

Sygn. akt: KIO 2480/10

**WYROK**  
**z dnia 24 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:           Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Protokolant:               Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 12 listopada 2010 r. przez **Zakład Mechaniki Przemysłowej „Zamep” sp. z o.o. w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu**

przy udziale uczestnika postępowania - **Grupy Powen – Wafapomp S.A. w Warszawie**, która zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego o stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Mechaniki Przemysłowej „Zamep” sp. z o.o. w Gliwicach** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczony przez **Zakład Mechaniki Przemysłowej „Zamep” sp. z o.o. w Gliwicach**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Katowicach**.

.....

## **Uzasadnienie**

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą przy ul. Strzelców Bytomskich 207, 41 – 914 Bytom zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na dostawę pomp dla Zakładu Centralny Zakład Odwadniania Kopalń w Czeladzi.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 13 października 2010 r. publikując ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 284075 – 2010. Ogłoszenie zostało zmienione ogłoszeniami o numerach 285833 – 2010, 293781 – 2010, 301099 – 2010.

W dniu 9 listopada 2010 r. zamawiający zawiadomił m.in. Zakład Mechaniki Przemysłowej „Zamep” sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Udzieli 6, 44 – 100 Gliwice (dalej „odwołujący”) o wyborze na zadanie 1 – dostawa pompy typu OW 250 oferty najkorzystniejszej złożonej przez Grupę Powen – Wafapomp S.A. z siedzibą przy ul. Odlewniczej 1, 03-231 Warszawa oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego na zadanie 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ jej treści nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”).

Dnia 12 listopada 2010 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując zamawiającemu dnia 10 listopada 2010 r. (bezpośredni wpływ do zamawiającego potwierdzony prezentatą).

Odwołanie zostało złożone wobec czynności odrzuceniu złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i wyboru oferty Grupy Powen – Wafapomp S.A. jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu także naruszenie art. 29 Pzp w zw. z art. 30 ust. 1 i 4 ustawy wobec nie dopuszczenia składania ofert „równoważnych”

domagając się uchylecia decyzji zamawiającego w części dotyczącej zadania 1 w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym odrzucającej ofertę odwołującego oraz zasądzenie od zamawiającego ewentualnie od uczestnika postępowania na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w całości lub zwrotu uiszczanego wpisu w przypadku określonym §5 ust. 1 pkt 1 i 2 lit a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238) w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący argumentował, iż nazwa przedmiotu zamówienia - pompa OW 250 objęta jest zastrzeżonym znakiem towarowym - numer zgłoszenia w Urzędzie Patentowym RP 243412, zgłaszający to „Powen” na dowód czego przedłożył wydruk z zasobów Urzędu Patentowego RP zastrzeżenia znaku towarowego „OW”. Zastrzeżona nazwa „OW” dotyczy typoszeregu pomp, w tym jednostki o wielkości 250 mm (średnica króćca tłocznego), tym samym postępowanie zamawiającego narusza art. 29 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym 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”. Zamawiający wskazując w siwz dostawę pompy typu OW 250 naruszył powołany przepis, gdyż opisując wymieniony przedmiot przetargu nie użył określenia „lub równoważny”, a odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło ze względu na wskazanie w ofercie pompy równoważnej, w stosunku do opisanej w siwz.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 12 listopada 2010 r. skutecznie przystąpił wykonawca Grupa Powen – Wafapomp S.A. (dalej „przystępujący”).

Pismem z dnia 17 listopada 2010 r. (wpływ do Prezesa Izby dnia 18 listopada 2010 r.) zamawiający odpowiedział na odwołanie uwzględniając w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Pismem z dnia 19 listopada 2010 r. przystępujący wniósł sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania żądając rozpoznania odwołania przez Izbę.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zamawiającego oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w pkt. 3.1 siwz opisującym przedmiot zamówienia postanowił, iż zadanie 1 obejmuje dostawę pompy typu OW 250. Dalej zostało w pkt. 3.2.1 wskazane, że dostarczyć należy jedną nową pompę typu OW 250 B/4 wraz z ramą, sprzęgłem i osłoną sprzęgła dla pompowni głównego odwadniania poz. 202 m. Zamawiający szczegółowo opisał dane techniczne zamawianej pompy (k.2 i 3 siwz).

