatecznie, w ocenie Izby - dowody nr 8-9 nie wykazały by zaoferowany przez wykonawcę produkt umożliwił montaż osprzętu bez użycia ramek.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 ze zm.).

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.192 ust.2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....