

WYROK
z dnia 23 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Usługi Instalacyjno-Budowlane „Kompens”, ul. Łazy 31, 25-677 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Świętokrzyską, al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7, 25-314 Kielce**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wezwanie odwołującego- wykonawcy pn. Usługi Instalacyjno-Budowlane „Kompens”, ul. Łazy 31, 25-677 Kielce do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty.
2. kosztami postępowania obciąża **Politechnikę Świętokrzyską, al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7, 25-314 Kielce** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 000 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Usługi Instalacyjno-Budowlane „Kompens”, ul. Łazy 31, 25-677 Kielce** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Politechniki Świętokrzyskiej, al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7, 25-314 Kielce** na rzecz wykonawcy **Usługi Instalacyjno-Budowlane „Kompens”, ul. Łazy 31, 25-677 Kielce** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Kielcach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Politechnika Świętokrzyska al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7, w Kielcach, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na remont pomieszczeń i instalacji wewnętrznych w domu studenta nr 4 „Asystent” Politechniki Świętokrzyskiej w Kielcach przy al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7” opublikowanego w BZP nr 203242-2013 w dniu 24.05.2013 r.

W dniu 27 czerwca 2013 roku wykonawca Usługi Instalacyjno Budowlane „KOMPENS” I..... M....., zwany dalej „odwołującym” otrzymał listownie informację o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca Usługi Instalacyjno-Budowlane „Kompens” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu bezpodstawne odrzucenie jego oferty z powodu rzekomego zaoferowania w ofercie:

- drzwiczek rewizyjnych, które nie posiadają oporności ogniowej.
- Switcha światłowodowego niezgodnego z parametrami, wskazanymi w SIWZ

Powyżej wskazanym czynnościom zarzucił naruszenie art. 7 ust. 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezaoferowania drzwiczek rewizyjnych posiadających odpowiednią oporność ogniową wskazał, że zamawiający w SIWZ wyraźnie wskazał, iż: *Wykonawca jest zobowiązany do dokonania własnych ustaleń co do rzeczywistego zakresu robót wymaganego do osiągnięcia oczekiwanego rezultatu i dokonania ewentualnych uzupełnień oraz, że przedmiary robót mają jedynie charakter pomocniczy.* Mając na uwadze znaczenie tych zapisów i formę wynagrodzenia ryczałtowego odwołujący sporządził ofertę i kosztorys które odniesiono do zapisów SIWZ, a nie tylko przedmiarów. W przywołanej pozycji nr 45 kosztorysu ofertowego odwołujący wskazał drzwiczki AWENTA, które w zestawieniu materiałowym dla tej pozycji nie wskazano, że drzwiczki te są drzwiczkami o odporności ogniowej wynoszącej co najmniej 1 godzinę. Podniósł, że dokumentacja

projektowa w żadnym miejscu nie wskazywała na wymóg instalacji drzwiczek z odpornością ogniową 1godz., a dopiero w opisach SIWZ pojawił się zapis o charakterze ogólnym, że przy dostępie do zaworów i wodomierzy należy uwzględnić drzwi szczelne ppoż. bez wskazywania na pozycję przedmiarów robót i ilości. Podniósł, że odwołujący zaoferował takie drzwiczki w kosztorysie ofertowym na roboty budowlane w poz. nr 77 i w części materiał został opisany jako: drzwiczki rewizyjne o wym. 20x30 Lafarge Nida Gips, Zaoferowane drzwiczki rewizyjne posiadają wymaganą klasę palności spełniającą wymogi ppoż.

