

WYROK

z dnia 16 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lutego 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 5 lutego 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **MPROJEKT Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa budynku kotłowni ze stacją transformatorową i infrastrukturą towarzyszącą oraz budowa stacji gazowej wraz z instalacjami do kotłowni w jednostce wojskowej w Warszawie* (nr postępowania 95/2015) prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie** przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A-Projekt sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, AMP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, KRON sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu – Skarbowi Państwa – Stołecznemu Zarządowi Infrastruktury w Warszawie: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty złożonej przez MPROJEKT Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a także powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego – Skarb Państwa – Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego**

1

Sygn. akt KIO 142/16

- **MPROJEKT Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego – Skarbu Państwa – Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie na rzecz odwołującego – MPROJEKT Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 142/16

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa – Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.];

zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa budynku kotłowni ze stacją transformatorową i infrastrukturą towarzyszącą oraz budowa stacji gazowej wraz z instalacjami do kotłowni w jednostce wojskowej w Warszawie* (nr postępowania 95/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 listopada 2015 r. pod poz. 172153, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.szi.wp.mil.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „S.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

29 stycznia 2016 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – MPROJEKT Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Mprojekt”} – zawiadomienie o wyniku powtórnego rozstrzygnięcia postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A-Projekt sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, AMP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, KRON sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Konsorcjum Aprojekt”}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

2 lutego 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 – przez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców, czego przejawem jest nierzetelna ocena ofert.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez odrzucenie oferty, której treść jest zgodna z SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

3

Sygn. akt KIO 142/16

3. Dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący następująco zrelacjonował okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

- 5 stycznia 2016 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mprojekt;
- 11 stycznia 2016 r. Zamawiający unieważnił powyższą czynność z powodu wątpliwości powziętych na skutek pisma wniesionego przez jednego z wykonawców;
- Mprojekt złożył wyjaśnienia i dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia i uzasadniające równoważność (w tym karty techniczne oferowanych urządzeń);
- 29 stycznia 2016 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej (wybierając ofertę Konsorcjum Aprojekt) i odrzucenia oferty Mprojekt – w uzasadnieniu wskazując, że jest ona niezgodna z postanowieniami SIWZ, gdyż oferowane kotły Brotje LogoBloc L 600C mają moc 600 kW każdy, a wskazane w dokumentacji kotły Viessmann Vitoplex 300 TX3A mają moc 620 kW.

Odnosnie opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący zrelacjonował, że:

- w rozdziale I pkt I – Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający określił moc kotłowni na 1790 kW;
- taką samą moc łączną kotłowni, jako wymaganą przez Zamawiającego, podano w opisie technicznym i obliczeniach do projektu wykonawczego kotłowni gazowo-olejowej na terenie Jednostki Wojskowej 2305 przy ul. Marsa 80 w Warszawie
- w rozdziale Obliczenia i dobór urządzeń autor powyższego opracowania określił moc kotłowni (łącznie z wliczoną 3% stratą energii na przesyle) na 1790 kW, a dobierając same kotły zaproponował kocioł Viessmann Vitoplex 300 TX3A o mocy 620 kW każdy.

Odwołujący zauważył, że dobrane przez projektanta kotły dają sumarycznie moc aż

1860 kW, a więc o 70 kW większą niż wynikająca z metodyki obliczeń i wymaganej mocy łącznej kotłowni. Zdaniem Odwołującego wybór kotła producenta Viessmann, z uwagi na moc dostępnych modeli, wymusił zastosowanie tego konkretnego modelu o mocy 620 kW, gdyż zastosowanie innych modeli tego producenta nie pozwalałoby na uzyskanie wymaganej sumarycznej mocy kotłowni.

Odwołujący podkreślił, że w żadnym z dokumentów nie jest wymagane, aby każdy z kotłów posiadał minimalną moc 620 kW. Według Odwołującego takie wymaganie stałoby w sprzeczności z poczynionymi obliczeniami zapotrzebowania na energię cieplną.

