

Sygn. akt KIO/UZP 511/09

**WYROK**  
z dnia 7 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Członkowie: Agata Mikołajczyk**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firmę Handlowo–Usługową HAWIS S.C. – M. i P. Woźnik, ul. Jana Pawła II 2, Targowiska, 38–430 Miejsce Piastowe** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Bieszczadzki, ul. Bełska 22, 38–700 Ustrzyki Dolne** protestu z dnia 8 kwietnia 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Firmę Handlowo–Usługową HAWIS S.C. – M. i P. Woźnik, ul. Jana Pawła II 2, Targowiska, 38–430 Miejsce Piastowe i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Firmę Handlowo–Usługową HAWIS S.C. – M. i P. Woźnik, ul. Jana Pawła II 2, Targowiska, 38–430 Miejsce Piastowe,**

- ~~2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,~~
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Firmy Handlowo–Usługowej HAWIS S.C. – M. i P. Woźnik, ul. Jana Pawła II 2, Targowiska, 38–430 Miejsce Piastowe.**

## **Uzasadnienie**

### STAN FAKTYCZNY SPRAWY

Zamawiający, Powiat Bieszczadzki, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wymianę przestarzałych urządzeń kotłowni na nowe energooszczędne w Szpitalu Powiatowym w Ustrzykach Dolnych”.

W dniu 02.04.2009 r. zamawiający poinformował Firmę Handlowo - Usługową HAWIS s.c. Marian Woźnik, Piotr Woźnik, 38-430 Miejsce Piastowe, Targowiska ul. Jana Pawła II 62, o odrzuceniu jej oferty z powodu, iż firma nie spełniła warunku określonego w pkt. 5 ust. 5 (tabela) na stronie 8 SIWZ tj. zmodyfikowała przedmiot zamówienia. W kosztorysie ofertowym będącym załącznikiem do oferty zaproponowała dwa kotły, jeden o mocy 410 kW i drugi o mocy 530 kW – ich łączna moc 940 kW. Dokumentacja projektowa, projekt budowlany i wykonawczy – technologia kotłowni, przedmiar robót do tego projektu oraz specyfikacja techniczna wykonania robót, będące częścią siwz, zakładały dwa kotły o mocy 460 kW każdy. W projekcie budowlanym w pkt. 4.1. opis technologii kotłowni gazowej na stronie 3 zapisano "projektuje się kotłownię bezobsługową w pełni zautomatyzowaną wyposażoną w dwa kotły typu Vitoplex 300 o mocy 460 kW każdy".

Zapis siwz na stronie \* w uwagach mówi: „wykonując roboty budowlane należy zastosować materiały i urządzenia zgodne z dokumentacją techniczną lub równoważne”. Wykonawca zastosował dwa kotły, lecz o innej mocy niż przewidywała dokumentacja techniczna modyfikując w ten sposób przedmiot zamówienia. Ponadto wykonawca w kosztorysie ofertowym zaproponował urządzenia równoważne (m.in. ww. kotły) co dopuszczała siwz pod warunkiem wykazania, że zaoferowane materiały i urządzenia spełniają wymagania zamawiającego poprzez przedstawienie dowodów (strona 3 siwz – uwagi). Dowodów takich Wykonawca nie przedstawił. Zatem zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający nie wzywał wykonawcy do złożenia dokumentów równoważności zastosowania przez niego urządzeń, gdyż jego oferta z innego powodu wymienionego na wstępie została odrzucona.

## PROTEST

W dniu 08.04.2009 wykonawca wniósł protest wobec ww. czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty ze względu na to, że nie spełnia warunków określonych w SIWZ w pkt. 5 ust. 5 (tabela) strona 8, tj. zmodyfikowała przedmiot zamówienia.

Zdaniem protestującego, zamawiający podając znak towarowy, patent i pochodzenie w dostateczny sposób określił urządzenia jakie są przedmiotem zamówienia. Natomiast Firma Hawis s.c. zaoferowała wykonanie zamówienia w oparciu o urządzenia równoważne zgodnie z art. 29 Pzp. Ponadto protestujący wskazał, iż urządzenia równoważne według interpretacji Krajowej Izby Odwoławczej należy rozumieć jako tożsame lub lepsze o właściwościach takich samych lub zbliżonych do tych które zostały określone w SIWZ.