W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego niezaoferowania wymaganego w SIWZ Switcha podniósł, że zamawiający dopuszczał zaoferowanie w tym zakresie świadczenia równoważnego. Równocześnie podniósł, że zamawiający nie opisał jaki switch, o jakich parametrach technicznych, jest wymagany. Ponadto podał iż zamawiający nigdzie nie podał istotnych parametrów technicznych switcha, a w szczególności parametrów równoważnych umożliwiających zaoferowanie takiego urządzenia, które mieściłoby się w parametrach równoważnych. Wobec powyższego odwołujący opierając się na wymaganiach funkcjonalnych zaoferował model switcha, który nie ma tylu portów ile model podany przez zamawiającego natomiast spełnia wszystkie właściwości funkcjonalne wymagane w dokumentacji. Ponadto ten model switcha zawiera jeszcze 100% rezerwy co do przepływów danych niezbędnych na chwilę obecną zamawiającemu. Zaoferowanie takiego switcha wynikało przede wszystkim z faktu, że zamawiający nie wskazał, nie opisał parametrów równoważności, które umożliwiałyby dobór urządzenia w stosunku do switcha referencyjnego. Tym samym odwołujący uważa, że zaoferował właściwe urządzenie i gdyby zamawiający wystąpił w tym zakresie z pytaniem to uzyskałby odpowiedź w pełni wyjaśniającą jego wątpliwości w tym zakresie, natomiast błędem zamawiającego było dokonanie oceny 0-1.

Tym samym stwierdził iż należy uznać, że zamawiający podczas oceny ofert wymagał produktu identycznego, a nie równoważnego co w świetle zapisów ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Podniósł, że oferując powyższe opierał się na treści postanowień SIWZ gdzie zamawiający w części III SIWZ opis przedmiotu zamówienia wskazał, że *„Uwaga! Załączone do dokumentacji projektowej przedmiary robót i kosztorysy nakładcze mają charakter informacyjny i pomocniczy. Wykonawca jest zobowiązany do dokonania własnych ustaleń co do rzeczywistego zakresu robót wymaganego do osiągnięcia oczekiwanego rezultatu i dokonania ewentualnych uzupełnień”*.

Nadto w części XV. pkt. 5 zamawiający zawarł zapis o treści: *„Kosztorys ofertowy, ma charakter pomocniczy tzn. będzie przez Zamawiającego wykorzystany wyłącznie dla potrzeb ustalenia: czy parametry techniczne i jakościowe materiałów i urządzeń zaoferowanych do*

realizacji zamówienia są zachowane tj. czy stanowią produkty o wymaganej jakości określonej w dokumentacji projektowej, jak również czy spełniają wymogi zastosowania ich dla danego typu robót, w świetle obowiązujących norm, przepisów, atestów, aprobat technicznych, certyfikatów i innych wymagań w tym zakresie".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania z powodu złożenia odwołania przez wykonawcę o nazwie „KOMPKNS” gdyż w rzeczywistości wykonawca, którego oferta została odrzucona miał nazwę „KOMPENS”. W przypadku nie podzielenia powyższego stanowiska zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że ofertę odwołującego odrzucił, gdyż oferowane przez wykonawcę, materiały i urządzenie nie posiadały cech umożliwiających uznanie ich za zgodne z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ. Sprzeczność oferty z SIWZ dotyczyła jej merytorycznej zawartości. Podał, że jako niezasadne należy uznać zawarte w odwołaniu zarzuty odnoszące się do ceny ryczałtowej, w szczególności jej znaczenia prawnego, gdyż nie pozostają w związku z czynnościami zamawiającego, które są kwestionowane. Cena ryczałtowa nie oznacza bowiem dla wykonawcy dowolności w sposobie wykonania przedmiotu zamówienia - jak zdaje się sądzi odwołujący. W części XV pkt. 5 SIWZ Zamawiający wskazał jakie znaczenie w postępowaniu ma kosztorys ofertowy, który zobowiązani byli złożyć wykonawcy. Kosztorys ofertowy służył do ustalenia, czy parametry techniczne i jakościowe materiałów i urządzeń zaoferowanych do realizacji zamówienia są zachowane.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie wykazywał, że odrzucenie oferty odwołującego było w pełni zasadne.

Przystępujący w przystąpieniu wniósł o odrzucenie odwołania z powodu wniesienia go po terminie, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Nie potwierdził się zarzut przystępującego o wniesieniu odwołania po terminie. Kwestia ta została w sposób przekonujący wyjaśniona przez zamawiającego który podał, że informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została temu wykonawcy przesłana skutecznie tylko za pomocą przesyłki listownej.