Odwołujący podniósł, że zaoferowane przez niego rozwiązanie, oparte na kotłach Brotje LogoBloc L 600C, o sumarycznej mocy (wydajności kotłów) $Q = 1800 \text{ kW}$, czyli o 10

4

Sygn. akt KIO 142/16

kW większej niż wymagana, jest zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, w tym z dokumentacją techniczną.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważył, że nie może ponosić negatywnych braku określenia przez Zamawiającego, choćby w sposób ogólny, wymagań dotyczących elementów dla niego istotnych pod względem oceny równoważności zaproponowanych produktów. Ocena ofert winna odbywać się wyłącznie w oparciu o dokumenty, parametry i kryteria wprost określone w dokumentacji postępowania, a odrzucenie oferty w oparciu o dokumenty inne niż podane w przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 pzp.

Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wynikającym m.in. z wyroków o sygn. akt KIO/UZP 984/09, KIO/UZP 585/09), a także w doktrynie stanowiskiem dla oceny równoważności produktów nie wystarczy samo użycie sformułowania „lub równoważny”, jak również określenie językowej wykładni pojęcia „równoważny”. Konieczne jest użycie sformułowań uściślających i podanie wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert. Bez doprecyzowania zakresu wymaganej równoważności zamawiający nie jest w stanie ocenić zaproponowanych zamienników pod kątem ich równoważności, dlatego konieczne jest określenie minimalnych wymagań technicznych w zakresie parametrów oferowanych wyrobów. Wskazanie dopiero w trakcie oceny ofert na pewne parametry równoważności, nieokreślone wprost w dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego, a wynikające jedynie pośrednio przez podanie konkretnych nazw producentów, nie może stanowić o nieodpowiedniości treści oferty z treścią SIWZ i skutkować odrzuceniem na tej podstawie oferty odwołującego. Skoro SIWZ 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 (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2844/13).

Odwołujący zacytował również następujący fragment uzasadnienia wyroku Izby z 26 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1710/09), który – jak zaznaczył – dotyczył sprawy, w której Izba stwierdziła, że w żadnym miejscu dokumentacji technicznej nie było wymagania zamontowania dwóch kotłów o minimalnej mocy 575 kW {cytat i podkreślenie za odwołaniem}: (...) *Jednocześnie Zamawiający winien mieć na uwadze przepis art. 29 ust. 1 p.z.p. stanowiący, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (definicja pozytywna). Przepisy dwóch następnych ustępów zawierają definicję negatywną. Przepis*

5

Sygn. akt KIO 142/16

ust.2 stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zaś przepis ust. 3 stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Wymóg wynikający z ust. 3, podobnie jak inne, ma

charakter bezwzględny, powodujący negatywne skutki dla oceny czynności zamawiającego, w razie nie zastosowania się do tego wymogu. Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w SIWZ. 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.

W kontekście wymagań wynikających z art. 29 pzp dla Odwołującego oczywistym jest, że aby wykonawca mógł być precyzyjny i profesjonalny, musi oprzeć się na kompletnych, jednoznacznych i spójnych danych dostarczonych przez zamawiającego. W przeciwnym razie zamawiający nie może obciążać wykonawcy niespójnościami SIWZ, gdyż winien dołożyć należytej staranności, aby opis przedmiotu był jednoznaczny i nie pozostawiał wątpliwości co do konieczności zastosowania danych urzędów.

Odwołujący ocenił, że w zaistniałej sytuacji Zamawiający stara się przerzucić ciężar niespójności dokumentacji przetargowej pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia nakazującym zastosowanie kotłowni o mocy 1790 kW i obliczeniami zapotrzebowania budynku na energię ciepłą wskazującymi także na 1790 kW a podaniem przez projektanta mocy pojedynczego kotła, którą określono na 620 kW, co przy systemie trzech kotłów daje moc równą 1860 kW, a więc o 70 kW więcej niż moc wynikająca z obliczeń i oczekiwań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia.

W opinii Odwołującego wskazanie danego modelu konkretnego producenta kotła, chociaż przewyższa on zapotrzebowanie energetyczne budynku i kreuje nieuzasadnione koszty, jest wyłącznie przejawem lobby danego producenta, gdyż stoi w sprzeczności z obliczeniami wykonanymi wszakże przez ten sam zespół projektowy.

