

Sygn. akt: KIO 117/17

WYROK

z dnia 30 stycznia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Jankowska

Sylwia

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2017 r. przez wykonawcę SANITO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina i Miasto Koziegłowy z siedzibą Koziegłowy przy udziale wykonawcy Energia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

1. Oddala odwołanie.

orzeka:

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SANITO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SANITO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy SANITO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Energia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 117/17

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina i Miasto Koziegłowy - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Montaż instalacji służących do produkcji energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych na budynkach mieszkalnych na terenie Gminy i Miasta Koziegłowy*”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 listopada 2016 roku pod numerem ogłoszenia 335127.

16 stycznia 2017 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 1 i art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący – SANITO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Energia) pomimo, że nie jest ofertą najkorzystniejszą,

- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż zaoferował on rozwiązanie równoważne odpowiadające wymaganiom Zamawiającego,

Ewentualnie

naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie potwierdzenia równoważności oferowanego rozwiązania.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności wyboru i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonanie

wy boru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy w celu potwierdzenia równoważności proponowanej izolacji termicznej.

Odwołujący wskazał, że ma interes do wniesienia odwołania, bowiem w interesie każdego wykonawcy jest, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone zgodnie z przepisami obowiązującego prawa. Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ czynności Zamawiającego doprowadziły do błędnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energia. Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem oferowane przez niego rozwiązanie odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ oraz PFU. Zatem gdyby nie czynność Zamawiającego, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, ponieważ warunki zawarte w jego ofercie są korzystniejsze od warunków zaproponowanych przez wykonawcę Energia. Odwołujący wskazał, że posiada zatem interes prawny we wniesieniu przedmiotowego odwołania. W przypadku oddalenia przedmiotowego odwołania, Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

Odwołujący wskazał, że wziął udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Montaż instalacji służących do produkcji energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych na budynkach mieszkalnych na terenie Gminy i Miasta Koziegłowy” (znak postępowania: GK.271.06.2016) w zakresie części 1 i 2. Zamawiający szczegółowo opisał przedmiot zamówienia w Programie funkcjonalno — użytkowym (Rozdział III pkt 2 STWZ).

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 2.4) Programu Funkcjonalno - Użytkowego str. 23 (dalej: PFU) wśród wymagań dotyczących instalacji Zamawiający wymienił zapewnienie przez wykonawcę izolacji termicznych dla wszystkich rodzajów instalacji rurowych.

Następnie w „Wymaganiach dla kolektorów słonecznych” Zamawiający wskazał, że przewody instalacji solarnej należy zaprojektować i wykonać „w każdym przypadku w izolacji o grubości min. 13 mm o odporności termicznej o dopuszczalnym zakresie temperatur od - 60°C do +230°C”.

Jednocześnie na stronie 25 PFU Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne stwierdzając: „Wykonawca zobowiązany jest do użycia materiałów przewidzianych w uzgodnionym projekcie, a w razie konieczności użycia materiałów równorzędnych, co uzgodni z Zamawiającym / Inspektorem nadzoru. W każdym przypadku Wykonawca zobowiązany dołożenia wszelkich starań, aby zastosowane materiały i urządzenia były jak najwyższej określone przez ich producentów okresy gwarancyjne jak najdłuższe”.

Ponadto, na tej samej stronie Zamawiający wskazał, iż: „Jeśli dokumentacja projektowa przewiduje możliwość wariantowego zastosowania rodzaju materiału w wykonywanych robotach, Wykonawca powiadomi Inspektora Nadzoru o użyciu tego materiału z uwagi na wykonanie ewentualnych badań wymaganych przez Inspektora Nadzoru”.

Na stronie 20 PFU, w pkt 2.4) PFU określając wymagania dla instalacji, Zamawiający oświadczył, że: „Zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania odstępstw od specyfikacji z zastrzeżeniem, że zachowane muszą być wielkości łącznej mocy zainstalowanej oraz przewidywana ilość zaoszczędzonej energii pierwotnej”.

Odwołujący wskazał, że w toku postępowania pojawiły się wątpliwości dotyczące wymagań Zamawiającego w zakresie izolacji termicznej. Kilku wykonawców składało zapytania do treści SIWZ sygnalizując Zamawiającemu problem związany ze spełnieniem wymagania co do grubości izolacji w połączeniu z dopuszczalną temperaturą.

Na pytanie nr 186 o treści: „Czy Zamawiający dopuści do zastosowania izolację na przewodach solarnych o grubości mniejszej niż 13 mm (dopuszczalna temperatura -60 do +220°C)?” Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Nie”.