Tymczasem Firma Handlowo – Usługowa "Hawis" oferując dwa kotły (o łącznej mocy 940 KW) o innej mocy niż przewidywała dokumentacja techniczna (o łącznej mocy 920 KW) nie zmodyfikowała przedmiotu zamówienia. Różnica powyższa świadczy o równoważności złożonej oferty pod względem parametrów technicznych i jakościowych i jest ona zbliżona do produktów przedstawionych w specyfikacji, gdyż kotły wraz z automatyką i osprzętem są urządzeniami zgodnymi z wytycznymi zawartymi w projekcie.

Kierując się tokiem rozumowania przez zamawiającego każde wprowadzenie urządzeń równoważnych byłoby modyfikacją (a modyfikacja jest to zmiana nie naruszająca istoty rzeczy) w związku z tym zastosowanie art. 29. ust. 3 Pzp w stosunku do określenia przedmiotu zamówienia w sposób „równoważny” byłoby zapisem martwym ograniczającym równy dostęp do zamówienia przez wszystkie podmioty zgodnie z art. 7. ust. 1 ustawy.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7. ust. 1, art. 22 ust. 2 ustawy w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Firma Handlowo – Usługowa „Hawis” Marian Woźnik, Piotr Woźnik z siedzibą w Targowiskach wniosła o przywrócenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i ponowne rozpatrzenie oferty.

## ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 15.04.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podniesiono, iż w piśmie z dnia 02.04.2009 r. zamawiający odrzucił ofertę protestującego, ponieważ nie spełniła warunku określonego w pkt 5 ust. 5 (tabela) na stronie 8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, który brzmi: „oferta obejmuje całość zamówienia i nie modyfikuje przedmiotu zamówienia określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”.

Projekt budowlany opracowany przez Małopolską Agencję Energii i Środowiska w Krakowie dotyczący technologii kotłowni i będący częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zakłada całkowitą przebudowę kotłowni, łącznie z wszystkimi instalacjami, uzbrojeniem itp. oraz przewiduje dwa nowe kotły o mocy 460 kW każdy, które są podstawą wyposażenia nowej kotłowni. Protestujący w swojej ofercie zaproponował dwa kotły o mocy 410 kW i 530 kW (różnica mocy między kotłami wynosi 120 kW tj. 33% mocy jednego kotła zaprojektowanego). Kotły są urządzeniami współpracującymi z siecią i instalacjami c.o., c.w. i wentylacją oraz pozostałymi instalacjami i urządzeniami kotłowni. Projektant dobierając kotły oraz urządzenia i instalacje z nimi współpracujące kierował się ich optymalną współpracą, a co za tym idzie względami ekonomicznymi i ekologicznymi. Uznał zatem, projektując dwa kotły o jednakowej mocy współpracujące ze sobą, że jest to rozwiązanie optymalne [w załączeniu opinia projektanta technologii kotłowni Pana mgr inż. Mirosława Syca dotycząca różnicy w zakresie w/w czynników między kotłami Buderus (o różnej mocy) zaproponowanymi w ofercie przez Protestującego, a kotłami zaprojektowanymi].

Ponadto Zamawiający zwraca uwagę na fakt, iż przedmiotem postępowania było udzielenie zamówienia na roboty budowlane, a nie na dostawę materiałów, zatem oferentami są podmioty wykonawcze, a nie producenci kotłów. Fakt ten wskazuje na to, że Zamawiający nie ogranicza konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu gdyż na rynku polskim jak i innych rynkach działa wiele firm wykonawczych mogących ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia (w rozpatrywanym przypadku jeszcze 5 firm, z których żadna nie zmodyfikowała przedmiotu zamówienia

stosując dwa kotły o jednakowej mocy 460 kW). Każdy z potencjalnych wykonawców mógł zatem zwrócić się do producentów kotłów o ich dostosowanie tak aby spełniały wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia parametry. Bezzasadne jest więc zarzucanie Zamawiającemu łamanie prawa (art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 ustawy PZP).

Protestujący uważa, iż zastosował urządzenia równoważne. Całkowicie odmienny pogląd wyraża projektant kotłowni, uznając, że nie są to rozwiązania równoważne. Zapis Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na stronie 5 (Uwagi) mówi: „wykonując roboty budowlane należy zastosować materiały i urządzenia zgodne z dokumentacją techniczną lub równoważne. Wykonawca powołując się na rozwiązania równoważne zobowiązany jest wykazać, że oferowane materiały i urządzenia spełniają wymagania określone przez zamawiającego poprzez przedstawienie Zamawiającemu stosownych dowodów”. Dowodów takich Protestujący nie przedstawił. W trakcie postępowania nie zadawał też żadnych pytań. Dowodem na to, że zaproponowane rozwiązanie nie jest rozwiązaniem równoważnym, a jest modyfikacją przedmiotu zamówienia jest opinia projektanta kotłowni poparta dodatkowo stosownym zestawieniem różnic pomiędzy urządzeniami zaprojektowanymi a zaproponowanymi przez Protestującego.