Odwołujący podsumował, że w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym jego oferta spełnia wymagania SIWZ i nie podlega odrzuceniu a pod względem technicznym i technologicznym zapewnia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją techniczną, jak również otrzymanie parametrów energetycznych zgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił, że odrzucenie jego oferty prowadzi również do niezachowania

Sygn. akt KIO 142/16

zasady równego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający dokonał oceny dokumentów w oderwaniu od przepisów prawa i treści SIWZ.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 3 lutego 2016 r. kopii odwołania, 5 lutego 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A-Projekt sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, AMP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, KRON sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (czyli Konsorcjum Aprojekt) przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie, oświadczył jednak na posiedzeniu, że nie uznaje zarzutów odwołania

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Również na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały złożone wnioski o odrzucenie odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o

oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

7

Sygn. akt KIO 142/16

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący, kwestionując odrzucenie swojej oferty, wykazał że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia odwołania:

Odnosnie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W rozdziale I – Opis przedmiotu zamówienia znalazły się następujące postanowienia.

W pkt I po wskazaniu, że *przedmiotem zamówienia publicznego jest budowa budynku kotłowni ze stacją transformatorową i infrastrukturą towarzyszącą oraz budowa stacji gazowej wraz z instalacjami do kotłowni w JW-2305 w Warszawie*, jako trzeci (po powierzchni użytkowej i kubaturze) element ogólnych danych technicznych obiektu wskazano moc kotłowni 1790 kW.

W pkt II charakteryzującym roboty stanowiące przedmiot zamówienia, w wypunktowaniu wskazującym co obejmuje zakres robót, w pierwszej kolejności podano, że jest to budowa kotłowni olejowo-gazowej o mocy 1790 kW na potrzeby centralnego ogrzewania, wentylacji i ciepłej wody.

Pod wypunktowaniem pogrubiono zastrzeżenie, że przedmiot zamówienia {należy} wykonać zgodnie z dokumentacją projektową (wg wykazu poniżej), specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych przedmiotami robót oraz warunkami gwarancji.

W pkt tym znalazła się również następująca klauzula (jako uwaga opatrzona wykrzyknikiem):

Wykonawca nie może użyć do realizacji zamówienia wyrobów budowlanych o gorszych parametrach technicznych i jakościowych niż te, wskazane w specyfikacji technicznej warunków wykonania i odbioru robót lub w dokumentacji technicznej. Nazwy, symbole i znaki firmowe producentów, dane techniczne i opisy technologii zostały podane jedynie w celu jak najdokładniejszego określenia elementów, urządzeń i materiałów, które mogą być użyte do

8

Sygn. akt KIO 142/16

realizacji przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że wykonawca nie będzie zobowiązany do zastosowania konkretnych wyrobów i że może on stosować inne, pod warunkiem ich zgodności z wyrobami podanymi w dokumentacji pod względem:

- 1) Gabarytów i konstrukcji (wielkość, rodzaj, i liczba elementów składowych)*
- 2) Charakteru użytkowego (tożsamość funkcji)*
- 3) Charakterystyki materiałowej (rodzaj i jakość tworzywa)*
- 4) Parametrów technicznych (np. wytrzymałość, trwałość, konstrukcja, itp.)*
- 5) Wyglądu (struktura, faktura, barwa)*

Przyjęte w przedmiarze oraz dokumentacji technicznej nazwy handlowe mają na celu wskazanie standardów jakościowych i nie są nakazem ich stosowania.

W pkt III, zawierającym wykaz dokumentacji technicznej dla realizacji zamówienia, wyszczególniono m.in. projekt budowlany – część architektoniczno-budowlana – tom II {w pkt 2} oraz projekt wykonawczy instalacji gazowej doziemnej i wewnętrznej {w pkt 11}.

Według spisu załączników do s.i.w.z. dokumentacja projektowa w zakresie projektów budowlanych stanowi załącznik 11.1, a w zakresie projektów wykonawczych – załącznik nr 11.2.

Projekt budowlany tom II – projekt architektoniczno-budowlany w części dotyczącej branży technologicznej {str. od 86 do 105} oraz projekt wykonawczy technologii kotłowni olejowo-gazowej {str. od 1 do 16} zawierają tożsame postanowienia, które zostały pogrupowane w dwa ciągi punktów od 1.0 do 11.0, z których drugi według nagłówka ma dotyczyć obliczeń i doboru urządzeń.