Odwołujący argumentował, że odpowiedź Zamawiającego na powyższe pytanie jest wysoce niejednoznaczna. Nie wiadomo bowiem, czy: 1) Zamawiający nie wyraża zgody na izolację na przewodach solarnych o grubości mniejszej niż 13 mm, 2) Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wartości dopuszczalnej temperatury na -60 do +220°C, 3) Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę obydwu proponowanych parametrów.

Odwołujący złożył ofertę, proponując Zamawiającemu instalację rurową łączącą kolektory słoneczne z zasobnikiem z izolacją, której grubość wynosi 5 mm.

W związku z powyższym, Zamawiający w dniu 11 stycznia 2016r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z czynnością Zamawiającego, wskazał: po pierwsze, Zamawiający wyraźnie w PFU dopuścił zastosowanie rozwiązań równoważnych, co dało wyraz w treści SIWZ (Rozdział III pkt 3):

„Zamawiający dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych równoważnych materiałów i urządzeń niż podane w programie funkcjonalno użytkowym pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w tym programie. Jeżeli w opisie przedmiotu Zamówienia znajduje się jakikolwiek znak towarowy, patent czy pochodzenie nalepy przyjąć, że Zamawiający podał taki opis ze wskazaniem na typ o parametrach technicznych, właściwościach eksploatacyjnych i funkcjonalnych nie gorszych niż te podane pod pojęciem typu (art. 29 ust. 3 ustawy

Prawo zamówień publicznych). Nazwy urządzeń / materiałów podane w PFU podawane są jedynie tytułem przykładu w celu sprecyzowania opisanych parametrów technicznych i jakościowych zadania. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne, jest zobowiązany wykazać, że oferowany przez niego materiał urządzenie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego”.

Odwołujący wskazał, że zaoferował rozwiązanie równoważne, zgodnie z możliwością przewidzianą przez Zamawiającego, tj. zaproponował izolację termiczną wykonaną z materiału aerożelowego Bisolar.

Co istotne w ocenie Odwołującego przedstawił on również dowód oraz złożył oświadczenie Zamawiającemu wykazując, że oferowany przez niego materiał spełnia wymagania Zamawiającego i tym samym jest dopuszczalnym rozwiązaniem równoważnym. Działanie Odwołującego odpowiadało zatem dyspozycji art. 30 ust. 5 ustawy, zgodnie z którą :

„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”.

Z złożonej Zamawiającemu karty technicznej rur Bisolar wynika, że zakres temperatur izolacji z materiału aerożelowego obejmuje od -200°C do +220°C, a w dołączonych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał na takie czynniki jak: średnica wewnętrzna, zewnętrzna i podziałowa ruty oraz minimalna grubość izolacji, normowa wartość wsp. przewodnictwa ciepła izolacji przy 0 st.C i średnica ruty wraz z izolacją. Po porównaniu wszystkich wyżej wymienionych czynników dla izolacji aerożelowej w rurach Bipolar oraz izolacji PES, tj. włókniny poliestrowej o grubości minimalnej 13 mm, Odwołujący wskazał na wyższy współczynnik oporu izolacji rury po stronie proponowanej w ofercie izolacji z aerożelu (stosunek 4,07024 do 3,42241).

Odwołujący dodał, że Zamawiający opisał warunek równoważności w zakresie dopuszczalnych temperatur przewidzianych dla izolacji w odpowiedzi na pytanie nr 1, wskazując: „Parametry temperaturowe izolacji muszą być co najmniej jak temp. glikolu wychodzącego z kolektora w maksymalnych parametrach jego pracy wynikających z jego dokumentacji technicznej tj. kart technicznych materiałowych producenta”.

W oświadczeniu Odwołującego potwierdzającego spełnienie parametrów przez rozwiązanie równoważne, Odwołujący wskazał, iż temperatura glikolu wychodzącego z kolektora w maksymalnych parametrach jego pracy wynosi 210,1°C, podczas gdy zakres prac y temperatur dla proponowanych izolacji wynosi maksymalnie +220 °C, co oznacza, że oferowana izolacja z materiału aerożelowego przekracza poziom wymaganej temperatury.

Odwołujący podkreślił, że na skutek udzielenia odpowiedzi na pytania do SIWZ, Zamawiający ma prawo dokonać modyfikacji SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że odpowiadając na pytanie nr 1 dotyczące możliwości rozwiązania równoważnego, Zamawiający wskazał na przyjętą metodę oceny prawidłowości zaoferowanego rozwiązania w zakresie izolacji termicznych rur, tj. przez odwołanie się do temperatury glikolu wychodzącego z kolektora w maksymalnych parametrach jego pracy.

Na tej zasadzie Odwołujący przyjął, iż oferowana przez niego izolacja termiczna rur odpowiada wymaganiom SIWZ, co wynika z dokumentacji technicznej oraz złożonego oświadczenia.