## ODWOŁANIE

w dniu 20.04.2009 Firma Handlowo – Usługowa „Hawis” Marian Woźnik, Piotr Woźnik s.c. wniosła odwołanie od wyżej opisanego rozstrzygnięcia protestu.

Wskazując na naruszenie przepisów ustawy mających istotny wpływ na wynik toczącego się postępowania, tj. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem ustawy, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami PZP.

Jako podstawę odrzucenia oferty Zamawiający podał cyt. „firma nie spełniła warunku określonego w pkt. 5 ust. 5 (tabela) na stronie 8 SIWZ tj. zmodyfikowała przedmiot zamówienia. W kosztorysie ofertowym będącym załącznikiem do oferty zaproponowała dwa kotły, jeden o mocy 410 kW i drugi o mocy 530 kW – ich łączna moc 940 kW. Dokumentacja projektowa, projekt budowlany i wykonawczy – technologia kotłowni, przedmiar robót do tego projektu oraz specyfikacja techniczna wykonania robót ... zakładały dwa kotły o mocy 460 kW każdy. W projekcie budowlanym w pkt. 4.1. opis technologii kotłowni gazowej na stronie 3 zapisano "projektuje się kotłownię bezobsługową w pełni zautomatyzowaną wyposażoną w dwa kotły typu Vitoplex 300 o mocy 460 kW każdy".

W dalszej części swojego pisma Zamawiający przypomina, iż w SIWZ dopuścił stosowanie materiałów i urządzeń zgodnie z dokumentacją techniczną lub równoważnych dodając cyt. „Wykonawca zaproponował dwa kotły lecz o innej mocy ... modyfikując w ten sposób przedmiot zamówienia. Ponadto Wykonawca w kosztorysie ofertowym zaproponował urządzenia równoważne (m.in. w/w kotły) co dopuszczała SIWZ pod warunkiem wykazania, że zaoferowane materiały i urządzenia spełniają wymagania określone przez zamawiającego poprzez przedstawienie zamawiającemu dowodów. Dowodów takich Wykonawca nie przedstawił. Zgodnie z art. 26 ust.3 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający nie wzywał Wykonawcy do złożenia dowodów równoważności zastosowanych przez niego urządzeń, gdyż jego oferta z innego powodu wymienionego na wstępie została odrzucona."

Zamawiający nie podał podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego, co jest niezgodne z art. 92 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający nie zakwestionował równoważności zaproponowanych urządzeń (dwóch kotłów grzewczych) do urządzeń wymienionych w dokumentacji projektowej, ale odrzucił ofertę uzasadniając to modyfikacją przedmiotu zamówienia.

Kierując się tokiem rozumowania Zamawiającego każde wprowadzenie urządzeń równoważnych byłoby "modyfikacją", w związku z tym art. 29 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych pozwalający w przypadkach uzasadnionych specyfiką przedmiotu zamówienia na opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia jeśli opisom tym towarzyszą wyrazy "lub równoważny" (jak uczynił Zamawiający) byłby przepisem "martwym".

Ustawa prawo zamówień publicznych nie zna pojęcia "modyfikacji przedmiotu zamówienia". Ustawa prawo zamówień publicznych stanowi, iż oferta może być zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albo z nią niezgodna. Skoro Zamawiający nie kwestionuje równoważności urządzeń (kotłów grzewczych) nie może być więc mowy o niezgodności z treścią SIWZ.

Oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Pogląd taki wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 marca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 218/08.

Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zamawiający dołączył do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dostępną na stronie internetowej dokumentację projektową i specyfikację techniczną, którymi kierowaliśmy się sporządzając ofertę. Odwołujący uznał, że zaoferowane kotły typu Logano SK 625 o mocy 410 kW i 530 kW wraz z automatyką i osprzętem odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia pod względem parametrów technicznych i jakościowych. Montaż dwóch kotłów Logano SK 625 o mocy 410 kW i 530 kW pozwala na osiągnięcie parametrów opisanych w dokumentacji projektowej, a to oznacza, że zaproponowane rozwiązania są równoważne (o czym poniżej – ustosunkowanie się do rozstrzygnięcia protestu).

Skoro więc zamawiający nie zakwestionował równoważności zastosowanych urządzeń, zaś zaproponowane rozwiązania są zgodne z wytycznymi zawartymi w dokumentacji projektowej – oferta winna być uznana za zgodną z treścią SIWZ.