W pkt 4.0 Dane ogólne, jak i w pkt 1.0 Zapotrzebowanie ciepła, wskazano, że:

(...)

Wydajność kotłowni z uwzględnieniem średniego zapotrzebowania na ciepłą wodę

(przewiduje się priorytet przygotowania ciepłej wody) $Q_{kot} = 1566,5 + 128 = 1694,5 \text{ kW}$

Po uwzględnieniu 3% straty energii cieplnej na przesyle moc kotłowni wynosi $Q_{kot} = 1694,5 \times 1,03 = 1745,3 \text{ kW}$ – przyjęto 1750 kW.

(...)

W pkt 5.0 Technologia kotłowni:

5.1 Kotły gazowo – olejowe – np. firmy VIESSMANN typu Vitoplex 300 TX3A szt. 3 o mocy 620 kW każdy. Projektowane kotły wyposażone w regulatory Vitotronic 100 typ GC1B do pracy pogodowej. Dodatkowo kocioł wiodący wyposażony będzie w regulator Vitotronic 300-K typ MW1B umożliwiający kaskadową pracę kotłów.

W pkt 2.0 Dobór urządzeń grzewczych:

Sygn. akt KIO 142/16

2.1 Dobór kotłów

Niezbędna wydajność kotłów olejowych $Q = 1790 \text{ kW}$

Dobrano 3 kotły olejowe np. firmy Viessmann typu Vitoplex 300 TX3A o następującej charakterystyce:

** 0 wydajność cieplna - 620 kW*

** 1 ciężar - 1800 kg*

** 2 pojemność wodna - 965 l*

** temperatura spalin - 175 °C*

** 3 króćce zasilania i powrotu - Dn100*

** 4 dopuszczalna temp. Zasilania - 110 °C*

** 5 dopuszczalne nadciśnienie - 6 bar*

** 6 sprawność - 90%*

Wymiary kotła:

** 7 szerokość - 1460 mm*

** 8 wysokość całkowita - 1600 mm*

** 9 długość całkowita - 2320 mm*

** 10 przyłącze spalin- $\varnothing$ 300 mm*

Wymiary fundamentu

- długość - 1900mm

- szerokość – 1200mm

Każdy kocioł wyposażać w palnik firmy olejowo-gazowy f-my Reillo.

Projektowane kotły wyposażone będą w konsole sterownicze typu Vitotronic 100 Do sterowania dwoma kotłami w systemie kaskadowym projektuje się konsolę sterowniczą Vitotronic 300-K w którą należy wyposażać kocioł wiodący.

Wraz z kotłami należy zamówić zestaw dźwiękochłonnych stóp regulacyjnych oraz obudowy dźwiękochłonne palników.

W ppkt 4 pkt 4 rozdziału VII określono, że oprócz dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wykonawca do oferty powinien załączyć oświadczenie dotyczące zastosowania urządzeń/materiałów równoważnych do wykazanych w dokumentacji projektowej (według wzoru z załącznika nr 15 do SIWZ).

Na druku tym zamieszczono uwagę, że w przypadku zastosowania innych urządzeń niż przewidziane w projekcie budowlanym – należy załączyć karty katalogowe tych urządzeń zawierające ich dane techniczne (parametry).

10

Sygn. akt KIO 142/16

Odnosnie treści oferty Mprojekt i czynności związanych z jej badaniem.

Mprojekt złożył oświadczenie na powyższym wzorze, w szczególności dopisując pod oświadczeniem, że zastosuje materiały lub/i urządzenia zgodne z dokumentacją projektową oprócz proponowanych materiałów lub urządzeń zamiennych (materiały / urządzenia), że zmienia kocioł Viessmann Vitoplex 300 TX3A na Brotje LogoBloc L 600 C (pozostałe zmiany dotyczyły ogrzewacza i agregatu prądotwórczego) {str. 63 oferty}.

Załączono również deklarację zgodności i dane techniczne producenta dla zamiennego kotła {str. 71- 73 oferty}.