Izba nie uwzględniła też wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodu rzekomego jego wniesieniu przez podmiot nieuprawniony, gdyż za wyjątkiem błędnego zapisu nazwy przedsiębiorcy – w odwołaniu podano nazwę KOMPKNS, a powinno być KOMPENS, wszystkie pozostałe dane przedsiębiorcy są identyczne. Tym samym powyższy błąd w nazwie (zamiana litery E na literę K) jest zdaniem Izby zwykłym błędem pisarskim.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia ponieważ jego oferta byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu biorąc pod uwagę jedyne kryterium oceny – wysokość zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do oceny zasadności zarzutu dotyczącego braku zaoferowania w ofercie drzwiczek rewizyjnych o oporności ogniowej wynoszącej co najmniej 1 h wskazać należy, że zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty bez uprzedniego wystąpienia do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

W tym zakresie wskazać należy, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą zarówno sądów jak Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia takie stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert nie może opierać się wyłącznie na formularzu oferty oraz formularzu cenowym, lecz winien poddać ocenie również złożone wyjaśnienia w kontekście zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami ustalonymi w treści SIWZ.

Nadto zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień.

O tym, że u zamawiającego zrodziły się wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ w sposób jednoznaczny świadczy fakt poszukiwania przez niego na stronach internetowych informacji o zaoferowanych drzwiczkach – co podaje w odpowiedzi sam zamawiający, iż *„Zamawiający na etapie badania ofert, na podstawie katalogu produktów firmy AWENTA dostępnym na stronach internetowych ustalił, że żadne drzwiczki tej firmy nie posiadają odporności ogniowej”*.

Tym samym zamawiający stwierdzić należy, że zamawiający oparł odrzucenie oferty w oparciu o informacje ze stron internetowych, nadając im większą moc dowodową niż oświadczeniu odwołującego o zgodności treści oferty z treścią SIWZ, pomijając fakt, że dokumenty pochodzące ze stron internetowych nie korzystają z domniemania zgodności z

prawdą oświadczeń w nich zawartych, gdyż stanowią one w zasadzie materiał reklamowy danego producenta.

Ponadto Izba wskazuje, że zamawiający nie może nie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień zakładając z góry, że wyjaśnienia te nie wniosą nic nowego do sprawy. Dodatkowo wskazać należy, że brak zaoferowania przedmiotowych drzwiczek w wymaganej kosztorysem pozycji (poz. 45), a zaoferowanie ich jak twierdzi odwołujący, w innej pozycji (poz.77) w sposób jednoznaczny wskazuje na ich nie zaoferowanie w ofercie.

Odnosząc się do powyższego Izba stwierdza za wyrokiem KIO z 2010.03.18 sygn. akt KIO/UZP 233/10, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Czynności tej dokonał niezgodnie z powoływanym przez siebie przepisem, gdyż aby zastosować powyższy przepis zamawiający winien najpierw uzyskać pewność co do treści oferty, a dopiero po tym, zgodnie z regułą należytej staranności, może zakwalifikować treść oferty, jako odpowiadającą albo nie odpowiadającą treści specyfikacji.”

Tym samym Izba uznaje, że odrzucenie oferty z tego powodu było przedwczesne, gdyż dopiero złożenie wyjaśnień przez odwołującego i dokonaniu ich oceny przez zamawiającego może stanowić ostateczną podstawę do podjęcia decyzji co do ewentualnej zgodności lub nie, treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Ponadto za wyrokiem KIO 360/10 należy stwierdzić, że zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji opisanego w SIWZ przedmiotu zamówienia.

Istotą drugiego z podniesionych zarzutów jest kwestia zgodności zaoferowanego Switcha z treścią SIWZ. Jednakże ze względu na fakt, że zamawiający w SIWZ dopuścił możliwość zaoferowania produktów i rozwiązań równoważnych Izba za niezbędną uznaje potrzebę oceny prawidłowości dokonania opisu przez zamawiającego zasad równoważności.