Odwołujący wykazał, że izolacja z materiału aerożelowego posiada lepsze właściwości

izolacyjne niż wymagane rozwiązanie przez Zamawiającego. Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne pod warunkiem zapewnienia zachowania „wielkości łącznej mocy zainstalowanej oraz przewidywanej ilości zaoszczędzonej energii pierwotnej” (jak wskazał w PFU). Nie ulega wątpliwości, że izolacja termiczna o wyższym współczynniku oporu izolacji, tak jak wykazał Odwołujący w swoim oświadczeniu, z pewnością zapewni wielkość mocy zainstalowanej oraz przewidywaną ilość zaoszczędzonej energii pierwotnej.

W związku z powyższym, ponieważ Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego, czynność odrzucenia oferty Odwołującego tylko z tego względu, iż zaoferował on izolację o innej grubości niż określona w SIWZ oraz PFU jest nieprawidłowa i niezgodna z obowiązującymi przepisami. Nawet jeśli Zamawiający miał wątpliwości do spełnienia przez Odwołującego parametrów równoważności, powinien był wystąpić o ponowne wyjaśnienia dotyczące proponowanego rozwiązania w zakresie izolacji termicznej. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 grudnia 2016r., KIO 2312/16 wskazała, że czynność odrzucenia oferty jednego z wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy była nieprawidłowa. W stanie faktycznym, wykonawca zaoferował rozwiązanie równoważne, coudokumentował. .. Zamawiający ... wezwał do częściowych wyjaśnień .. w zakresie potwierdzenia równoważności produktu, a następnie odrzucił ofertę ze względu na jej rzekomą niezgodność ze ofertą. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy i nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty: „Odwołujący na stronach 34 i 35 swojej oferty dokonał porównania pakietów w spornym zakresie, co w ocenie Izby stanowiło dowód wykazania rozwiązań i równoważnych opisywanym przez Zamawiającego. Powyższy dowód wymagał ewentualnie przeciwdowodu po stronie Zamawiającego, który jedynie zażądał wyjaśnień w trybie art.87 ust.1

ustawy Pzp odnoszących się do niektórych funkcjonalności, co do których w przeważającej części Zamawiający nie miał zastrzeżeń, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego. Wymaga również zauważenia, że Zamawiający w swojej informacji o wynikach przetargu podał informację, że zaoferowany pakiet nie zawiera oprogramowania do obsługi poczty, kalendarza i organizera osobistego, a także aplikacji do projektowania publikacji. Nie odniósł się jednak w tym zakresie do treści oferty ... ze strony .. 34, gdzie ...

Odwołujący zadeklarował rozwiązania równoważne: oprogramowanie Scribus - program do tworzenia materiałów marketingowych w ramach pakietu Libre Office PL Support zamiast programu Publisher; a dla programu pocztowego Outlook wskazał na szybkiego klienta poczty i grup dyskusyjnych - program Thunderbird, a dla kalendarza i zarządzania zadaniami - program Lightning. W ocenie Izby w powyższym zakresie Zamawiający nie prowadził żadnych wyjaśnień, które pozwoliłyby na obalenie dowodu równoważności wskazanego wyżej przez Odwołującego. Dodatkowo według zapatrywania Izby w kontekście stanowiska Zamawiającego wystąpienia sprzeczności treści oferty z treścią SIW'Z nie może być brana pod uwagę okoliczność zaoferowania pakietu ze szczególnie niską cenę, ani zaoferowania programu MS Office przez innych wykonawców. Z tych względów - w ocenie Izby - brak było podstaw prawnych do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp i podjęcia przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIW'Z."

Odwołujący podniósł, że z powyższego wyroku można wyprowadzić kilka ważnych wniosków dla przedmiotowej sprawy. Po pierwsze, porównanie parametrów i funkcjonalności rozwiązania równoważnego z opisanym przez Zamawiającego stanowi wystarczający dowód na potwierdzenie równoważności, a tym samym odpowiada dyspozycji wynikającej z art. 30 ust. 5 ustawy. Po drugie, jeżeli wykonawca udowodni, że jego rozwiązanie jest równoważne, Zamawiający, aby dokonać czynności odrzucenia takiej oferty wykonawcy, musi posiadać przeciwdowód na potwierdzenie braku występowania takiej równoważności. Po trzecie, w przypadku wątpliwości co do spełnienia wymagań przez rozwiązanie równoważne, Zamawiający powinien zastosować art. 87 ust. 1 ustawy. Ostatecznie, podjęcie czynności odrzucenia oferty zawierającej rozwiązanie równoważne bez przeciwdowodu ze strony Zamawiającego oraz bez wyjaśnienia wszystkich wątpliwości, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustaw.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie przedstawił żadnego dowodu, ani rzeczowego argumentu, przemawiającego za tym, aby uznać rozwiązanie równoważne oferowane przez Odwołującego za niezgodne z SIW'Z. Zamawiający nie pochylił się nad stanowiskiem Odwołującego, który wykazywał właściwości izolacji aerożelowej. Nie podjął również czynności mających na celu wyjaśnienie swoich wątpliwości. Z treści uzasadnienia wynika, że dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający kierował się tylko i jedynie parametrem grubości, nie zważając na dopuszczoną przez siebie możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych, zapewniających w finalnym rozwiązaniu dwa parametry: wielkość mocy zainstalowanej oraz przewidywaną ilość zaoszczędzonej energii pierwotnej.