Biorąc powyższe pod uwagę oferty w postępowaniu na zadanie 1 złożyło dwóch wykonawców: przystępujący oferując pompę OW – 250B/4 (k.93, 95, 97 oferty) oraz wnoszący odwołanie oferując pompę typu WPW – 250/4 wraz z ramą fundamentową, sprzęgłem oraz osłoną sprzęgła jako równoważnej do pompy OW – 250 B/4 (k. 1 oferty). W dalszej części oferty odwołujący opisał parametry oferowanej pompy wskazując, iż zarówno parametrowo jak i przyłączeniowo jest kompatybilna i zamienna do pompy OW – 250 B/4 (k. 3 – 5, 9 – 10 oferty). Do oferty nie został załączony rysunek gabarytowy pompy.

Pismem z dnia 9 listopada 2010 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego oraz o odrzuceniu oferty odwołującego, bowiem zaoferował dostawę pompy typu WPW – 250/4 stwierdzając w ofercie, iż jest to pompa równoważna do wymaganej w siwz pompy OW 250. Wobec faktu, iż zamawiający nie wyraził zgody na złożenie oferty równoważnej w zakresie części 1 oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści siwz.

Z oceną zamawiającego nie zgodził się odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie. Wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego przystępujący wniósł sprzeciw. Na rozprawie zamawiający oraz przystępujący podtrzymali dotychczas prezentowane stanowiska.

**Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając. W szczególności Izba stwierdziła, iż zarzuty odwołania dotyczące nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego nie zostały spóźnione, zatem należało je rozpatrzyć.

Izba stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba nie uwzględniła odwołania.

Izba rozpoznając zarzuty odwołania za istotne uważa podkreślenie, iż opisanie przedmiotu zamówienia należy do kluczowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie tylko uprawnień, ale i obowiązków zamawiającego. Ramy, w których zamawiający powinien poruszać się opisując przedmiot zamówienia w siwz, wyznaczone zostały w szczególności w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 Pzp. Zatem zamawiający definiując przedmiot zamówienia powinien go opisać z zachowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Doprecyzowanie powołanej normy stanowią wytyczne zawarte w art. 29 ust. 1 Pzp wskazujące, iż zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Do wyjątków dopuszczających odmienny od uregulowanego art. 29 ust. 1 Pzp opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy przepis art. 29 ust. 3 ustawy. Uwzględnwszy jednak, iż przepis ten ma charakter szczególnie jego rozszerzającą interpretację uznać należy za niedopuszczalną. Zatem wskazanie przez zamawiającego (adresata normy wyrażonej w art. 29 ust. 3 Pzp) znaków towarowych, patentów lub pochodzenia jest uprawnione, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za

pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy.

Niewątpliwie zamawiający zobligowany jest do należytego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, a uchybienie temu obowiązkowi nie może w sposób negatywny wpływać na pozycję wykonawcy w postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia – stanowiący istotny element siwz (36 ust. 1 pkt 3 Pzp) – powinien zostać tak przez zamawiającego sporządzony, aby każdy wykonawca składający ofertę miał możliwość jej przygotowania z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na jej treść, w tym umożliwić prawidłową jej wycenę. Jednocześnie obowiązkiem wykonawcy jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia odpowiadającego oczekiwaniom zamawiającego wyartykułowanym w siwz. Jeśli treść oferty będzie niezgodna z treścią siwz ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy bezspornym jest, iż zamawiający w siwz opisując przedmiot zamówienia na zadania 1 posłużył się znakiem towarowym pompy (OW) oraz sprecyzował parametry techniczne zamawianego urządzenia jednocześnie nie dopuszczając możliwości składania ofert równoważnych. Tym samym rozstrzygnięcia wymaga, czy odwołujący uprawniony był do zaoferowania urządzenia równoważnego.