Pismem z 7 stycznia 2016 r. Konsorcjum Aprojekt złożyło w trybie art. 181 ust. 1 pzp wniosek o odrzucenie oferty Mprojekt na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W jego uzasadnieniu przytoczyło brzmienie zamieszczonej w rozdziale I pkt II klauzuli (podkreślając dodatkowo całe wypunktowanie), a następnie stwierdziło, że zastosowane przez Mprojekt kotły mają mniejszą moc niż nakazywał projekt, tj. 600 kW zamiast 620 kW.

Pismem z 11 stycznia 2016 r. Zamawiający zawiadomił Mprojekt, że w związku z powyższym pismem, działając na podstawie art. 30 ust. 5 pzp zwraca się z prośbą o wskazanie, czy zaproponowane w ofercie urządzenia zamienne (w tym kocioł) są równoważne z urządzeniami opisanymi w dokumentacji postępowania. Zamawiający dodał, że prosi o porównanie parametrów technicznych zaproponowanych urządzeń i udowodnienie mu, że zaproponowane urządzenia zamienne *spełniają wymóg równoważności, a tym samym spełniają wymagania określone przez Inwestora*.

W piśmie z 15 stycznia 2016 r. Mprojekt przedstawił stanowisko i argumentację w większości analogiczną, jak w późniejszym odwołaniu.

Dodatkowo zauważono, że:

- wraz z ofertą załączył karty techniczne produktów równoważnych, czym w sposób wystarczający wypełnił wymóg dotyczący udowodnienia równoważności proponowanych produktów i urządzeń, umożliwiając Zamawiającemu odniesienie się do ich treści;
- Zamawiający nie miał do tych dokumentów wątpliwości, co skutkowało wyborem oferty Mprojekt jako najkorzystniejszej.

Ponadto w odpowiedzi na wezwanie zdecydowano się na sporządzenie tabeli porównawczej odnoszącej się do parametrów i charakterystyki urządzeń przykładowych wskazanych w dokumentacji technicznej w porównaniu do zaproponowanych urządzeń

11

Sygn. akt KIO 142/16

zamiennych. Zdaniem Mprojekt potwierdza ona, że te ostatnie są równoważne dla urządzeń referencyjnych wskazanych w dokumentacji i spełniają wymogi określone zarówno w SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), jak i w dokumentacji technicznej.

Do pisma załączono tabelę pn. *Zestawienie porównawcze urządzeń w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia*, która w odniesieniu do kotłów zestawiała następujące parametry (dla których wpisano dla kotłów zamiennych wszędzie potwierdzenie „Tak”):

- niezbędna wydajność kotłowni po uwzględnieniu 3% straty energii cieplnej $Q=1790$ kW;
- wyposażenie kotła w konsolę sterowniczą;
- zestaw dźwiękochłonnych stóp regulacyjnych;
- paliwo – gaz ziemny wysokometanowy,
- automatyka zapewniająca automatyczne funkcjonowanie kotłowni w zależności od zmian temperatury zewnętrznej;
- sprawność kotła powyżej 92%.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Mprojekt:

- uzasadnienie prawne sprowadza się do wskazania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- uzasadnienie faktyczne polega na tym, że po zacytowaniu zamieszczonej w rozdziale I pkt II klauzuli, stwierdzono co następuje: *Komisja przetargowa podczas ponownego badania i oceny Państwa oferty stwierdziła, iż załączyliście Oświadczenie dotyczące urządzeń i materiałów równoważnych, z którego wynika, że kotły – Viessmann Vitoplex 300 TX3A (o mocy 620 KW) zostały zamienione na kotły o mniejszych parametrach – Brojte LogoBloc L 600 C (o mocy 600 KW), co jest niezgodne z SIWZ Zamawiającego. Zamawiający zwrócił się do Oferenta o wyjaśnienie powyższego, jednakże po nadesłanych w odpowiedzi – pismach, komisja przetargowa nie uznała za zasadne przedstawione argumenty.*

Reasumując najistotniejsze dla sprawy okoliczności:

- przedmiot zamówienia obejmuje budowę kotłowni olejowo-gazowej o wymaganej mocy 1790 kW, co przekłada się wprost na określenie na takim poziomie niezbędnej łącznej wydajności kotłów olejowych, przy czym założono zastosowanie w tym celu 3 jednakowych kotłów olejowych;
- wskazanie w dokumentacji technicznej znaków towarowych, patentów lub pochodzenia urządzeń nie oznaczało nakazu ich stosowania, a miało służyć jak najdokładniejszemu ich opisaniu, w tym wskazaniu oczekiwanego standardu jakościowego;
- w dokumentacji projektowej przykładowo wskazano na kocioł producenta Viessmann

