Sygn. akt: KIO 396/16

WYROK
z dnia 31 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2016 r. przez wykonawcę **ANDRA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Teatr Narodowy w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Skarbowi Państwa – Teatrowi Narodowemu w Warszawie** – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **ANDRA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Teatr Narodowy w Warszawie** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ANDRA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.
2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Teatru Narodowego w Warszawie** na rzecz **ANDRA Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), 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 (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

.....

Sygn. akt: KIO 396/16

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Teatr Narodowy w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie maszynowni chłodu w Teatrze Narodowym.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 18 marca 2016 roku wykonawca ANDRA Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od:

1. czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) jako oferta równoważna, co zamawiający sam potwierdził, uwzględniając w całości poprzednie odwołanie odwołującego (KIO 91/16), a także wskazując to wprost w treści pisma z dnia 8 marca 2016 r.
co stanowi naruszenie art. 82 ust 3 ustawy P.z.p., a także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.;
2. zaniechania czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty, pomimo, że zamawiający miał wątpliwości, które odwołujący bez problemu mógł rozwiać, co nie wymagałoby zmiany, czy też uzupełnienia oferty,
co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.;
3. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.,
4. czynności zamawiającego, polegającej na ponownym unieważnieniu postępowania pomimo braku podstawy faktycznej prawnej do takiego działania,
co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w z w. z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. oraz art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 168, dalej: „ustawa o odpowiedzialności za naruszenie

dyscypliny finansów publicznych").
Z powyższych względów odwołujący wniósł o:
1. uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu:

---

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
3) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
4) w razie stwierdzenia takiej potrzeby, wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty,
5) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. włączenie do materiału sprawy dokumentacji sprawy o sygn. akt KIO 91/16;
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że jest podmiotem zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia. W wyniku działań i zaniechań zamawiającego, odwołujący został pozbawiony możliwości dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Ponadto, na skutek wskazanych w treści odwołania czynności i zaniechań czynności zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę rozumianą jako szkoda majątkowa, ponieważ nie uzyska niniejszego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, iż dnia 8 marca 2016 r. zamawiający poinformował go o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z.

Odwołujący stwierdził, iż zamawiający po raz drugi odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z s.i.w.z.. Pierwszego odrzucenia, dokonano pismem z dnia 20 stycznia 2016 r. W jego treści wskazano uzasadnienie zgodnie z którym zamawiający stwierdził, że w jego ocenie:
„Wykonawca zaoferował agregat wody lodowej - Chillera RTWD 140 HE Ton Water-Cooled firmy TRANE. Zaoferowane urządzenie posiada gorsze parametry niż urządzenie wymagane przez Zamawiającego: wyższy spadek ciśnienia po stronie glikolowej jak również po stronie wodnej."

W reakcji na powyższe, odwołujący złożył odwołanie od decyzji zamawiającego (sygn. akt KIO 91/16), treścią którego zażądał unieważnienia czynności odrzucenia odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 3 lutego 2016 r. zamawiający poinformował odwołującego, że uwzględnia odwołanie z dnia 29 stycznia 2016 r. Uwzględnienie nie zawierało żadnych wyłączeń, co oznacza, że zamawiający dokonał uwzględnienia odwołania w całości.

W zakresie zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego i zaniechania jej wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, odwołujący podniósł, co następuje:

Zgodnie z pkt 13.2. s.i.w.z., w opisie sposobu obliczenia ceny zamawiający wskazał, że:
„Cenę oferty należy obliczyć na podstawie Załącznika nr 4 do SIWZ - „KOSZTORYS OFERTOWY - WYMIANA AGREGATÓW WODY LODOWEJ" oraz kalkulacji własnej - dotyczącej przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt 3.2. SIWZ".
Z treści ww. pkt 3.2. s.i.w.z. wynika, że:
„Przed prowadzeniem prac instalacyjnych w pomieszczeniu maszynowni chłodu należy:
a) naprawić fundamenty, na których będą stały urządzenia;
b) naprawić wpusty i posadzkę wraz z pomalowaniem jej farbą epoksydową;
c) ściany i sufit pomalować na jasny kolor, a do wysokości 2 m wykonać lamperię z farby olejnej;
d) udrożnić kanalizację".