W zarzucano Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, tj. w szczególności naruszanie zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców wnosząc o ponowne rozpatrzenie naszej oferty (tj. powtórzenie czynności badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej).

Pismem z dnia 15.04.2009 r. otrzymanym faxem w dniu 15.04.2009 r. Zamawiający poinformował o oddaleniu złożonego protestu uzasadniając tym razem – odwrotnie niż w piśmie z dnia 02.04.2009 r. dot. odrzucenia oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej, że Oferent – Firma "HAWIS" s.c. nie zaproponował rozwiązań równoważnych, gdyż pogląd taki wyraził projektant kotłowni, którego opinię Zamawiający dopuścił jako dowód w sprawie.

Projektant w formie tabelarycznej dokonał porównania konkretnych kotłów: oferowanych przez nas kotłów Logano SK625 firmy Buderus oraz kotłów Vitoplex 300 firmy Viessmann (patrz – załącznik do rozstrzygnięcia protestu, dostępny również na stronie internetowej Zamawiającego). Projektant nie odniósł się do wymagań dokumentacji projektowej, nie wskazał też minimalnych wymogów, którym powinny odpowiadać urządzenia równoważne. Projektant odniósł się do rozwiązań proponowanych przez producenta kotła Vitoplex 300 – firmy Viessmann.

W tym miejscu należy zauważyć, że przepis art. 29 ust. 3 nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku doprecyzowania dopuszczalności równoważności oferty. Jeżeli Zamawiający nie wskazuje, iż dane urządzenie musi mieć moc "nie mniejszą niż ...", albo osiągać sprawność "nie niższą niż ...", itd. - czego w tym przypadku Zamawiający nie zrobił (patrz dokumentacja

projektowa) nie będzie w stanie ocenić czy oferty przedstawiające produkty różniące się między sobą mają charakter ofert równoważnych. Zamawiający wskazując w dokumentacji projektowej na konkretny produkt, a pomijając minimalne wymagania nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ust. 3, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone w art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek. Taki pogląd został wyrażony przez Urząd Zamówień Publicznych na stronie internetowej [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl) – opinie prawne (opinia "opis przedmiotu zamówienia").

W orzecznictwie Zespołu Arbitrów utrwalił się również pogląd, że nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o art. 29 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych wskazanie przez Zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz dodanie określenia "lub równoważne" albo innego podobnego wyrazu. W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się określenia konkretyzujące wymogi Zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu "równoważności" oferty. Na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisu standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży i winien jest wymagać tego również od projektantów – osób sporządzających dokumentację projektową i specyfikacje techniczne.

Niedopuszczalną jest sytuacja kiedy Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie kwestionuje równoważności zastosowanych rozwiązań (powołując się na "modyfikację przedmiotu zamówienia"), a czyni to w oddaleniu protestu na dodatek posiłkując się opinią projektanta – autora dokumentacji projektowej. Stanowi to naruszenie art. 7 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych nakazującego wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Okoliczność ta miała również uniemożliwić odwołującemu podnoszenia w proteście zarzutu dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych, skoro odrzucając naszą ofertę Zamawiający uznał, że zaproponowane urządzenia są równoważne, zaś ofertę odrzucił na podstawie "modyfikacji przedmiotu zamówienia".

Niemniej jednak opis kotłów przy zastosowaniu znaków towarowych Vitoplex 300 z użyciem słów "lub równoważne" pomimo braku wskazania przez Zamawiającego parametrów granicznych był dla odwołującego jasny w kontekście całej dokumentacji projektowej i



oczekiwać Zamawiającego co do sprawności i innych elementów funkcjonowania kotłowni, a złożona oferta jest w pełni równoważna do wymagań zamawiającego.

Ustosunkowując się do twierdzeń zawartych w piśmie Zamawiającego z dnia 15.04.2009 r. dot. oddalenia protestu odwołujący podnosi, że zaproponowane rozwiązania z całą pewnością są rozwiązaniami równoważnymi z uwagi na:

- moc kotła Logano SK 625 530 kW może być bez szkody zmniejszona do poziomu 510 kW. Stąd wyższa moc kotłów w przypadku możliwości jej obniżenia stanowi o równoważności oferty, zaś dodatkowa "zapasowa" moc daje w przyszłości możliwości rozbudowy systemu c.o. lub c.w.u. Zgodnie z pkt. 7.0. Dokumentacji projektowej – technologia kotłowni (str. 10) obliczono bilans ciepła na 1090 kW, ale z uwagi, iż potrzeby c.w.u. pokrywane będą w priorytecie ... przez kolektory słoneczne, przyjęto znamionową moc cieplną kotłowni 920 kW.