Odnosząc się tak zakreślonych granic sporu wskazać trzeba, iż odwołujący nie był uprawniony do zaoferowania pompy równoważnej, bowiem zamawiający w siwz takiej możliwości nie przewidział. Tym samym zamawiający trefnie uznał, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz, co w konsekwencji obligowało go do odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uwzględniając fakt, iż adresatem normy wyrażonej w art. 29 ust. 3 Pzp nie jest wykonawca, lecz zamawiający, brak jest podstaw do uznania, że uprawnienie do złożenia oferty równoważnej przysługuje wykonawcy wprost na podstawie powołanego przepisu. Takie działanie sprzeciwiałoby się zasadzie przejrzystości postępowania, a ponadto literalnemu brzmieniu komentowanego przepisu, który nakłada na zamawiającego bezwzględny obowiązek w okolicznościach w nim opisanych dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Jednocześnie zamawiający winien dookreślić, w jaki sposób na gruncie danej sprawy będzie oceniał równoważność oferowanego urządzenia, jakie parametry czy funkcjonalności będzie brał pod uwagę dokonując w tym aspekcie analizy oferty uznanej przez wykonawcę za równoważną - wówczas ciężar udowodnienia równoważności spoczywa

na wykonawcy. Zatem nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia na podstawie art. 29 ust. 3 Pzp 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 stwierdzenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu „równoważności” oferty. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić, czy oferty przedstawiające produkty różniące się między sobą mają charakter ofert równoważnych. Zamawiający wskazując w siwz na konkretny produkt, a pomijając minimalne wymagania wskazujące na jego oczekiwania co do oferowanego produktu, zniechęca do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek. Podkreślić tym samym trzeba, iż zdefiniowanie równoważności służyć ma realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 zasadzie równego dostępu wykonawców do zamówienia oraz uczciwej konkurencji odczytywanej w świetle art. 29 ust. 1 Pzp nakazującego zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie zatem dookreślenie pojęcia równoważności na gruncie konkretnej sprawy będzie służyło relacji wytycznych wyartykułowanych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza „Dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia „równoważność”, ale zawarte w siwz określenia uściślające wymogi Zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równoważności ofert (...). Zamawiający w siwz powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności ofert. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić ofert pod kątem własnych potrzeb oraz porównać złożonych ofert. Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wybór za równoważny bądź nie, a w konsekwencji dopuści ofertę do oceny, bądź ją odrzuci jako niezgodną z treścią siwz” (vide: wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 254/08). Dodatkowo wymaga podkreślenia, iż zamawiający narusza ustawę także wówczas jeżeli mimo, że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go poprzez wskazanie na znak towarowy lub podanie innych parametrów przesądzających o wyborze konkretnej marki.

Trzeba w tym miejscu zwrócić ponadto uwagę, iż to zamawiający, jako gospodarz postępowania, znając swoje uzasadnione potrzeby, które chce zaspokoić zawierając umowę o zamówienie publiczne, powinien opisać przedmiot zamówienia zgodnie z ustawą, a gdy

uchybi w tym zakresie przepisom ustawy powinien się liczyć z unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp.

Izba stoi na stanowisku, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu przez zamawiającego dokumentacji postępowania, w tym w szczególności przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. Reguła ta jednak musi być oceniana biorąc pod uwagę cel postępowania o zamówienie publiczne, którym jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Podnieść także trzeba, iż wykonawcy mają instrumenty prawne (w tym przypadku, ze względu na wartość zamówienia, możliwość poinformowania zamawiającego w trybie art. 181 ust. 1 Pzp w terminie właściwym do wniesienia odwołania dotyczącego treści siwz o naruszeniu art. 29 ust. 3 Pzp), aby weryfikować proces przygotowywania i przeprowadzania postępowania przez zamawiającego.

Zważywszy powyższe Izba uważa za zasadne wskazanie, iż zamawiający powinien dokonać oceny stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy w świetle art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, stosownie do którego należy unieważnić postępowanie, jeśli obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co prawda wśród przesłanek unieważnienia umowy wskazanych w art. 146 ust. 1 Pzp ustawodawca nie wskazał naruszenia przepisu art. 29 ust. 3 Pzp, jednak jako podstawę unieważnienia należałoby powołać art. 146 ust. 6 Pzp. Skoro Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, nie ma przeszkód, aby zamawiający w ramach samokontroli swoich decyzji unieważnił nieprawidłowo przeprowadzone postępowanie unikając tym samym zawarcia umowy mogącej następnie być unieważnioną.

W tym stanie rzeczy, skoro zamawiający prawidłowo postąpił odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, bowiem jej treść nie odpowiada treści siwz, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....