Niezależnie od powyższego, w pkt 7.4 s.i.w.z. lit. c, zamawiający opisał, że wraz z ofertą należy mu przedstawić:
„Wypełniony „KOSZTORYS OFERTOWY - WYMIANA AGREGATÓW WODY LODOWEJ" - Załącznik nr 4 do SIWZ.

Odwołujący stwierdził, iż zamawiający nie przewidział odrębnego załącznika pod nazwą „Kalkulacja własna". Nie wymagał również, aby do wzoru kosztorysu ofertowego dodawać dodatkową pozycję pod tą nazwą - brak było odrębnego wiersza, odrębnej tabeli

itp. Co więcej, w toku postępowania odwołujący zadał zamawiającemu pytania doprecyzowujące powyższą kwestię. Na pytanie nr 2 o treści:
„Załącznik Nr 4 do SIWZ zawiera kosztorys ofertowy dla robót instalacyjnych sanitarnych. Zakres kosztorysu jest niepełny tak ilościowo jak i pozycyjnie w stosunku do

---

przedstawionego projektu. Czy oferta Wykonawcy powinna się ograniczać do zakresu przedstawionego w kosztorysie, czy też powinna zawierać zakres prac niezbędny do wykonania projektu?",
pismem z dnia 1 grudnia 2015 r. zamawiający udzielił odpowiedzi:
„Oferta wykonawcy musi zawierać pełen zakres niezbędny do wykonania zadania określony w SIWZ.".

Zamawiający nie określił jednak, w jakiej formie chciałby otrzymać ww. informacje. Czy życzy sobie odrębnego załącznika, czy zapewnienia, że cena wynikająca z kosztorysu uwzględnia również kalkulację własną, itp. Brak było jakichkolwiek oczekiwań w tym zakresie, czy też wytycznych, na podstawie których wykonawcy mogliby ustalić intencje zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że uwzględnił w cenie swojej oferty wszystkie czynniki i okoliczności związane z wykonaniem wszystkich elementów zamówienia wymienionych w pkt 3.2 s.i.w.z., przewidując również składniki takie jak np. koszty bezpośrednie i pośrednie wykonania zamówienia, koszty pracy, budżet ryzyka, zysk itp. Rozkładają się one (proporcjonalnie) na wszystkie pozycje wskazane w kosztorysie, którego wzór stanowił załącznik nr 4 do s.i.w.z.

W zakresie zarzutu niezgodności przedmiotu oferty z opisem przedmiotu zamówienia, odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią s.i.w.z. przedmiotem zamówienia było wykonanie maszynowni chłodu w Teatrze Narodowym. Szczegółowy opis zamówienia został przedstawiony w załącznikach do s.i.w.z., w tym w załączniku nr 1 zawierającym projekt wykonawczy instalacji sanitarnych.

Treścią pierwszego odwołania odwołujący wykazał, że złożona przez niego oferta jest ofertą równoważną do wymagań opisanych w treści s.i.w.z., co zamawiający przyznał uwzględniając odwołanie, lecz również w treści pisma z dnia 8 marca 2016 r., zawierającego ponowne odrzucenie odwołującego, wskazując

że:

„Wykonawca zaoferował, jako urządzenie równoważne, agregat wody lodowej firmy TRANE numer modelu RTWD 140 HE Ln. Zaproponowane urządzenie spełnia wymagania stawiane urządzeniu równoważnemu"

Odwołujący podkreślił, że zamawiający jednoznacznie wskazał, że zaproponowane przez niego urządzenie spełnia wymagania stawiane urządzeniu równoważnemu. A skoro tak, to jest zgodne z treścią s.i.w.z. Tym samym oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Tymczasem zamawiający uznał, że:
„Natomiast zmiana polegająca na zastosowaniu agregatu TRANE wpływa na prawidłowość pracy układu glikolowego i nie można jej dokonać bez ponownego doboru pomp i ponoszenia dodatkowych stałych kosztów eksploatacyjnych, jakimi są zwiększenie poboru energii elektrycznej pomp" - co stwierdził we wnioskach biegły Pan J. Z."