- różne moce kotłów wymagają zastosowania sprzęgła hydraulicznego, ale dzięki temu układ jest zrównoważony hydraulicznie a zastosowane pompy kotłowe mają do pokonania mniejsze opory hydrauliczne (kocioł – sprzęgło hydrauliczne) niż w przypadku układu Tichelmana co skutkuje ich mniejszą mocą. Pompy kotłowe w układzie Tichelmana mają do pokonania większe opory układu kocioł – obiegi grzewcze. Ponadto przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie nowej kotłowni polegającej na montażu dwóch kotłów o łącznej mocy 0,92 MW z uzbrojeniem, osprzętem, instalacjami, aparaturą kontrolno-pomiarową. Dokumentacja projektowa wskazuje w pkt.7.0. jaki jest bilans ciepła, zużycie gazu oraz roczne zapotrzebowanie na gaz przy znamionowej mocy cieplnej kotłów 920 kW i zaproponowane rozwiązania osiągają przyjęte wskaźniki, stąd są równoważne. Twierdzenia projektanta podane w załączniku do pisma oddalającego protest o uproszczonej instalacji i niższych kosztach eksploatacyjnych są niczym nie uzasadnione.

- typ konstrukcji kotłów – dwuciągowa z komorą nawrotną (w przypadku Logano SK 625) i trzyciągowa (w przypadku Vitoplex 300) również nie stanowi o braku równoważności oferty w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia gdyż minimalna temperatura na powrocie kotła Logano SK 625 wynosi przy współpracy z gazowym palnikiem 2 stopniowym 50 stopni i jest taka sama jak przy innych kotłach niskotemperaturowych trój- i dwuciągowych. Kotły Logano SK 625 posiadają deklarację zgodności CE pozwalającą na sprzedaż w krajach Unii Europejskiej spełniając wszystkie wymagania odnośnie emisji gazów co zostało potwierdzone stosownymi raportami z badań przeprowadzonych przez polskie jednostki badawcze (ITGiS), stąd twierdzenia projektanta wyrażone w opinii stanowiącej załącznik do rozstrzygnięcia protestu, iż "w krajach Europy Zachodniej nie używane są kotły dwuciągowe z uwagi na wyższą emisję NOx w spalinach" są chybione.

- sprawność oferowanego kotła Logano SK 625 wynosi 93 %. W dokumentacji projektowej – technologia kotłowni w pkt. 4.1. (strona 3) wskazano, cyt. "sprawność znormalizowana kotła podawana przez producenta wynosi do 94%". Różnica 1% może zostać zniwelowana poprzez zastosowanie odpowiedniego palnika nadmuchowego. "Sprawność max 96% przy parametrach 75/60°C" podawana w opinii projektanta stanowiącej załącznik do rozstrzygnięcia protestu stanowi wskazanie nowych parametrów, które nie były podane w dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia.

- zainstalowanie dodatkowego wymiennika ciepła zaoferowanego w kosztorysie ofertowym spowoduje zwiększenie sprawności układu do 105 %, czyli zgodnie z dokumentacją projektową (pkt. 4.1.- strona 5), stąd również w tym przypadku nie można wnioskować o braku równoważności rozwiązań.

Nie ma podstaw do twierdzenia, że zaoferowane kotły nie będą optymalnie współpracować z siecią i instalacjami c.o., c.w. i wentylacją oraz pozostałymi instalacjami i urządzeniami skoro zaproponowane rozwiązania osiągają wskaźniki wskazane w dokumentacji projektowej.

Ponadto dokonywanie na tym etapie postępowania (oddalenie protestu) obliczeń dot. oszczędności w zużyciu gazu i oleju opałowego podawane przez projektanta w załączniku do rozstrzygnięcia protestu jest dla nas całkowicie niezrozumiałe. Obliczenia odnośnie rocznego zużycia gazu zostały podane w pkt. 7.3 dokumentacji projektowej (str. 10-11) i przyjęto do nich moc kotłów 920 kW oraz sprawność kotła 105%, a więc parametrów osiągniętych przez oferowane przez nas kotły wraz z automatyką i osprzętowaniem.