Uwzględniając powyższe Odwołujący uznał, że czynność Zamawiającego dokonana została z naruszeniem przepisów i z tych względów wniósł jak na wstępie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej:

„Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 stycznia 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co o Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę Energia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Energia” lub „uczestnik postępowania odwoławczego”).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2017 roku pismo Odpowiedź na odwołanie, w którym Zamawiający oświadczył, że uwzględnił odwołanie w całości, uwzględnił wszystkie zarzuty i wniósł o umorzenie postępowania; pismo to podpisał Burmistrz Gminy i Miasta Koziegłowy.

W trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego zostało złożone do akt sprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego pismo z 26 stycznia 2017 roku – Pismo procesowe pełnomocnika Przystępującego do odwołania – w którym został zgłoszony sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania. Uczestnik postępowania odwoławczego na posiedzeniu podtrzymał oświadczenie w zakresie zgłoszonego sprzeciwu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane na rozprawie przez Odwołującego i przeprowadziła dowód z:

–(dowód nr 1) – *Opinia dotycząca zapisów dokumentacji przetargowej pod nazwą*

„Montaż instalacji służących do produkcji energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych na budynkach mieszkalnych na terenie Gminy i Miasta Koziegłowy” (5 kart) wykonana przez dr inż. M. C.,

–(dowód nr 2) *Analiza wymagań i procesu postępowania przetargowego dotycząca rur solarnych do transportu cieczy nisko krzepnącej będącej nośnikiem ciepła pomiędzy kolektorami słonecznymi, a podgrzewaczami c.w.u. (44 karty) wykonana przez dr inż. A. M. .*

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie oddaliła.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) w rozdziale III –

Opis przedmiotu zamówienia zawarł następujące uregulowanie w punkcie 3:

Zamawiający dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych równoważnych materiałów i urządzeń niż podane w programie funkcjonalno użytkowym pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w tym programie. Jeżeli w opisie przedmiotu Zamówienia znajduje się jakikolwiek znak towarowy, patent czy pochodzenie nalepy przyjąć, że Zamawiający podał taki opis ze wskazaniem na typ o parametrach technicznych, właściwościach eksploatacyjnych i funkcjonalnych nie gorszych niż te podane pod pojęciem typu (art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Nazwy urządzeń / materiałów podane w PFU podawane są jedynie tytułem przykładu w celu sprecyzowania opisanych parametrów technicznych i jakościowych zadania. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne, jest zobowiązany wykazać, że oferowany przez niego materiał urządzenie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

W punkcie 2:

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera: Program funkcjonalno użytkowy, który stanowi załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z punktem 1 rozdziału III SWZ – Zakres rzeczowy zadania dla wszystkich części obejmuje w szczególności:

1.1. *Wykonanie niezbędnej dokumentacji projektowej (...)*

1.2. *Wykonanie robót budowlano – instalacyjnych wg. Opracowanych dokumentacji projektowych (...)*

Zgodnie z Programem funkcjonalno – użytkowym (dalej: PFU) stanowiącym załącznik do SWIZ pkt II.1. *Wykonanie zadania nastąpi w ramach procedury „zaprojektuj i wybuduj”,*

Zgodnie z punktem 2 PFU – *Opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia w pkt 2.4 – Wymagania dotyczące instalacji* Zamawiający podał:

Przewody instalacji solarnej w obiegu glikolowym należy projektować i wykonywać z rur falistych karbowanych ze stali nierdzewnej do połączeń w systemach solarnych i grzewczych

– w każdym przypadku w izolacji grubości min.13 mm o odporności termicznej o dopuszczalnym zakresie temperatur od -60 do +230 °C oraz o odporności na promieniowanie UV, a w przypadku stosowania na zewnątrz również o dodatkowej odporności na uszkodzenia mechaniczne.