Odwołujący wskazał, że treść s.i.w.z. w żadnym miejscu nie odnosiła się do wymagań w zakresie pracy układu glikolowego. Jest to wymaganie nowe, nieznane na etapie poprzedzającym składanie ofert. Szczegółowe wymagania, które odwołujący przyjął jako minimalne i konieczne dla potwierdzenia równoważności swojej oferty, a jednocześnie gwarantujące pełną funkcjonalność oferowanego produktu, zawarto w punkcie 1.3 załącznika nr 1 do s.i.w.z. (Transport i montaż urządzeń). Odwołujący posłużył się tymi parametrami, przygotowując dołączoną do oferty tabelę wykazującą faktyczną równoważność urządzenia TRANE.

Odwołujący zaznaczył, że - porównując obydwa urządzenia - w żadnym wypadku nie należy porównywać zapotrzebowania na energię na podstawie poszczególnych elementów składowych urządzenia. Całkowite zapotrzebowanie na energię elektryczna w przypadku urządzenia zaproponowanego przez firmę odwołującego jest znacznie niższe niż urządzenia porównawczego, którego karta katalogowa stanowiła załącznik do s.i.w.z. (załącznik nr 1 do S1WZ, część II pkt.1.1). Odwołujący podkreślił, że zaoferowane przez niego rozwiązanie jest

rozwiązaniem równoważnym, tak więc nie stanowi przeniesienia wymogów zamawiającego wg metody 1:1, a inną (równoważną) metodą osiągnięcia założonych przez zamawiającego celów.

W ocenie odwołującego, powyższe nie powinno jednak mieć znaczenia dla oceny zgodności treści oferty odwołującego z treścią s.i.w.z., ponieważ to wydajność chłodnicza, a więc główna i najważniejsza cecha agregatu chłodniczego jest kluczowym parametrem, który powinien być oceniany (pkt 1 ww. tabeli). Zamawiający w żadnym miejscu w s.i.w.z. nie określił jakiego, maksymalnego poboru energii oczekuje dla rozwiązania równoważnego. Tym bardziej nie stawiał żadnych wymogów związanych z praca układu glikolowego.

W zakresie zarzutu braku udowodnienia zamawiającemu możliwości zastosowania w urządzeń i materiałów zamiennych, odwołujący podniósł, iż zgodnie z treścią załącznika nr 1 do s.i.w.z., w rozdziale 7 (Uwagi końcowe), pkt 3 zamawiający wskazał, że:
,,Wykonawcy przysługuje prawo zastąpienia podanych w projekcie elementów i urządzeń przez materiały / urządzenia nie gorszej jakości,, o co najmniej równoważnych parametrach technicznych. Wykonawca proponujący urządzenia i materiały zamienne jest odpowiedzialny

---

za sprawdzenie możliwości ich zastosowania w obiekcie pod każdym względem, między innymi: wymiarów, ciężaru, sposobu transportu, montażu, podłączeń, parametrów zasilenia energetycznego, sterowania itp. przez osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia i kwalifikacje. W przypadku wprowadzonych zmian Wykonawca ponosić będzie pełną odpowiedzialność za funkcjonowanie systemu, istotne zmiany w projekcie mogą być wprowadzone wyłącznie za zgodą projektanta i Inwestora".

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dokumentacji postępowania brak było wymogu, aby przedstawiać stosowną analizę zamawiającemu. Twierdzenia zamawiającego, iż:
„Wykonawca nie udowodnił Teatrowi możliwości zastosowania w obiekcie urządzeń i materiałów zamiennych (...) - na co zwrócił uwagę Biegły w opinii technicznej stwierdzając, ze „oferta powinna zawierać całościową analizę wymiany agregatów z uwzględnieniem oporów miejscowych w układzie hydraulicznym i poboru prądu elektrycznego. Analiza powinna zostać potwierdzona przez osobę posiadającą stosowne kwalifikacje zawodowe (...) Wymiana agregatów bez sprawdzenia możliwości pracy w zaprojektowanych układach chłodniczych może spowodować, że w okresie największego zapotrzebowania na chłód (przy wysokiej temperaturze zewnętrznej) nie spełni stawianych wymagań",
nie znajdują uzasadnienia w dokumentacji postępowania, ponieważ brak było wymogów na które powołuje się biegły.

W zakresie zarzutu bezpodstawnego unieważnienia postępowania, odwołujący podniósł, że pismem z 8 marca 2016 r. zamawiający poinformował go o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., w związku z brakiem ważnych ofert.