Zamawiający podnosi również, że Protestujący nie przedstawił dowodów potwierdzających równoważność oferowanych rozwiązań.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Zamawiający winien był wezwać Oferenta do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że oferowane urządzenia spełniają wymagania określone przez zamawiającego i następnie rozstrzygnąć, czy oferowane produkty są równoważne, a w konsekwencji uznania za równoważne – dokonać wyboru naszej oferty, zaś w konsekwencji nie uznania oferowanych produktów za równoważne – odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Zamawiający najpierw jednak odrzucił ofertę nie wskazując wcale na brak równoważności rozwiązań, a jedynie "modyfikację przedmiotu zamówienia", a następnie – w rozstrzygnięciu protestu wskazał na brak równoważności rozwiązań, zaś jako dowód w sprawie dopuścił opinię projektanta nie dając nam możliwości ustosunkowania się do zarzutu braku równoważności przyjętych rozwiązań.

Zamawiający w pkt. 3 SIWZ (strona 5) – Opis przedmiotu zamówienia (uwagi) zobowiązuje wykonawców do przedstawienia dowodów wskazujących na równoważność zastosowanych rozwiązań. Zamawiający w pkt.3 SIWZ nie ogranicza katalogu tych dowodów, ale nie

wymienia ich wśród oświadczeń i dokumentów jakich żąda od Wykonawców w pkt.6.1. SIWZ.

§ 3 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wymienia wyliczając przykładowo (w szczególności) dokumenty jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zamawiający powinien jednak skonkretyzować swoje żądania i określić jaki dokument uzna za wiarygodny na potwierdzenie równoważności rozwiązań oraz wymienić go wśród oświadczeń i dokumentów jakich Zamawiający żąda od Wykonawców. Zamawiający nie tylko nie wymienia tych dokumentów w pkt.6.1. SIWZ tj. w katalogu oświadczeń i dokumentów żądanych od wykonawców, ale używa sformułowania ogólnego – dowodu wskazującego na równoważność rozwiązań bez ograniczania katalogu tych dowodów.

Reasumując: Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego i dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej (pismo z dnia 02.04.2009) nie podał podstawy prawnej uzasadniającej odrzucenie oferty. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający stwierdził, że Wykonawca zaproponował urządzenia równoważne jednocześnie odrzucając ofertę na podstawie "modyfikacji przedmiotu zamówienia". Na okoliczność braku równoważności oferowanych produktów Zamawiający powołał się dopiero oddalając protest (pismo z dnia 15.05.2009). Uczynił to posiłkując się opinią projektanta (autora dokumentacji projektowej), który nie tylko nie wskazał minimalnych wymogów, którym powinny odpowiadać urządzenia równoważne, ale wręcz wskazał konkretną markę produktu powołując się na znak towarowy i nazwę producenta, a ponadto w przedmiotowej opinii wprowadził nowe parametry – nie wymienione w dokumentacji projektowej (dotyczy sprawności kotła). Zamawiający nie dysponował dokumentami potwierdzającymi, że oferowane przez nas produkty spełniają (lub nie spełniają) wymagania określone przez Zamawiającego gdyż nie wezwał Oferenta do uzupełnienia tych dokumentów naruszając w ten sposób art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający dokonał naruszenia przepisów ustawy mających istotny wpływ na wynik toczącego się postępowania. Czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu naszej oferty i wyborze oferty innego wykonawcy dokonana została z rażącym naruszeniem przepisów ustawy. Okoliczności te skutkowałyby nieważnością zawartej umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt. 5 i 6 ustawy prawo zamówień publicznych.

**Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia i ofertę odwołującego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Następnie skład orzekający Izby wskazuje, iż zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy, Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. W związku z czym wszystkie zarzuty naruszenia przepisów (przytaczane w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia), które nie zostały uwzględnione w proteście, ale powołane dopiero w odwołaniu, Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Biorąc pod uwagę treść protestu stwierdzić należy, że protest dotyczył i następował po czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego. Natomiast jedyne sformułowane w proteście zarzuty dotyczyły naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 ustawy w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców. Protestujący wskazał również, na możliwość niewłaściwej interpretacji i błędnego zastosowania przez zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy, tj. w sposób prowadzący do naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uznała wyżej wymienione zarzuty za chybione lub niedopuszczalne w świetle przedstawionego stanu faktycznego sprawy.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż zarzuty dotyczące ewentualnego naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 22 ust. 2 ustawy są zarzutami spóźnionymi, i co wynika z istoty regulacji ww. przepisów zarzuty ich naruszenia dotyczyć mogą jedynie czynności lub zaniechań zamawiającego na etapie postępowania przed otwarciem ofert. Odpowiednio są to: ograniczenia konkurencji poprzez niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia (art. 29) oraz ograniczenia dostępu do zamówienia poprzez postawienie niezgodnych z ustawą podmiotowych warunków udziału w postępowaniu (art. 22). Biorąc pod uwagę terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej wyrażone w art. 180 ust. 3 ustawy, naruszenia tego typu skutecznie kwestionowane mogą być jedynie bezpośrednio po publikacji ogłoszenia o zamówieniu czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto, co już zostało wskazane, w związku z odmiennym przedmiotem regulacji powołanych przepisów, nie