Dalej w tym samym punkcie (2.4 PFU) w części nazwanej - *Warunki przyjęcia na budowę materiałów do robót montażowych* Zamawiający między innymi wskazał:

Wykonawca zobowiązany jest do użycia materiałów przewidzianych w uzgodnionym projekcie, a w razie konieczności użycia materiałów równorzędnych, c o uzgodni z Zamawiającym / Inspektorem nadzoru. W każdym przypadku Wykonawca zobowiązany dołożenia wszelkich starań, aby zastosowane materiały i urządzenia były jak najwyższej

określone przez ich producentów okresy gwarancyjne jak najdłuższe. Wykonawca dostarczy na żądanie Zamawiającego faktury na zakup ważniejszych materiałów.

Dalej w części nazwanej przez Zamawiającego - *Wariantowe stosowanie materiałów* – określił Zamawiający: *Jeśli dokumentacja projektowa przewiduje możliwość wariantowego zastosowania rodzaju materiału w wykonywanych robotach, Wykonawca powiadomi Inspektora Nadzoru o użyciu tego materiału z uwagi na wykonanie ewentualnych badań wymaganych przez Inspektora Nadzoru.*

Zamawiający w odpowiedzi na pytania z dnia 24 listopada 2016 roku: Pytanie 1:

Zamawiający określił zakres temperatury dla izolacji orurowania obiegu solarnego -60st C do

+230st C oraz jednocześnie grub. izolacji min 13mm. W związku z informacjami od dostawców, że jest to wymóg niemożliwy do spełnienia jednocześnie, zwracamy się z prośbą o zmianę zapisów. Izolacje kauczukowe, EPDM, powszechnie stosowane w izolacjach rurociągów glikolowych posiadają zakres temperatur pracy od -50st C do +150st C, przy jednoczesnym zapewnieniu grubości min 13mm, co w zupełności zapewnia prawidłową pracę instalacji solarnej. Jednak stawianie wymagań, aby zakres temperatur był wyższy, do aż +230st C, wymusza zastosowanie innych materiałów izolacyjnych, niż wspomniane powyżej, w związku z tym często stosuje się różnego rodzaju aerozele itp. Taka technologia, pozwala na znaczne zmniejszenie grubości izolacji, przy jednoczesnym zapewnieniu bardzo niskiej przewodności cieplnej, w związku z tym w takich przypadkach nie ma mowy o izolacji grub. min 13mm, gdyż znacznie cieńsze warstwy izolacji zapewniają już prawidłową ochronę. Nadmienić przy tym należy, że takie technologie, choć dostępne, niosą za sobą często dwukrotnie wyższe koszty zakupu, co przy tak dużej ilości domków, znacznie zwiększa wartość całej inwestycji. Istotnym jest również fakt, że pozostałe elementy instalacji przystosowane są do znacznie niższych temperatur pracy, jak choćby naczynie przeponowe do 140st C. Przegrzania, które mogłyby doprowadzić do temperatury ponad 150st C w orurowaniu, znacznie wcześniej zniszczyłyby większość elementów instalacji, a więc należałoby uznać, że wymaganie, aby samo orurowanie zabezpieczone było do pracy ponad 150st C, jest bezzasadne i sztucznie ogranicza dostęp produktów dobrej jakości, które zapewnią prawidłową pracę. Również wymóg odporności temperaturowej izolacji do -60st C, w przypadku, gdy płyn solarny, temperaturę zamarzania ma na poziomie -35st C, jest wymogiem bezpodstawnym. W związku z powyższym, pomimo przekroczenia terminu składania pytań, prosimy o zmianę zakresu temperatur dla izolacji orurowania na zakres - 50st C do +150st C. Prosimy o pozytywne rozpatrzenie. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Parametry temperaturowe izolacji muszą być co najmniej jak temp. glikolu wychodzącego z kolektora w maksymalnych parametrach jego pracy wynikających z jego dokumentacji technicznej tj. kart technicznych materiałowych producenta.

Pytanie 186:

Czy Zamawiający dopuści do zastosowania izolację na przewodach solarnych o grubości mniejszej niż 13 mm (dopuszczalna temperatura -60 do +220°C)?

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Nie

Pismo z dnia 11 stycznia 2017 roku zawierające informację o podstawach odrzucenia oferty Odwołującego, skierowane do Odwołującego, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Oferta w części została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym strona 45 oferty.

Oferta odwołującego została odrzucona w zakresie części 1 i części 2 postępowania o udzielenie zamówienia, odwołanie odnosi się w zawartych w nim zarzutach zarówno do części 1 jak i do części 2.

Izba zważyła:

I.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej

przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

II.

Izba, działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

-art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

-art. 7 ust. 3 ustawy – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

-art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 .*

-art. 30 ust. 5 ustawy – *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.*

-art. 87 ust. 1 ustawy – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

III.