W ocenie odwołującego powyższe nie ma potwierdzenia faktycznego i prawnego w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ oferta odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z s.i.w.z., a tym samym powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Tymczasem zgodnie z podstawą unieważnienia powołaną przez zamawiającego, do unieważnienia postępowania mogłoby dojść wyłącznie w przypadku,
gdyby w przedmiotowej sprawie nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 marca 2016 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, że w pkt. 13.1 s.i.w.z. wyraźnie określił sposób obliczenia ceny oferty:

"Cenę oferty należy obliczyć na podstawie Załącznika nr 4 do SIWZ - "KOSZTORYS OFERTOWY - WYMIANA AGREGATÓW WODY LODOWEJ" oraz kalkulacji własnej - dotyczącej przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt 3.2."

Zamawiający wskazał, że odwołujący miał świadomość, że Załącznik nr 4 do s.i.w.z. - Kosztorys ofertowy - nie obejmuje wszystkich niezbędnych pozycji objętych przedmiotem zamówienia. Świadczy o tym pytanie, jaki zadał zamawiającemu odnośnie do zawartości Załącznika nr 4 o treści:

„Załącznik Nr 4 do SIWZ zawiera kosztorys ofertowy dla robót instalacyjnych sanitarnych. Zakres kosztorysu jest niepełny tak ilościowo jak i pozycyjnie w stosunku do przedstawionego projektu. Czy oferta Wykonawcy powinna się ograniczać do zakresu

przedstawionego w kosztorysie, czy też powinna zawierać zakres prac niezbędny do wykonania projektu?",
na które pismem z dnia 1 grudnia 2015 r. zamawiający udzielił odpowiedzi:
„Oferta wykonawcy musi zawierać pełen zakres niezbędny do wykonania zadania określony w SIWZ.".

Zamawiający wskazał, iż - udzielając powyższej odpowiedzi - potwierdził to, co wynika z pkt 13.1 s.i.w.z, tzn., że oferent, obliczając cenę oferty, powinien wycenić wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia. Nie może ograniczyć się tylko do wyceny pozycji wskazanych w Kosztorysie ofertowym, skoro jest on niepełny. Zamawiający wskazał, że obliczenie ceny musi obejmować kalkulację własną dotyczącą przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt. 3.2. s.i.w.z., ponieważ przedmiot ten nie jest objęty Kosztorysem ofertowym.

Zamawiający wyjaśnił, że nie narzucił wykonawcom szczególnej formy przedstawienia kalkulacji własnej. Wbrew sugestiom odwołującego nie musiała ona koniecznie stanowić odrębnego załącznika pod nazwą "Kalkulacja własna". Zamawiający nie wymienił kalkulacji własnej jako osobnego dokumentu składanego wraz z ofertą. Wykonawcy mogli sporządzić tę kalkulację w sposób dowolny, np. zamieścić ją w formularzu ofertowym. Nie oznacza to jednak, że wykonawcy nie mieli obowiązku przedstawienia takiej kalkulacji. Wykonawcy powinni byli przedstawić co najmniej wyliczenie kosztów za wykonanie zakresu przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu braku wykazania równoważności, zamawiający wskazał, że odwołujący zaoferował pompy, które nie zapewniają prawidłowej pracy agregatu wody lodowej TRANE RTWD 140 HE. W pozycji 31 kosztorysu ofertowego odwołujący wskazał