12

Sygn. akt KIO 142/16

model Vitoplex 300 TX3A o mocy 620 kW, czyli model kotła wystarczający dla osiągnięcia zakładanej mocy kotłowni (model Vitoplex 300 TX3A o mocy 500 kW byłby niewystarczający dla jej osiągnięcia);

- poza zamieszczeniem generalnej klauzuli odnośnie oczekiwanej zgodności wyrobów (elementów, urządzeń i materiałów) proponowanych przez wykonawcę z wyrobami wskazanymi z pochodzenia w dokumentacji pod względem 5 wyszczególnionych kryteriów, w odniesieniu do konkretnych urządzeń nie sprecyzowano sposobu oceny równoważności, czyli w jakim przypadku zostanie uznana zgodność gabarytów i konstrukcji (wielkości, rodzaju i liczby elementów składowych), charakteru użytkowego (tożsamość funkcji), charakterystyki materiałowej (rodzaju i jakości tworzywa), parametrów technicznych (np. wytrzymałości, trwałości, konstrukcji itp.), wyglądu (struktury, faktury, barwy);
- jedynym obowiązkiem wykonawcy proponującego zastosowanie materiałów lub urządzeń zamiennych było złożenie w tym zakresie oświadczenie wyszczególniającego te materiały lub urządzenia, a dla urządzeń dodatkowo załączenie kart katalogowych zawierających ich dane techniczne (przy czym zakres oczekiwanych danych technicznych nie został sprecyzowany);
- Mprojekt dopełnił tego obowiązku, w tym dla wskazanego przez siebie kotła zamiennego, którego zastosowanie w liczbie 3 szt. umożliwiło osiągnięcie wymaganej w dokumentacji projektowej łącznej wydajności na poziomie 1790 kW;
- w skierowanym do Mprojekt wezwaniu do wykazania równoważności m.in. wskazanego w oświadczeniu zawartym w ofercie kotła zamiennego w stosunku do kotła przykładowo wskazanego w dokumentacji projektowej również nie sprecyzowano jakich parametrów oczekuje się porównania;
- w uzasadnieniu odrzucenia nie sprecyzowano z jakim konkretnie postanowieniem s.i.w.z. niezgodne jest zaoferowanie kotła zamiennego o mocy 600 kW zamiast przykładowo wskazanego z pochodzenia kotła o mocy 620 kW, ograniczając się do *de facto* do konstatacji, że moc tego pierwszego jest mniejsza niż moc drugiego;
- w uzasadnieniu odrzucenia nie wskazano żadnych innych parametrów kotła zamiennego, które miałyby być mniejsze niż parametry kotła przykładowego z charakterystyki zamieszczonej w dokumentacji projektowej;
- w uzasadnieniu odrzucenia nie sprecyzowano również z jakiego powodu udzielone przez Mprojekt wyjaśnienia odnośnie równoważności kotłów nie zostały uznane za zasadne.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła,

Sygn. akt KIO 142/16

że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ponieważ Zamawiający na rozprawie usiłował wykroczyć poza zakres podstaw faktycznych odrzucenia oferty, które uprzednio sprecyzował w zawiadomieniu przekazanemu Odwołującemu, w pierwszej kolejności konieczne stało się przypomnienie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale (przede wszystkim) jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}.

Ponieważ w tej sprawie odwołanie dotyczyło odrzucenia oferty Odwołującego, oczywiste jest, że zarzuty nie mogły wykroczyć poza czynność Zamawiającego w takim kształcie, w jakimi została przez niego dokonana, czyli wyznaczonym przez podaną dla niej podstawę prawną oraz – co szczególnie istotne – podstawę faktyczną. W rezultacie Zamawiający nie mógł skutecznie powoływać się na inne powody odrzucenia oferty niż fakt wskazania w ofercie kotła zamiennego o niższej mocy niż kocioł przykładowo wskazany w dokumentacji projektowej.

Przyjęcie do rozpoznania dodatkowych lub odmiennie sprecyzowanych podstaw faktycznych odrzucenia oznaczałoby nie tylko wykroczenie poza kognicję Izby wynikającą z art. 192 ust. 7 pzp, ale również *de facto* pozbawiałoby Odwołującego możliwości skutecznego ich zakwestionowania. Z art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający ma obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla odrzucenia oferty wykonawcy. Z kolei na mocy art. 180 pzp wykonawca, który nie zgadza się z taką czynnością zamawiającego, ma prawo się od niej odwołać w stosownym terminie, o którym mowa w art. 182 pzp. Wykonawca nie może zatem zostać zmuszony do wdania się *ad hoc* w spór się w zakresie podstaw faktycznych, o których nie został uprzednio poinformowany, i z pominięciem przysługujących mu terminów na wniesienie w tym zakresie odwołania.

Z uwagi na powyższe nie uwzględniono również zgłoszonego na rozprawie przez Zamawiającego wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu ze sporządzonej 13 lutego 2016 r. na zlecenie TYTAN Systemy Bezpieczeństwa sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku „Analizy równoważności urządzeń grzewczych oraz wyposażenia w odniesieniu do warunków projektu kotłowni olejowo-gazowej w JW. 2305”, czyli opinii prywatnej sporządzonej przez ARL M. A.M. z Krakowa. Złożony dokument porównuje kotły

Sygn. akt KIO 142/16

pod względem symulowanych obliczeń zużycia gazu ziemnego wysokometanowego, co nie tylko nie tylko wykracza poza podstawę faktyczną wskazaną w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, ale również poza dokumentację projektową, która nie zawiera żadnych obliczeń i nie formułuje wprost żadnych wymagań odnośnie kosztów eksploatacji kotłowni o wymaganej mocy 1790 kW.

Na marginesie należy zauważyć, że jeżeli dla Zamawiającego było to istotne, powinien rozważyć wprowadzenie kosztów eksploatacji jako kryterium oceny ofert, zgodnie z art. 91 ust. 2 pzp.

Przechodząc do rozstrzygnięcia zarzutu zawartego w odwołaniu, w pierwszej kolejności należy rozważyć znaczenie normy art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne {niż oczywiście pisarskie i rachunkowe} omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Zaznaczyć należy, że w tej sprawie owo zastrzeżenie nie ma znaczenia, gdyż sporna niezgodność nie stanowi wyniku omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaofferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności.

Natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane

15

Sygn. akt KIO 142/16

świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Samo nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Z kolei zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Na podstawie przywołanego przepisu zamawiający jest uprawniony do żądania wyjaśnień jeżeli ma wątpliwości co do treści oferty, których nie jest w stanie samodzielnie rozwiązać.

Z poczynionych powyżej ustaleń faktycznych wynika, że wydajność cieplna danego modelu kotła, który z założenia ma być zastosowany w liczbie 3 szt., nie może być rozpatrywana w oderwaniu od jednoznacznie sformułowanego jako niezbędne wymagania,

16

aby łączna wydajność kotłów olejowych, a w konsekwencji wydajność kotłowni – wynosiła 1790 kW. Skoro niesporne jest – jak się okazało na rozprawie – że zastosowanie kotłów zamiennych wskazanych w ofercie Mprojekt spełnia powyższe wymaganie, nie ma znaczenia, że ten typ kotła ma moc mniejszą o 20 kW niż typ kotła przykładowo wskazanego w dokumentacji projektowej. Nie było zatem podstaw, aby z powodu tej różnicy uznać ofertę Mprojekt za niezgodną z treścią opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia nie jest dostawa 3 szt. kotłów olejowych mocy minimalnej 620 kW, a wybudowanie kotłowni olejowo-gazowej o wymaganej mocy 1790 kW, co umożliwia również zastosowanie kotłów o mocy 600 kW. Nie zostało przy tym zaprzeczone twierdzenie Odwołującego, które znajduje oparcie w powszechnie dostępnych materiałach, że wskazanie przykładowe na Vitoplex 300 typu TX3A producenta Viessman wymagało dobrania kotła o mocy 620 kW, gdyż nie ma w tym typoszeregu urządzenia o mniejszej mocy, które pozwoliłoby zapewnić wymaganą moc kotłowni.

Za nietrafną należy również uznać argumentację Zamawiającego na rozprawie, jakoby wniesione odwołanie stanowiło przejaw spóźnionego (z uwagi na upływ terminu na wniesienie środka ochrony prawnej) czy niedopuszczalnego (z uwagi na ograniczony na mocy art. 180 ust. 2 pzp katalog czynności zamawiającego podlegających odwołaniu) kwestionowania opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący przedstawił racjonalną interpretację opisu przedmiotu zamówienia odnośnie parametru zakwestionowanego w jego ofercie przez Zamawiającego. Niezależnie od tego podniósł, że ewentualna niespójność opisu przedmiotu zamówienia zachodząca pomiędzy wymaganiem łącznej mocy kotłowni na poziomie 1790 kW a jednoczesnym wskazaniem na moc pojedynczego kotła na poziomie 620 kW, nie może powodować dla niego niekorzystnych skutków. Istotnie w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych, zarówno Izby, jak i sądów okręgowych, również na tle stanów faktycznych dotyczących niespójności opisu przedmiotu zamówienia, wyprowadzana jest zasada, że nie może to powodować niekorzystnych skutków dla wykonawcy, który w dobrej wierze racjonalnie zinterpretował wymagania zamawiającego. Skład orzekający Izby podziela w tym zakresie stanowisko Izby zaprezentowane w przywołanym adekwatnie w odwołaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2844/13), w którym powołano również wcześniejsze orzeczenia Izby. W tym kontekście opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia przez odwołanie się do konkretnego urządzenia, z jednej strony wskazywanego jako przykładowy, a z drugiej – jako punkt odniesienia do oceny równoważności urządzenia zamiennego, w odniesieniu do mocy pojedynczego kotła może być poczytane za niejednoznaczność opisu przedmiotu

zamówienia, która nie powinna powodować niekorzystnych skutków dla Odwołującego. Zdaniem Izby adekwatnie został w odwołaniu przywołany również wyrok Izby z 26 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1710/09), który zapadł w zbliżonych okolicznościach faktycznych, w tym co do opisu przedmiotu zamówienia.

Dodać należy, że przebieg postępowania potwierdza, że Zamawiający nie wie, jak ma oceniać równoważność zgłoszonych przez wykonawców urządzeń zamiennych, pomimo zażądania w tym zakresie dodatkowych dokumentów w postaci kart katalogowych. W szczególności chybione jest powołanie się przy powtórzonych czynnościach w wezwaniu skierowanym do Mprojekt na art. 30 ust. 5 pzp, zgodnie z którym 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. Przepis ten nie może być odczytywany w oderwaniu od ustępu poprzedzającego, z którego wynika, że opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Oznacza to, że wykonawca o tyle może zaproponować produkty nieposiadające certyfikatu zgodności z normą, aprobatą czy specyfikacją techniczną zastosowaną przez zamawiającego, o ile spełniają one wymagania będące przedmiotem oceny tej zgodności. Dowodem na tak rozumianą równoważność

oferowanych produktów może być np. świadectwo jakości, certyfikat potwierdzający zgodność wyrobu z inną, co najmniej równoważną normą itd.

Zasadę opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą konkretnych systemów odniesienia, dopuszczanie w tym zakresie rozwiązań równoważnych i związany z tym obowiązek dowodowy wykonawcy powołującego się na takie rozwiązania, o czym mowa w art. 30 pzp, należy odróżnić od regulacji wynikającej z art. 29 ust. 3 pzp. Ten ostatni przepis na zasadzie wyjątku dopuszcza opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych patentów lub pochodzenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładanych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Stąd w orzecznictwie Izby przyjęło się stanowisko, że w takim przypadku obowiązkiem zamawiającego jest opisanie, w jaki sposób będzie oceniał taką równoważność, gdyż wiadome jest, że produkt równoważny nie będzie identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale ma posiadać pewne zbliżone do niego cechy i parametry, które winien wskazać zamawiający. Z kolei wymaganie tożsamości i identyczności z produktem o wskazanym pochodzeniu oznaczałoby, że dopuszczenie produktu

18

Sygn. akt KIO 142/16

równoważnego ma charakter pozorny, a taki opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, co stanowiłoby naruszenie art. 29 ust. 3 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

19