Na wstępie Izba za zasadne uznaje wskazanie, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, iż to zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i to zamawiający jest nie tylko uprawniony, ale też zobowiązany do określenia przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami (tak w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 246/12 oraz z dnia 16 maja 2011 r. sygn. akt KIO 937/11).

Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia, w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał on wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. Nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców /wyrok KIO 278/10/. Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, który dopuszczający opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów i pochodzenia, ma charakter przepisu *lex specialis* w stosunku do przepisu ust.1 i może być stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach, po spełnieniu wymienionych w nim przesłanek – tj. gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, co powoduje, że konkretnie wskazane produkty mają charakter przykładowy. Wszystkie te trzy przesłanki muszą zaistnieć łącznie i co ważne - to zamawiający, a nie wykonawca jest obowiązany udowodnić ich istnienie / kom. Do ustawy pzp pod red. St. Babiarsza str. 226 wyd.1/

Istotne jest to, aby w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, korzystając z dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, sprecyzował zakres minimalnych parametrów równoważności przedmiotu, oraz metod oceny ich spełnienia w oparciu o które dokona oceny złożonej oferty. Rozwiązanie równoważne nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie wymagania przedmiotu referencyjnego wskazanego przez projektanta. Jeśli zamawiający oczekuje spełnienia tych wszystkich parametrów to winien był opisać przedmiot zamówienia w tym zakresie wg zasad przewidzianych w art 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Opisując sposób spełnienia równoważności danego produktu zamawiający winien wskazać dopuszczalne odstępstwa zaoferowanego urządzenia czy przedmiotu równoważnego od przedmiotu czy urządzenia referencyjnego za pomocą wartości stanowiących katalog zamknięty, używając określeń np. „*nie cięższy niż i nie lżejszy niż*”, mający wymiar „*nie większy i nie mniejszy*” „*nie szerszy i nie dłuższy*” *posiadających ilość portów nie mniej i nie więcej niż itp.*;. Dopiero przy tak opisanych wymogach wykonawca ma obowiązek na podstawie przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp udowodnienia, że oferowany przez niego produkt mieści się w tych ściśle określonych zakresach równoważności.

Precyzyjne określenie parametrów, wymogów co do równoważności produktów pozwala prawidłowo je ocenić i porównać złożone oferty.

W zakresie przedmiotowego zarzutu zamawiający wskazał jedynie z nazwy rodzaj oczekiwanego Switcha nie precyzując jego parametrów użytkowych. Oczekiwane parametry zamawiający wskazał dopiero w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego oraz na rozprawie stwierdzając, że *w zakresie braku podania parametrów switcha należy zauważyć, iż informacja zamawiającego w tym zakresie kierowana była do profesjonalnego wykonawcy, a informacja, iż dotyczy to switcha o symbolu ES4612. To winno wskazywać jakimi parametrami cechuje się to urządzenie, tym samym wykonawca mógł zaoferować urządzenie o takich samych parterach, bądź wyższych*”.

Wobec braku precyzyjnego opisanie zarówno parametrów wymaganego switcha jak również nie wskazania w postaci katalogu zamkniętego dopuszczalnych odstępstw przy zaoferowaniu rozwiązania równoważnego odwołujący zarzucił, że po pierwsze zamawiający nie wskazał, nie opisał parametrów równoważności, które umożliwiałyby dobór urządzenia w stosunku do switcha referencyjnego, a po drugie zaoferowany przez niego Switch spełnia wszystkie wymagania funkcjonalne dla tego typu urządzenia. Ponadto wskazał, że zamawiający nie dał mu możliwości poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień wykazania iż to urządzenie przy tak opisanej równoważności spełnia postawione w SIWZ wymagania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznaje jak przy zarzucie pierwszym iż zamawiający przed ewentualnym odrzuceniem oferty wykonawcy z powodu zarzucanej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego switcha winien wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, a po ich otrzymaniu dokonać ponownej oceny ofert wraz z ofertą odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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