można przypisać ich naruszenia do czynności odrzucenia oferty, której podstawę prawną stanowią normy art. 89 Pzp.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, w ocenie składu orzekającego Izby, potwierdzenie naruszenia ww. przepisu wymaga wskazania i odniesienia się do naruszenia przepisów ustawy szczegółowo regulujących czynności zamawiającego – czy to w trakcie przygotowania postępowania, czy w odniesieniu do czynności podjętych wobec konkretnego wykonawcy. Powyższe stanowisko jest konsekwencją uznania, iż jedynie prowadzenie postępowania w sposób zgodny z przepisami szczegółowymi ustawy prowadzi do zachowanie konkurencji i równego traktowania wykonawców – przepisy ustawy zachowanie wskazanych zasad mają gwarantować i wymuszać. Niejako *a contrario*, przyjąć można, iż każde naruszenie przepisów szczegółowych ustawy (a przynajmniej uwzględniając wagę i stopień naruszenia poszczególnych przepisów), prowadzi do naruszenia zasad ogólnych wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Tymczasem w przedmiotowym proteście nie wskazano naruszenia przepisów, które potwierdziłoby naruszenie ww. zasad w trakcie oceny ofert – powołanie się na naruszenie art. 22 i 29 ustawy jako prowadzące do naruszenia art. 7 ust. 1, jak wykazano powyżej, nie może znaleźć odniesienia do niniejszej sprawy.

Natomiast jak słusznie podnosił odwołujący w odwołaniu i w trakcie rozprawy, uzasadnienie odrzucenia jego oferty sformułowane było niejasno oraz przede wszystkim nie zawierało podanej podstawy prawnej odrzucenia. W proteście zabrakło jednak podniesienia tych okoliczności ani nie wskazano na naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Niemniej jednak, w ocenie Izby, z treści pisma zamawiającego, pomimo nieprecyzyjności sformułowań i braku odniesienia do adekwatnych przepisów, wynika, iż oferta odwołującego została odrzucona ze względu na niezgodność jej treści z treścią siwz. Zarówno odrzucenie oferty jako niedozwolonej modyfikacji przedmiotu zamówienia, czy z powodu nierównoważności oferty czy nierównoważności proponowanych rozwiązań w jakimkolwiek ich aspekcie, albo jakiegokolwiek ujęcie podstawy odrzucenia wskazującej na niewłaściwość sposobu wykonania przedmiotu zamówienia opisanego w ofercie, oznacza i sprowadza się do uznawania niezgodności treści oferty z treścią siwz. Protestujący mógł kwestionować jakość tego typu uzasadnienia, jego zrozumiałość i nieadekwatność do okoliczności oraz przede wszystkim słuszność głoszonych w nim tez i prawdziwość ustaleń - co zresztą uczynił protestując na odrzucenie jego oferty, oraz podnosząc, iż jego oferta nie jest niedozwoloną modyfikacją przedmiotu zamówienia, ale co najwyżej modyfikacją w pełni dopuszczalną, tzn. oferuje dostawę urządzeń w pełni równoważnych urządzeniom wymaganym w siwz.

Niemniej jednak klarowność i sens uzasadnienia czynności, choć ważna dla przejrzystości i obiektywizmu prowadzonego postępowania, nie może być uznana za rozstrzygającą w stosunku do rzeczywistego istnienia podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty.