W rozpoznawanej sprawie oferta Odwołującego została odrzucona z postępowania

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, bowiem zaoferował on Zamawiającemu instalację rurową łączącą kolektory słoneczne z zasobnikiem z izolacją, której grubość wynosi 5 mm. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zaoferował rozwiązanie równoważne, co też uczynił zgodnie z możliwością przewidzianą przez Zamawiającego i zaproponował izolację termiczną wykonaną z materiału areożelowego Bisolar.

Izba wskazuje, że w zakresie rozpoznania tej sprawy w pierwszej kolejności należy dokonać oceny dopuszczalności zaoferowania rozwiązania równoważnego. Zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez Izbę Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne w SWIZ (rozdział III pkt 3 SWIZ). Wskazana przez Zamawiającego możliwość oferowania

rozwiązań równoważnych nie może być jednakże rozumiana jako możliwość zaoferowania Zamawiającemu rozwiązania innego, wprost sprzecznego z postanowieniami SWIZ. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w sposób jednoznaczny przesądził, że izolacja na przewodach solarnych, w każdym przypadku, ma mieć grubość minimum 13 mm. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W rozpoznawanej sprawie w sposób dokładny i jednoznaczny Zamawiający podał parametr grubości izolacji na przewodach solarnych. Izba podkreśla, że zgodnie z dotychczasowym orzecnictwem (przed nowelizacją prowadzoną ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw) na podstawie dotychczasowego brzmienia art. 29 ust.3 ustawy który zawierał wyjątek od ogólnej reguły odnoszącej się do jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia – Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia i brak możliwości opisanego za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, mógł tego dokonać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia z tym, że musiał dopuścić rozwiązanie „równoważne”. Obecnie odniesienie do konieczności dopuszczenia rozwiązania równoważnego zostało zawarte w art. 30 ust 4 ustawy.

Izba podkreśla, że niezależnie od zmian ustawowych pozostaje wciąż aktualna wypracowana w orzecnictwie KIO jak również sądów powszechnych zasada, że opis przedmiotu zamówienia ma być jasny i precyzyjny. Podkreślenia wymaga również, że dopuszczenie równoważności oferowanego przedmiotu zamówienia wymaga określenia, dokładnego określenia wymagań takiej równoważności.

Równoważność materiałów i urządzeń może być określona przez odniesienie do poszczególnych parametrów. W rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z gołą inną sytuacją - a mianowicie Odwołujący złożył ofertę, w której przyjął rozwiązanie, gdzie równoważności odnosi się do parametru, który to parametr został określony w sposób jednoznaczny przez Zamawiającego a jego wartość miała wynosić minimum 13 milimetrów, co zostało również potwierdzone w udzielonej odpowiedzi na zdane pytanie nr 186. Przywołana przez Odwołującego odpowiedź na pytanie nr 1 nie może natomiast być interpretowana przez Odwołującego w oderwaniu od treści pytania; jednocześnie należy zaznaczyć, że dotyczyła ona wartości temperatur określonych przez Zamawiającego. podkreślenia wymaga, że sam Odwołujący w trakcie rozprawy wskazał, że *Zamawiający nie określił materiału z jakiego mają być wykonane izolacje, nie określił, nie podał jakie dopuszcza straty ciepła oraz nie określił jakie efekty, rezultaty ekologiczne mają zostać*

osiągnięte. Natomiast, co nie ulega żadnej wątpliwości Zamawiający określił, że izolacja na przewodach solarnych, w każdym przypadku, ma mieć grubość minimum 13 mm co podtrzymał w odpowiedzi na pytanie. Argumentacja zawarta w dowodzie nr 2 na stronie 5 a odnosząca się do odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 186 w ocenie Izby również nie może znaleźć uzasadnienia. Pytanie: *Czy Zamawiający dopuści do zastosowania izolację na przewodach solarnych o grubości mniejszej niż 13 mm (dopuszczalna temperatura - 60 do +220°C)?* w ocenie Izby w sposób jednoznaczny odnosi się do grubości materiału izolacyjnego, który ma być mniejszy niż 13 milimetrów. Treść zawarta w nawiasie nie stanowi w swej istocie pytania lecz wskazanie parametru temperatury przy jakim doszłoby do zmniejszenia grubości izolacji. Dodatkowo pozostałe pytania i odpowiedzi jakie wskazał Odwołujący, a zawarte w tym samym piśmie od Zamawiającego, dotyczą właśnie parametrów temperatury, zgodnie z którymi, Zamawiający uściślił parametr temperatury wskazując, że parametry temperatury muszą być co najmniej jak temperatura glikolu wychodzącego z kolektora w maksymalnych parametrach jego pracy wynikających z jego dokumentacji technicznej. Słusznie wskazał w dowodzie nr 2 Odwołujący, że Zamawiający odpowiadając na pytania nr 1, 91 i 116 (tożsame odpowiedzi) nie odniósł się do grubości izolacji – nie zrobił tego, bowiem pytanie nie dotyczyło tego właśnie parametru.