---

pompy IN-LINE typu IL-E 100/160-18, 5/2-R1-S1, powielając w tym zakresie projekt wykonawczy oraz kosztorys sporządzony przez zamawiającego. Powyższe pompy były jednak zaprojektowane pod agregaty wody lodowej DAIKIN EWWS450J-SS, tj. wydajność pomp była dostosowana do spadku ciśnienia na skraplaczu dla wskazanego agregatu - 17 kPa. Tymczasem, w przypadku zaoferowanego przez odwołującego agregatu wody lodowej TRANE RTWD 140 HE, spadek ciśnienia na skraplaczu jest kilkukrotnie wyższy niż w przypadku agregatu DAIKIN EWWS450J - SS i wynosi 63,7 kPa. Powoduje to, że czynnik chłodzący przepływający przez skraplacz (glikol) nie będzie przepływał pod odpowiednim ciśnieniem. W konsekwencji zaoferowany agregat wody lodowej TRANE RTWD 140 HE nie będzie działał poprawnie i nie osiągnie wymaganych przez zamawiającego parametrów, w tym wydajności chłodniczej.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 13.1. s.i.w.z., w opisie sposobu obliczenia ceny zamawiający wskazał, że:
„Cenę oferty należy obliczyć na podstawie Załącznika nr 4 do SIWZ - „KOSZTORYS OFERTOWY - WYMIANA AGREGATÓW WODY LODOWEJ" oraz kalkulacji własnej - dotyczącej przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt 3.2. SIWZ".
Z treści ww. pkt 3.2. s.i.w.z. wynika, że:
„Przed prowadzeniem prac instalacyjnych w pomieszczeniu maszynowni chłodu należy:
a) naprawić fundamenty, na których będą stały urządzenia;
b) naprawić wpusty i posadzkę wraz z pomalowaniem jej farbą epoksydową;
c) ściany i sufit pomalować na jasny kolor, a do wysokości 2 m wykonać lamperię z farby olejnej;
d) udrożnić kanalizację".

Niezależnie od powyższego, w pkt 7.4 s.i.w.z. lit. c, zamawiający opisał, że wraz z ofertą należy mu przedstawić:
„Wypełniony „KOSZTORYS OFERTOWY - WYMIANA AGREGATÓW WODY LODOWEJ" - Załącznik nr 4 do SIWZ.

W toku postępowania odwołujący zadał zamawiającemu pytanie o treści:

„Załącznik Nr 4 do SIWZ zawiera kosztorys ofertowy dla robót instalacyjnych sanitarnych. Zakres kosztorysu jest niepełny tak ilościowo jak i pozycyjnie w stosunku do przedstawionego projektu. Czy oferta Wykonawcy powinna się ograniczać do zakresu przedstawionego w kosztorysie, czy też powinna zawierać zakres prac niezbędny do wykonania projektu?",

Pismem z dnia 1 grudnia 2015 r. zamawiający udzielił odpowiedzi:
„Oferta wykonawcy musi zawierać pełen zakres niezbędny do wykonania zadania określony w SIWZ.".

Odwołujący wraz z ofertą przedłożył wypełniony załącznik nr 4, bez osobnej kalkulacji własnej.

Szczegółowy opis zamówienia został przedstawiony w załącznikach do s.i.w.z., w tym w załączniku nr 1 zawierającym projekt wykonawczy instalacji sanitarnych.

Zgodnie z pkt. 16.7 s.i.w.z., "zamawiający dopuszcza materiały i urządzenia równoważne lub o wyższych parametrach niż materiały i urządzenia wyszczególnione w Załączniku nr 1 i 2. Materiały i urządzenia równoważne lub wyższe muszą być w ofercie wymienione z nazwy, a ciężar udowodnienia o zachowaniu parametrów wymaganych przez Zamawiającego leży po stronie Wykonawcy składającego ofertę".

Odwołujący zaoferował, jako urządzenie równoważne, agregat wody lodowej firmy TRANE numer modelu RTWD 140 HE Ln.

Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do s.i.w.z., w rozdziale 7 (Uwagi końcowe), pkt 3 zamawiający wskazał, że:
,,Wykonawcy przysługuje prawo zastąpienia podanych w projekcie elementów i urządzeń przez materiały / urządzenia nie gorszej jakości,, o co najmniej równoważnych parametrach technicznych. Wykonawca proponujący urządzenia i materiały zamienne jest odpowiedzialny za sprawdzenie możliwości ich zastosowania w obiekcie pod każdym względem, między innymi: wymiarów, ciężaru, sposobu transportu, montażu, podłączeń, parametrów zasilenia energetycznego, sterowania itp. przez osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia i kwalifikacje. W przypadku wprowadzonych zmian Wykonawca ponosić będzie pełną odpowiedzialność za funkcjonowanie systemu, istotne zmiany w projekcie mogą być wprowadzone wyłącznie za zgodą projektanta i Inwestora".

Pismem z dnia 8 marca 2016 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1

---

ustawy P.z.p. Zamawiający stwierdził, iż wykonawca zaoferował, jako urządzenie równoważne, agregat wody lodowej firmy TRANE numer modelu RTWD 140 HE Ln. Zaproponowane urządzenie spełnia wymagania stawiane urządzeniu równoważnemu. Natomiast zmiana polegająca na zastosowaniu agregatu TRANE wpływa na prawidłowość pracy układu glikolowego i nie można jej dokonać bez ponownego doboru pomp i ponoszenia dodatkowych stałych kosztów eksploatacyjnych, jakimi są zwiększenie poboru energii elektrycznej pomp - co stwierdził we wnioskach biegły Pan J. Z. Zamawiający wskazał, iż odwołujący nie udowodnił Teatrowi możliwości zastosowania w obiekcie urządzeń i materiałów zamiennych (...) - na co zwrócił uwagę Biegły w opinii technicznej stwierdzając, ze „oferta powinna zawierać całościową analizę wymiany agregatów z uwzględnieniem oporów miejscowych w układzie hydraulicznym i poboru prądu elektrycznego. Analiza powinna zostać potwierdzona przez osobę posiadającą stosowne kwalifikacje zawodowe (...) Wymiana agregatów bez sprawdzenia możliwości pracy w zaprojektowanych układach chłodniczych może spowodować, że w okresie największego zapotrzebowania na chłód (przy wysokiej temperaturze zewnętrznej) nie spełni stawianych wymagań.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niedołączenia do niej kalkulacji własnej, Izba stwierdziła, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wymagała od wykonawców dołączenia do oferty takowej kalkulacji. Nie ulega wątpliwości, że wykonawcy obowiązani byli sporządzić taką kalkulację na potrzeby dokonania wyceny przedmiotu zamówienia, niemniej jednak brak jest podstaw do przyjęcia, iż kalkulacja taka winna stanowić załącznik do oferty. Wniosek taki nie wynika ani z treści pkt. 13.1 s.i.w.z, ani też z kolejnych jej postanowień, w tym w szczególności z pkt. 7.4. lit. c s.i.w.z, zgodnie z którym wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą wypełniony „KOSZTORYS OFERTOWY - WYMIANA AGREGATÓW WODY LODOWEJ" - Załącznik nr 4 do s.i.w.z.

Zauważyć przy tym należy, iż odwołujący zwrócił uwagę zamawiającego na fakt, iż kosztorys nie obejmuje wszystkich niezbędnych pozycji objętych przedmiotem zamówienia,

zadając przy tym pytanie, czy oferta wykonawcy powinna się ograniczać do zakresu przedstawionego w kosztorysie, czy też powinna zawierać zakres prac niezbędny do

---

wykonania projektu. Zamawiający w odpowiedzi stwierdził, iż oferta wykonawcy musi zawierać pełen zakres niezbędny do wykonania zadania określonego w s.i.w.z. W ocenie Izby, udzielona przez zamawiającego odpowiedź świadczy wyłącznie o tym, iż wykonawca, kalkulując cenę oferty, winien wziąć pod uwagę wszystkie prace i czynności niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Z odpowiedzi tej nie wynika natomiast obowiązek przedłożenia kalkulacji w postaci osobnego dokumentu czy nawet dodatkowych pozycji formularza ofertowego.

Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż nie narzucił wykonawcom szczególnej formy przedstawienia kalkulacji. Wykonawcy mogli sporządzić tę kalkulację w sposób dowolny. W ocenie Izby przesądza to o tym, iż taka kalkulacja mogła zostać sporządzona również w sposób przyjęty przez odwołującego, tzn. poprzez rozłożenie kosztów prac na pozycje wymienione w kosztorysie, bez ich osobnego wyszczególniania. Taki sposób kalkulacji nie jest niezgodny z zasadami sporządzania kosztorysów i - jak wynika z okoliczności niniejszej sprawy - nie był również niezgodny z s.i.w.z.

Tym samym stwierdzić należy, iż odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na brak kalkulacji własnej, mimo że nie była ona żądana przez zamawiającego, jest sprzeczne z zasadami oceny oferty, przyjętymi przez zamawiającego w s.i.w.z.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70 1 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie

---

z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w si.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non,* realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z uwagi na powyższe Izba uznała podniesiony zarzut za uzasadniony.

Analogicznie Izba rozstrzygnęła zarzut dotyczący nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na brak wykazania równoważności zaoferowanego rozwiązania z rozwiązaniem przyjętym przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, że co do zasady, opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów i pochodzenia, jest zakazane, co wynika wprost z

treści art. 29 ust. 3 ustawy P.z.p. Zakaz ten doznaje jednak ograniczenia w sytuacji, gdy konieczność posłużenia się owymi znakami czy patentami jest uzasadniona specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne".

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia z zastosowaniem art. 29 ust. 3 ustawy P.z.p., musi mieć na względzie, że samo wskazanie przez niego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie przedmiotu wraz z dodaniem wyrazów "lub równoważne" jest niewystarczające. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 254/08 wskazała, że "dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych, nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia *równoważność,* ale zawarte w SIWZ określenia uściślające wymogi zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równowartości ofert (...). Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wyrób za równoważny bądź nie, a w konsekwencji dopuścić ofertę do oceny bądź ją odrzucić jako niezgodną z treścią

SIWZ". Należy przy tym podkreślić, iż zamawiający, który nie określi w specyfikacji warunków równoważności, nie będzie mógł odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. oferty, która w jego ocenie owej równoważności nie spełnia.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający sam uznał urządzenie zaoferowane przez odwołującego za równoważne, o czym poinformował w piśmie z dnia 8 marca 2016 roku. Zamawiający złożył do akt sprawy opinię techniczną sporządzoną przez rzeczoznawcę, Pana J. Z., w której również stwierdzono, iż zaoferowany przez odwołującego agregat spełnia wymagania stawiane urządzeniu równoważnemu. Jednocześnie z opinii wynika, iż zmiana agregatu wpływa na prawidłowość pracy układu glikolowego i nie można jej dokonać bez ponownego doboru pomp.

Przedłożona opinia nie daje zatem wprost odpowiedzi, czy zamawiający uznał rozwiązanie przyjęte przez odwołującego za równoważne czy też nie. Z jednej strony przyznaje bowiem przymiot równoważności zaoferowanemu urządzeniu, z drugiej - kwestionuje możliwość pracy takiego urządzenia z uwagi na brak odpowiednich pomp, przy czym brak jest również precyzyjnego wskazania, czy zaoferowane urządzenie nie będzie pracowało w ogóle czy też jego praca będzie możliwa, jednak bez zachowania wymaganych parametrów.

Podkreślenia wymaga, iż w s.i.w.z. zamawiający nie podał elementów dla niego istotnych pod względem oceny równoważności zaoferowanego rozwiązania. Wskazanie dopiero w trakcie oceny ofert na pewne parametry równoważności, nieokreślone wprost w dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego, nie może stanowić o nieodpowiedniości treści oferty z treścią s.i.w.z. i skutkować odrzuceniem na tej podstawie oferty odwołującego. Skoro s.i.w.z. nie określa, jakie parametry zamawiający będzie brał pod uwagę przy ocenie równoważności zaproponowanych produktów, to nie może na etapie oceny ofert powoływać się na nie jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego. Ocena ofert winna odbywać się wyłącznie w oparciu o dokumenty, parametry i kryteria wprost określone w dokumentacji postępowania. Odrzucenie oferty w oparciu o dokumenty inne niż podane w przygotowanej przez zamawiającego dokumentacji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na brak udowodnienia zamawiającemu możliwości zastosowania w obiekcie urządzeń i materiałów zamiennych.

Izba zwraca uwagę, że zamawiający w treści s.i.w.z. nie zobowiązał wykonawców do udowodnienia możliwości zastosowania elementów i urządzeń zamiennych. Zamawiający w treści Załącznika nr 1 do s.i.w.z. r rozdz. 7 pkt 3 zawarł jedynie informację o

---

odpowiedzialności wykonawcy za zastosowanie tych materiałów. Tym samym zamawiający nie może wyciągać konsekwencji wobec wykonawcy, który dostosował się do postanowień zawartych w s.i.w.z. Izba podtrzymuje przy tym argumentację przytoczoną wyżej, przy rozpoznawaniu zarzutów związanych z odrzuceniem oferty z uwagi na zastosowanie rozwiązania równoważnego oraz niedołączenie do oferty odwołującego kalkulacji własnej.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący bezpodstawnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania, w postępowaniu pozostaje nadal oferta odwołującego, w związku z czy brak jest

podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

……