Nie wdając się w rozważania i ocenę rozumienia pojęć modyfikacji czy możliwości osiągnięcia równoważności, ani w dalszą egzegezę oświadczeń woli zamawiającego i odwołującego wyrażanych w wymienianej korespondencji, a w szczególności w dalszą rekonstrukcję zarzutów protestu i odwołania, Izba wskazuje na regulację art. 191 ust. 1a ustawy, która stanowi, iż odwołanie uwzględnia się jedynie w przypadku stwierdzenia naruszeń przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Natomiast w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie zarzutów dotyczących czynności odrzucenia tego typu sytuacja nie będzie miała miejsca – Izba stwierdza, iż w odniesieniu do oferty odwołującego występuje przesłanka odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tzn. oferta odwołującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz, niezależnie czy zamawiający właściwie ujął to i opisał w uzasadnieniu odrzucenia czy rozstrzygnięciu protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż aby oferta dotycząca wykonania skomplikowanych urządzeń czy instalacji, została uznana za w pełni równoważną i tym samym zgodną z treścią siwz, musi odpowiadać w każdym aspekcie wymaganiom zamawiającego, nie tylko w zakresie dotyczącym parametrów dostarczanych urządzeń, ale przede wszystkim sposobu funkcjonowania całego układu, jego parametrów wyjściowych oraz rezultatów pracy. Ponadto rozwiązania technologiczne i przyjęte schematy techniczne (opis sposób wykonania zamówienia) są zasadniczą częścią oferty i jako takie powinny wynikać z jej treści.

Tymczasem jak wykazał zamawiający w trakcie rozprawy, wykonawca przedstawiając w ofercie kotły odmienne od opisanych w dokumentacji technicznej zamówienia, nie przewidział zmian w układzie technologicznym całej instalacji grzewczej i koniecznych zmian w projekcie budowlanym oraz przedstawił rozwiązania nieodpowiadające wymaganiom siwz w zakresie sprawności układu przy zakładanych kosztach eksploatacji, a tym samym ekologicznych efektów jego funkcjonowania.

Niekwestionowany w trakcie postępowania, przyjęty przez zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia, polegający na wskazaniu konkretnych urządzeń o zrozumiałej i znanej wykonawcom (co przyznaje sam protestujący) specyfikacji technicznej, funkcjonujących w konkretnym układzie technicznym, opartym na zakładanych nakładach i efektach jego działania, opisanym projektem i sankcjonowanym odpowiednimi pozwoleniami i dopuszczeniami administracyjnymi, wymaga spełnienia wszelkich wymogów, co do całości układu.

Jak wynika z porównania oferowanego kotła typu Logano SK 625 firmy Buderus oraz wskazanego jako wzorcowy w siwz kotła Vitoplex 300 kotły te posiadają odmienną

konstrukcję komór i ciągów spalania, a tym samym odmienną sprawność, co pociąga za sobą różnice w emisji zanieczyszczeń (niższe w przypadku kotła specyfikowanego przez zamawiającego, co w związku z proekologicznym charakterem zamówienia, warunkującym jego finansowanie ze źródeł zewnętrznych jest szczególnie ważne). W tym kontekście podnieść należy, iż wskazanie typu kotła jest elementem wystarczającym aby przyjąć wszystkie jego uwidocznione czy powszechnie znane parametry i właściwości za obowiązujące dla rozwiązań równoważnych – nie ma potrzeby ich oddzielnego specyfikowania w dokumentacji technicznej siwz.

Ponadto wskazać można, iż odwołujący miał możliwość zaproponowania kotła tego samego producenta, firmy Buderus, który spełniałby w tym zakresie wszystkie wymagania siwz (kocioł typu SK635), czego dowodzą przedstawione przez zamawiającego w trakcie rozprawy i nie kwestionowane przez odwołującego „Informacje o produktach”, tj. informacje techniczne nt. wszystkich trzech ww. kotłów.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała również za udowodnione twierdzenia zamawiającego przedstawione na rozprawie, a nie zaprzeczone przez odwołującego, iż proponowane przez niego urządzenia i układy (w tym zwłaszcza zaproponowanie kotłów o nierównej mocy) wymagają daleko idących zmian w projekcie całej instalacji (w tym zastosowania sprzętła hydraulicznego), co pociąga za sobą m.in. konieczność zmiany pozwolenia na budowę. Natomiast jak wynika z oferty odwołującego, takich rozwiązań wykonawca nie opisał i nie przedstawił.

Powyższe świadczy o niezgodności oferty z siwz w zakresie zakładanego i wymaganego sposobu funkcjonowania układu (zaproponowanie urządzeń innych, nawet równoważnych parametrowo do opisywanych nie może pociągać za sobą zbyt daleko idących zmian dla funkcjonowania przedmiotu zamówienia oraz zmuszać zamawiającego do zmiany założeń specyfikacji w trakcie realizacji zamówienia).

Ponadto Izba zaznacza, iż zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy, to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia równoważności rozwiązań oferowanych do specyfikowanych przez zamawiającego. Dowodzenie tego typu równoważności po otwarciu ofert nie może jednak *de facto* stanowić zmian w treści oferty.

Uwzględniając powyższe ustalenia oraz normę art. 191 ust. 1 a Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krośnie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*