W trakcie rozprawy Odwołujący wyjaśnił, że *parametrami określonymi w PFU przez Zamawiającego odnośnie izolacji była grubość izolacji i temperatura. Na pytanie czy były określone inne parametry np. straty ciepła wyjaśnia, że nie były określone w PFU (...).* Zamawiający nie wskazał dokumentacji jakie dopuszcza straty ciepła. Tym samym za niezasadną, oderwaną w zupełności od wymagań co do parametrów określonych w SIWZ w PFU należy uznać argumentację Odwołującego zawartą na stronie 5 dowodu nr 2 w zakresie pytania nr 186 (Komentarz do faktu nr 3). Zgodnie z tą argumentacją Odwołujący wskazał: *Według, w świetle powyższego, jako parametry doboru materiału równoważnego należy przyjąć zakres temperatury, który Zamawiający jednoznacznie określił w odpowiedzi na pytania nr 1, 91, oraz 116 oraz materiał zgodny z wymaganiami Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. 926/2013) dla którego opór cieplny obliczony zgodnie z PN-EN 13941+A1 będzie lepszy lub równy jak dla materiału izolacyjnego o grubości min 13 mm. Zasady przeliczenia równoważnych grubości izolacji podano również w przytoczonej w PFU normie PN-B- 02421:2000.* Odwołujący bowiem pomija określony przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania parametr dotyczący grubości materiału izolacyjnego, który jak sam Odwołujący wskazał, został przez Zamawiającego podany. W trakcie rozprawy Odwołujący odnosząc się do dowodu nr 1, wskazał na Tabele 1 (str.3) argumentował, że *w uwagach*

zostało wskazane, że w przypadku zastosowania materiału izolacyjnego o innym współczynniku przewodzenia ciepła niż podanym w tabeli należy skorygować grubość warstwy izolacyjnej. Jednakże w ocenie Izby Zamawiający określił parametr grubości warstwy izolacyjnej oraz uściślił w wyniku odpowiedzi parametr temperatury co pozwala na dobór materiału, tak aby był on zgodny z obowiązującymi przepisami. Izba nie kwestionuje argumentacji zwartej w dowodzie nr 1 na stronie 3, że ww. uwaga zawarta w tabeli, że *minimalne wymagania izolacyjności dotyczą nie tyle grubości izolacji, co jej oporu cieplnego*, jednakże Zamawiający inaczej określił swoje wymagania zawarte w dokumentacji postępowania. Izba wskazuje również na dowód nr 2 złożony przez Odwołującego, w którym (str. 6) w tabeli zwarte zostało porównanie trzech typów izolacji rur solarnych, w tym, co szczególnie zasługuje na zwrócenie uwagi dwa typy izolacji tj. włókna PES oraz drugi typ izolacji EPDM, których grubość materiału izolacyjnego wynosi 13 mm. Odwołujący w trakcie rozprawy potwierdził, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ, w PFU typu izolacji jakiego wymaga z nazwy, określił tylko jego grubość.

Odwołujący wskazał również na stronę 5 dowodu nr 1 podnosząc, że *materiał izolacyjny o lepszym współczynniku oporu cieplnego, ale o grubości mniejszej niż zakładana będzie materiałem równoważnym.* W ocenie Izby zdanie to jest kwintesencją całości problemu jaki stanowi podstawę rozpoznania tej sprawy, bowiem gdyby Zamawiający podał w SIWZ określony typ materiału jaki ma zostać użyty przez wykonawcę jednocześnie wskazując, że dopuszcza rozwiązanie równoważne a równoważność materiału izolacyjnego instalacji określiłby przez wskazanie, że

współczynnik oporu ciepła nie może być gorszy od tego jaki istnieje dla materiału izolacyjnego jaki wskazał Zamawiający, to cała przedstawiona argumentacja Odwołującego byłaby zasadna. Jednakże w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z zupełnie inną sytuacją, co nie pozwala uznać argumentacji Odwołującego za zasadną. W tej sprawie Zamawiający jasno i precyzyjnie określił parametr grubości izolacji rur solarnych.

W podgumowaniu tej części stanowiska Izby, Izba wskazuje na Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 27 lutego 2013 roku sygn. akt IV Ca 1696/12, choć wydany w poprzednim stanie prawnym (sprzed 28 lipca 2016 roku) to odnoszącym się do istoty problemu, a w którym czytamy: *Przed wszystkim należy wskazać, że przepis art. 29 ust. 3 Pzp wprowadza obowiązek dopuszczenia rozwiązań równoważnych w przypadku opisanego przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Słusznie wskazuje skarżący, że pojęcia znaku towarowego, patentu, pochodzenia jako mające swoje znaczenie prawnicze nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaku towarowego, patentu lub pochodzenia, jest możliwe tylko wtedy, jeśli jest*

to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych określeń (art. 29 ust. 3 Pzp). W niniejszej sprawie był możliwy i został zastosowany opis przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny i jednoznaczny, zgodny z art. 29 ust. 1 Pzp. (...).

Izba wskazuje, uwzględniając powyższe, że Zamawiający podał w sposób jednoznaczny grubość izolacji rur solarnych (minimum 13 mm), że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązuje Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 marca 2015 roku sygn. akt KIO 381/15). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący zaoferował inną, niezgodną z wymaganiami Zamawiającego grubość izolacji rur solarnych. W zasadzie nie jest między stronami sporne była wymagana grubość izolacji rur solarnych przez Zamawiającego a jaka została zaoferowana.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia ukształtowanemu przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest

złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników

procesu udzielania zamówień publicznych. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 8 maja 2103 roku, sygn. akt XII Ga 186/13 w którym czytamy: *Oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji.*

Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Rzeszowie, w wyroku z dnia 27 maja 2010 roku, sygn. akt I C 3/09 stwierdzając, że „1. O ocenie czy postępowanie prowadzone jest zgodnie z zasadami ustalonymi ustawą decyduje treść dokumentów, bowiem jedną z najważniejszych cech postępowania w sprawach udzielenia zamówienia publicznego jest pisemność i jawność. 2. Wola stron postępowania o udzielenie zamówienia jest jego istotnym elementem, ale nie jest dopuszczalne interpretowanie zgodnego zamiaru stron czy dokonywanie interpretacji złożonych oświadczeń wbrew ich treści. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i ze względu na swój charakter musi takim pozostać dla zapewnienia maksymalnej kontroli realizacji celów gospodarczych za środki publiczne.”

Podkreślenia wymaga, że na etapie oceny ofert Zamawiający nie może kierować się innymi niż wskazane w dokumentacji postępowania wymaganiami. Również Izba nie dokonuje oceny w kategorii stwierdzenia jakie i które rozwiązanie, parametr czy przedmiot oferowany w postępowaniu przez wykonawców jest lepszy czy gorszy, a jedynie dokonuje sprawdzenia

poprawności w działaniu Zamawiającego, które to działania Zamawiający podejmuje w ramach ustawy i w oparciu o ukształtowane i znane wykonawcom a określone w dokumentacji postępowania wymagania. Tak też Sąd Okręgowy w Warszawie, wyrok z dnia 10 lipca 2010 roku, sygn. akt V Ca 1109/08 orzekł, że *„Nie jest rolą wykonawcy ocena, czy wymagania SIWZ są zbędne, czy też niezbędne dla zamawiającego. Wykonawca przystępujący do przetargu ma obowiązek złożyć ofertę zgodną z SIWZ. Jeśli jej treść budzi wątpliwości wykonawcy to mogą one zostać wyjaśnione w drodze zapytań kierowanych do zamawiającego, jak również czynność ta może zostać oprotestowana jeszcze przed upływem terminu do składania ofert.”*

Odnosnie podnoszonego przez Odwołującego naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy, Izba wskazuje, że w przepisie tym zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznej oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne. Izba wskazuje za orzeczeniem Sądu Okręgowego we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 roku, sygn. akt X Ga 7/2010: *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał.*

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia do Odwołującego, których on udzielił w dniu 22 grudnia 2016 roku, a które to wyjaśnienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba wskazuje, że wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień jest prawem Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że skorzystanie z prawa do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ma na celu wyjaśnienie wątpliwości jakie pojawiły się po stronie Zamawiającego, co w efekcie pozwoli na wszechstronną ocenę złożonej oferty. Sugerowane w odwołaniu kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie oferowanego rozwiązania w zakresie grubości izolacji termicznej nie jest zasadne, bowiem oferowany grubość izolacji tj. 5 mm nie jest zgodne z określonym w dokumentacji postępowania parametrem minimum 13 mm.

Mając na względzie powyższe Izba uznała, że działania Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2017 roku w zakresie oceny oferty Odwołującego były prawidłowe i zasadne, nie naruszało zasad prawa zamówień publicznych

określonych w art. 7 ust. 1 ustawy, tym samym odwołanie oddaliła. Jednocześnie Izba zaznacza, że zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3 również nie została naruszona przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust.

3 pkt 2 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).

Przewodniczący: