

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2012r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Mateusz Michalec

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2012r. w Warszawie odwołań wniesionych w Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. W dniu 20 lipca 2012r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Zygmunta Murdza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Murdza mgr inż. Zygmunt Murdza z siedzibą w Węgrzycach, ul. B2 nr 9 i Aga – Bauservice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. śabiniec 25**
- B. W dniu 20 lipca 2012r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach, ul. Barbary 21 i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego DOMKAT Spółkę Akcyjną z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Budowlana 19**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica z siedzibą w Krakowie, Al. Mickiewicza 30**

przy udziale **wykonawcy Frapol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Mierzeja Wiśłana 8** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 1538/12, KIO 1553/12 po stronie zamawiającego,

orzeka

1

1a. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Zygmunta Murdza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Murdza mgr inż. Zygmunt Murdza z siedzibą w Węgrzycach, ul. B2 nr 9 i Aga – Bauservice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. śabiniec 25 w całości**

1b. uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach, ul. Barbary 21 i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego DOMKAT Spółkę Akcyjną z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Budowlana 19** i nakazuje zamawiającemu : unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach, ul. Barbary 21 i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego DOMKAT Spółkę Akcyjną z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Budowlana 19** z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach, ul. Barbary 21 i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego DOMKAT Spółkę Akcyjną z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Budowlana 19** i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Zygmunta Murdza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Murdza mgr inż. Zygmunt Murdza z siedzibą w Węgrzycach, ul. B2 nr 9 i Aga – Bauservice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. śabiniec 25** oraz **Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica z siedzibą w Krakowie, Al. Mickiewicza 30** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł. 00 gr.

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Zygmunta Murdza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Murdza mgr inż. Zygmunt Murdza z siedzibą w Węgrzycach, ul. B2 nr 9 i Aga – Bauservice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. śabiniec 25 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o**

2

zamówienie publiczne Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach, ul. Barbary 21 i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego DOMKAT Spółkę Akcyjną z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Budowlana 19;
tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Zygmunta Murdza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Murdza mgr inż. Zygmunt Murdza z siedzibą w Węgrzycach, ul. B2 nr 9 i Aga – Bauservice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. śabiniec 25** na rzecz **Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica z siedzibą w Krakowie, Al. Mickiewicza 30** kwotę **295zł. 10 gr.** (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt pięć złotych dziesięć groszy) z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę,

2.3. zasądza od **Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica z siedzibą w Krakowie, Al. Mickiewicza 30** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach, ul. Barbary 21 i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego DOMKAT Spółkę Akcyjną z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Budowlana 19** kwotę **13 600 zł. 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego na rozprawie.

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 Krakowie**.

Przewodniczący:

3

**Sygn. akt KIO 1538/12
KIO 1553/12**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę budynku pięciokondygnacyjnego do północnego skrzydła budynku Wydziału Zarządzania AGH w Krakowie zostało wszczęte przez zamawiającego Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie, Al. Mickiewicza 30 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 maja 2012r. za numerem 2012-108045.

W dniu 16 lipca 2012r. drogą elektroniczną zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o :

1. wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty PP-A P.U.H. Frapol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Mierzeja Wiślana 8,
2. Odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach, ul. Barbary 21 i Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego DOMKAT Spółkę Akcyjną z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Budowlana 19 (dalej wykonawca Budus) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako że jej treść nie odpowiadała treści siwz. Zamawiający wskazał, że wykonawca Budus był wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w dniu 5 lipca 2012r.. W dniu 6 lipca wykonawca Budus złożył wniosek o przedłużenie terminu na składanie uzupełnień z uwagi na fakt, że „uzupełnienie przedmiotowego zestawienia materiałów złożonej oferty wymagana dużego nakładu pracy, kontaktu z dostawcami oraz producentami”.

To oświadczenie zdaniem zamawiającego potwierdzało, że zestawienie zostało sporządzone po wezwaniu do uzupełnienia braków, a zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy dokumenty i oświadczenia składane na wezwanie zamawiającego powinny potwierdzać, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

3. Odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zygmunta Murdza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Murdza mgr inż. Zygmunt Murdza z siedzibą w Węgrzycach, ul. B2 nr 9 i Aga – Bauservice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie,

4

ul. śabiniec 25 (dalej wykonawca Aga-Bauservice) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z uwagi na to, że treść tej oferty nie odpowiada treści siwz., Zamawiający podał, że wykonawca Aga –Bauservice w zestawieniu materiałów i urządzeń w pozycji kurtyny p-poż EI60 wskazał parametry wraz z opisem ścianki p-poż, co zdaniem zamawiającego, nie odpowiada przedmiotowi zamówienia oraz pominął w zestawieniu materiałów siedziska audytoryjne. Zgodnie z siwz wykonawca był zobowiązany dołączyć do oferty zestawienie materiałów i urządzeń wskazanych przez zamawiającego w załączniku 9/1 wraz z ich opisem i wskazaniem parametrów umożliwiającym porównanie z parametrami opisanymi w dokumentacji projektowej. Wykonawca był też zobowiązany wskazać konkretny wyrób poprzez np. nazwanie, określenie marki, znaku towarowego lub innych przypisanych wyłącznie temu towarowi cech.

Z informacji o wyniku postępowania, wynika także, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Brandla 1 i BTH Instalacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Brandla 1 złożyli ofertę nie podlegającą odrzuceniu, która zajęła 3 miejsce w rankingu ofert.

Z protokołu postępowania wynika, że przy jedynym kryterium cenowym wykonawca wybrany zaoferował cenę 9 328 037,47zł., a odwołujący się wykonawcy odpowiednio:

- wykonawca Aga-Bauservice - 8 974 648,58zł.

- wykonawca Budus – 8 915 015,28zł.,

Sygn. akt KIO 1538/12

W dniu 20 lipca 2012r. odwołanie na odrzucenie swojej oferty wyniósł wykonawca Aga – Bauservice. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy poprzez jego niewłaściwe i niezgodne ze stanem faktycznym zastosowanie, w szczególności przez bezzasadne odrzucenie oferty Aga-Bauservice w przedmiotowym postępowaniu postępowania, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści SIWZ,

- art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Aga-Bauservice do złożenia wyjaśnień w sytuacji gdy zapisy złożonej oferty wzbudziły u zamawiającego wątpliwości oraz niedokonaniu poprawek w tej ofercie w sytuacji gdy przepisy ustawy to nakazują.

5

Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Aga-Bauservice, dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez Aga-Bauservice, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania oferty złożonej przez Aga-Bauservice za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, ponieważ z uwagi na bezzasadne odrzucenie jego oferty nie uwzględniono jej przy wyborze najkorzystniejszej oferty, w konsekwencji dokonano wyboru oferty złożonej przez PP-A P U.H. FRAPOL Sp. z o.o., Mierzeja Wiślana 8, 30 - 832 Kraków, mimo że odwołujący w złożonej ofercie zaproponował cenę za wykonanie zamówienia w wysokości 8 974 648,58 zł brutto, tj. niższą niż wybrany wykonawca. W uzasadnieniu Aga-Bauservice wskazał, że zamawiający odrzucił

jego ofertę na tej podstawie, że w zestawieniu materiałów i urządzeń w pozycji kurtyny p-poż EI60 wskazał parametry wraz z opisem ścianki p-poż, co nie odpowiada przedmiotowi zamówienia oraz, że pominięto w zestawieniu materiałów pozycję pn. „siedziska audytoryjne”. Odwołujący przyznał, że w miejsce wykonania kurtyn na oknach o wytrzymałości ogniowej EI60 zaoferował montaż stolarki w systemie Aluprof o parametrach przegrody ogniowej EI60, ale wskazał, że w pkt 3.2. siwz zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych, natomiast w pkt 16.9 siwz dopuścił zastosowanie przez wykonawcę rozwiązań równoważnych w stosunku do przedstawionych w dokumentacji, pod warunkiem, że:

- a. parametry techniczne, użytkowe i eksploatacyjne są co najmniej takie same lub lepsze od parametrów wymienionych w dokumentacji projektowej,
- b. geometria, faktura, kolorystyka urządzeń i materiałów nie wpływa na przyjęte rozwiązania architektoniczno konstrukcyjne,
- c. nie prowadzą do zmiany rozwiązań projektowych,
- d. nie prowadzą do zmiany wyrazu architektonicznego obiektu, a co za tym idzie zmiany projektu jako zapisu świadomego rozwiązania architektonicznego będącego wyrazem uzyskania efektu założonego przez zamawiającego i projektanta.

Aga-Bauservice wskazał, że jego rozwiązanie jest równoważne przedmiotowi zamówienia, gdyż parametry techniczne są lepsze, ponieważ w miejsce okna z dodatkową kurtyną opuszczaną w przypadku pożaru odwołujący zaproponował okno stanowiące przegrodę

6

pożarową o wymaganych parametrach, które w sposób trwały i ciągły stanowi zabezpieczenie p poż; oferta odwołującego eliminuje czynnik awaryjności urządzenia mechanicznego, jakim jest kurtyna p.poż. Oferta odwołującego nie wpływa na zmianę wymiarów okna ani na rozwiązania architektoniczno-konstrukcyjne. Wymiana istniejącego okna nie wpływa na zmianę rozwiązań projektowych. Oferta nie prowadzi do zmiany wyrazu architektonicznego obiektu, co więcej, wpływa na poprawę estetyki obiektu - nad oknami nie będą się znajdować kasety roletami. W odniesieniu do braku siedzisk audytoryjnych w zestawieniu materiałów, wskazał, że w pierwotnym zestawieniu materiałów siedziska audytoryjne nie zostały zamieszczone Następnie zamawiający opublikował zaktualizowane 31 maja 2012 roku zestawienie, które w dalszym ciągu nie zawierało tej pozycji. Na stronie internetowej zamawiającego, link: <http://przetargi.propulitco.pl/OgloszeniaSzczegolov.aspx?MasterPage=EmptyMasterPage&id=22622&archive=i;ue> w pozycji „Inne dokumenty” w dalszym ciągu jest zamieszczona wersja zestawienia z 31 maja 2012, określonego jako „Nowy, uzupełniony o materiały i urządzenia”.

Po uważnej analizie zawartości strony zamawiającego, odwołujący odnalazł w pozycji „Pytania i odpowiedzi”, zakładkę „Odpowiedź na zapytania 8 SIWZ, zmiany SIWZ”, gdzie zamawiający informuje między innymi o uzupełnieniu zestawienia o siedziska audytoryjne i podaje link do zestawienia. W ten sposób na stronie zamawiającego znajdują się dwa różne zestawienia, z których jedno zestawienie w dalszym ciągu prezentowane we właściwym miejscu, tj. z pozycji „Inne dokumenty” i drugie, do którego nie można dotrzeć poprzez zwykłe przeglądanie strony zgodnie z mapą strony. Ponadto odwołujący nie był poinformowany o uzupełnieniu zestawienia i przygotowując ofertę oparł się na zestawieniu zamieszczonym w pozycji „Inne dokumenty”. Zdaniem odwołującego, jeżeli zamawiający udostępnia dwa różne zestawienia materiałów, to przygotowanie zestawienia zgodnie z jednym z tych wzorów spełnia wymogi SIWZ. Należy przy tym podkreślić, że ze względu na miejsce zamieszczenia zestawienia, na podstawie którego odwołujący przygotował ofertę, to właśnie zestawienie powinno być uznawane jako stanowiące materiał do przygotowania oferty. Zamawiający, ażeby żądać przygotowania oferty w oparciu o uzupełnione zestawienie, winien był udostępnić to zestawienie w pozycji „Inne dokumenty” i usunąć nieaktualne zestawienie tak, jak to uczynił zmieniając zestawienie na wersję z 31 maja 2012 roku. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 lipca 2012r. udzielonego przez pełnomocnika Zygmunta Murdza, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 lipca 2012r. udzielonego przez Zygmunta Murdza i upoważniającego do udzielania dalszych pełnomocnictw oraz na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 lipca 2012r. udzielonego przez Aga-Bauservice sp. z o.o. i podpisanego przez prezesa zarządu wykonawcy ujawnionego w KRS i upoważnionego

7

do samodzielnej reprezentacji Aga-Bauservice. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 lipca 2012r.

W dniu 20 lipca 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przez Aga-Bauservice przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23 lipca 2012r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego od firmy Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Brandla 1. Zgłaszający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Oświadczył, że przekazał kopię zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej prezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia.

W dniu 23 lipca 2012r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego od firmy Frapol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Mierzeja Wiślana 8. Zgłaszający wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została prawidłowo wybrana i z nim powinna być zawarta umowa o zamówienie publiczne. Wniósł o oddalenie odwołania i podkreślił, że oferta Aga-Bauservice nie odpowiada treści siwz, tak jak prawidłowo ustalił to zamawiający, stąd zarzuty są niezasadne, a zarzut zaniechania wyjaśnić i zaniechania dokonania poprawek nie został przez odwołującego bliżej opisany. Oświadczył, że przekazał kopię zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej prezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia.

Sygn. akt KIO 1553/12

W dniu 20 lipca 2012r. wykonawca Budus wniósł odwołanie na czynność odrzucenia swojej oferty. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że zostało dokonane prawidłowe uzupełnienie dokumentów i oferta jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

8

- innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania z powodu niezgodności treści oferty z treścią siwz, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego.

Wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku powyższych działań i zaniechań zamawiającego, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia poniósł lub może ponieść szkodę. Odwołujący złożył ofertę czwartą w kolejności, jeżeli chodzi o cenę, jednak wszystkie trzy oferty, znajdujące się przed odwołującym zostały zasadnie, według odwołującego, odrzucone. Natomiast oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, jak wynika z uzasadnienia przedmiotowego odwołania. Jednocześnie odwołujący oświadczył, że wniósł informację do zamawiającego w zakresie dodatkowych zarzutów na trzy tańsze oferty. W ocenie odwołującego, zamawiający dokonał nieuprawnionego wyboru jako najkorzystniejszej, oferty znajdującej się na pozycji szóstej, jeśli chodzi o cenę. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy, zastosowałby się do dyspozycji art. 7 ustawy, wówczas to oferta odwołującego otrzymałaby największą ilość punktów i uzyskałaby status oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie, odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał na pkt. 8 siwz, pkt. 16.9- 16.11 siwz, odpowiedź zamawiającego na zapytania do treści siwz z dnia 18 maja 2012r. w zakresie pytań nr 3, 17, 20, a także odpowiedź zamawiającego z dnia 25 maja 2012r. w zakresie pytań 4 i 5 oraz na zmianę treści pkt. 16.10 siwz z dnia 31 maja 2012r. i w konsekwencji zmianę załącznika nr 9/1 do siwz, zmianę treści załącznika nr 9/1 do siwz z dnia 5 czerwca 2012r., odpowiedź zamawiającego z dnia 6 czerwca 2012r. na pytanie 17, wezwanie zamawiającego z dnia 5 lipca 2012r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do odwołującego Budus o uzupełnienie braków w

ofercie, tj. zestawienia materiałów i urządzeń oraz parametrów oferowanych urządzeń, prośbę własną skierowaną do zamawiającego w dniu 6 lipca 2012r. o wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów, pismo zamawiającego z dnia 11 lipca 2012r. zezwalające na przedłużenie terminu na uzupełnienia, pismo własne odwołującego do zamawiającego z dnia 10 lipca 2012r. oraz na powiadomienie o odrzuceniu jego oferty. Na podstawie powyższych dokumentów odwołujący wywiódł, że zamawiający z treści prośby o przedłużenie terminu na składanie uzupełnień (pismo Odwołującego MM/371/2012 z dnia 06.07.2012r.) wysnuł błędne wnioski i domniemania, które stały się przyczyną bezzasadnego odrzucenia oferty

9

odwołującego. Wskazał, że pomimo podanej przez zamawiającego podstawy prawnej odrzucenia jego oferty tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający w uzasadnieniu faktycznym nie wskazuje, w jakim zakresie treść oferty Budus nie odpowiada treści siwz. Treść oferty Budus odpowiada treści siwz, gdyż odwołujący na wezwanie (na podstawie art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1) z dnia 05.07.2012r. złożył kompletne uzupełnienia i wyjaśnienia, w zakresie których był wezwany. Jeżeli zamawiający miałby merytoryczne zastrzeżenia do jakiegokolwiek pozycji uzupełnionego zestawienia materiałów i urządzeń (zał. 9/1) - miał obowiązek podać to w uzasadnieniu do odrzucenia oferty. Podniósł, że zamawiający błędnie jako podstawę do odrzucenia oferty Budus uznał treść dokumentu (prośby o przedłużenie terminu uzupełnienia), który nawet nie jest obowiązkowy i w ogóle nie powinien być przedmiotem jakiegokolwiek oceny zamawiającego. Podkreślił, że to oferowane usługi, dostawy roboty budowlane miały spełniać wymagania określone przez zamawiającego nie później niż na dzień składania ofert. Nadto wskazał, że uzupełnione zestawienie materiałów i urządzeń nosi prawidłową datę. Tym samym w ocenie odwołującego Budus brak było podstaw do niedokonania merytorycznej oceny uzupełnionego zestawienia. Data na uzupełnionym wykazie materiałów i urządzeń jest datą składania ofert, a zatem oczywistym jest, że dokument potwierdza spełnienie przez oferowane dostawy usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż na dzień składania ofert. Ponadto w ocenie odwołującego Budus, nawet gdyby zestawienie opatrzone było datą późniejszą niż termin składania ofert, to to także nie przesądza o nie wykazaniu spełnienia wymagań zamawiającego, jako przykład podał referencje, które wystawione mogą być po dacie składania ofert, byle ich treść potwierdzała należyte wykonanie np. robót budowlanych zakończonych przed składaniem ofert. W ocenie odwołującego ważne dla dokonania oceny zestawienia jest to czy podane materiały i urządzenia o wskazanych opisach i parametrach dostępne były już na dzień składania ofert. Jeżeli chodzi o zestawienie materiałów i urządzeń złożone przez odwołującego na etapie składania ofert, to należy wskazać że wszystkie zaoferowane tam materiały i urządzenia potwierdzały spełnianie wymagań zamawiającego już na tym etapie. Odwołujący na etapie składania ofert posiadał wszystkie karty katalogowe i opisy techniczne dla wskazanych materiałów i urządzeń, oraz posiadał opracowane pełne parametry i opisy niezbędne dla zestawienia. W niektórych jednak pozycjach, z przyczyn czysto technicznych, odwołujący podanie parametrów i opisów zastąpił zwrotem „zgodnie z projektem”, co niewątpliwie w ocenie odwołującego także stanowiło potwierdzenie parametrów wymaganych w dokumentacji projektowej. Na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia odwołujący przekazał posiadane już wcześniej na etapie składania ofert pełne zestawienie w zakresie wszystkich opisów i parametrów. Podkreślił, że nie dokonał żadnych zmian jeżeli chodzi o nazwę urządzenia/materiału jak również nazwę producentów. Co do

10

argumentacji użytej w piśmie z dnia 6 lipca 2012r., to wskazał, iż wnioski wyciągnięte z niego przez zamawiającego są zbyt daleko idące, bo wskazana w piśmie potrzeba kontaktu z producentami był to jedynie ogólny argument, który miał pomóc w uzyskaniu zmiany terminu, kontakt z producentami wcale nie musiał nastąpić, a zamawiający nie miał obowiązku wyrażenia zgody na przedłużenie terminu. Przyjęcie przez zamawiającego, że domniemany kontakt z dostawcami nastąpił i miał bezpośredni wpływ na uzupełnienie dokumentów, jest czystą spekulacją zamawiającego. W ocenie odwołującego swoim działaniem zamawiający naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy. Podkreślił, że nie sposób w przedmiotowej sprawie stwierdzić, że w przypadku negatywnego rozpatrzenia wniosku o przedłużenie terminu przez Zamawiającego, Odwołujący nie uczyniłby zadość wezwaniu w pierwotnie wyznaczonym

terminie, a wtedy Zamawiający nie miałby podstaw do spekulacji w tej sprawie. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy odwołujący Budus uzasadnił tym, że oferta odwołującego jest ofertą z najniższą ceną i jednocześnie niepodlegającą odrzuceniu i powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. Zaniechanie tych czynności przez zamawiającego jest naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 lipca 2012r. udzielonego przez lidera konsorcjum i podpisanego przez członka zarządu i prokurenta lidera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS lidera załączonym do odwołania. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 11 czerwca 2012r. udzielonego przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i podpisanego za Budus przez członka zarządu i prokurenta lidera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, a za DOMKAT przez dwóch członków zarządu, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS partnera załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 20 lipca 2012r.

Zamawiający w dniu 23 lipca 2012r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania Budus przekazując jego kopie i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 25 lipca 2012r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego od firmy Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Brandla 1. Zgłaszający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Oświadczył, że przekazał kopię zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej prezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia.

11

W dniu 26 lipca 2012r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego od firmy Frapol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Mierzeja Wiślana 8. Zgłaszający wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została prawidłowo wybrana i z nim powinna być zawarta umowa o zamówienie publiczne. Wniósł o oddalenie odwołania. Oświadczył, że przekazał kopię zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej prezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia.

Izba ustaliła, następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji treści siwz z dnia 31 maja 2012r., odpowiedzi na pytania wykonawców od nr 1 – 12, oferty wykonawcy Aga-Bauservice, oferty wykonawcy Budus, wezwania do uzupełnienia z dnia 5 lipca 2012r. do wykonawcy Budus, pisma wykonawcy Budus z dnia 6 lipca 2012r., uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę Budus z dnia 10 lipca 2012r. , informacji o wyniku postępowania, protokołu postępowania.

Na podstawie powyższego, Izba ustaliła:

W siwz zamawiający w pkt. 3.2. siwz dopuścił składanie ofert równoważnych.

W rozdziale 8 zamawiający określił inne dokumenty, których załączenia do oferty wymagał i m. in. jest to zestawienie materiałów i urządzeń - nr zał. do siwz 9.

W rozdziale 16 pkt. 16.9 siwz zamawiający dopuścił zastosowanie przez wykonawców rozwiązań równoważnych w stosunku do przedstawionych w dokumentacji, pod warunkiem, że :

- 1) parametry techniczne, użytkowe i eksploatacyjne są co najmniej takie same lub lepsze od parametrów wymienionych w dokumentacji projektowej,
- 1) geometria, faktura, kolorystyka urządzeń i materiałów nie wpływa na przyjęte rozwiązania architektoniczno-konstrukcyjne,
- 1) nie prowadzą do zmiany rozwiązań projektowych,

12

- 1) nie prowadzą do zmiany wyrazu architektonicznego obiektu, a co za tym idzie zmiany projektu jako zapisu świadomego rozwiązania architektonicznego będącego wyrazem uzyskania efektu założonego przez zamawiającego i projektanta.

W pkt. 16.10 wskazał, że wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty zestawienie materiałów i urządzeń wraz z ich opisem i wskazaniem parametrów (co najmniej tych parametrów które zostały wskazane w dokumentacji projektowej), umożliwiającym porównanie z parametrami opisanymi w dokumentacji projektowej. Wykonawca zobowiązany jest również wskazać konkretny wyrób poprzez np. nazwanie, określenie marki, znaku towarowego lub innych przypisanych wyłącznie temu produktowi cech. Zestawienie materiałów i urządzeń oceniane będzie pod względem zgodności (równoważności) z zastosowanymi materiałami i urządzeniami w dokumentacji projektowej, a w pkt. 16.11 postanowił, iż w przypadku wątpliwości co do równoważności zaproponowanych w ofercie rozwiązań, zamawiający w porozumieniu z projektantem na etapie badania oferty może wymagać wykazania (udokumentowania) równoważności.

Załącznik nr 9 do siwz w pierwotnej wersji nie określał nazwy urządzenia materiału, a wymagał jego podania, jak również podania parametrów, opisu, nazwy i producenta. W wyjaśnieniach do siwz w zakresie spornym zamawiający udzielił następujących informacji :

- 1) wyjaśnienia z dnia 18 maja 2012r.

Odpowiedź na pytanie nr 3 o treści „Prosimy o informację jakie materiały należy uwzględnić w załączniku nr 9 do SIWZ? Czy chodzi o materiały wyszczególnione w projektach na kolor czerwony i opisane jako typ1, typ2, typ3 itp.? Czy nie jest wystarczające złożenie kosztorysów ofertowych, w których będzie napisane jaki materiał uwzględniono w danej pozycji kosztorysu? Wypełnianie załącznika nr 9 to dublowanie informacji zawartych w kosztorysach.”, zamawiający odpowiedział „Zgodnie z pkt. 8.1.4 oraz pkt. 16.4 SIWZ Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty zestawienie materiałów i urządzeń wraz z ich opisem i wskazaniem parametrów (co najmniej tych parametrów które zostały wskazane w dokumentacji projektowej), umożliwiającym porównanie z parametrami opisanymi w dokumentacji projektowej. Wykonawca zobowiązany jest również wskazać konkretny wyrób poprzez np. nazwanie, określenie marki, znaku towarowego lub innych przypisanych

13

wyłącznie temu produktowi cech. Zestawienie materiałów i urządzeń oceniane będzie pod względem zgodności (równoważności) z zastosowanymi materiałami i urządzeniami w dokumentacji projektowej. Zamawiający jednocześnie informuje, że załączony do oferty „Wzór zestawienia materiałów – zał. 9) stanowi materiał przykładowy i nie zobowiązuje Wykonawcy do dołączenia identycznego zestawienia materiałów i urządzeń. Istotnym jest dla Zamawiającego, by sporządzone zestawienie materiałów i urządzeń zawierało informacje wskazane w załączniku nr 9.”

Odpowiedź na pytanie nr 17 o treści „Czy oferent składający ofertę i nie stosujący materiałów oraz urządzeń równoważnych (tylko takie, które są wskazane w projekcie) jest zobowiązany do wypełnienia załącznika nr 9 do SIWZ.”, zamawiający wyjaśnił „Jak odpowiedź na pytanie nr 3”

Odpowiedź na pytania 19 i 20 o treści „Prosimy o określenie czy do kosztorysu ofertowego musi być dołączone pełne zestawienie materiałów i urządzeń występujących w danym kosztorysie.”; „Prosimy o potwierdzenie iż zestawienie materiałów należy dołączyć tylko w przypadku oferowania materiału równoważnego”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający potwierdza, że zgodnie z punktem 16.4 SIWZ do oferty musi być dołączone pełne zestawienie materiałów i urządzeń.”

- 2) Wyjaśnienia zamawiającego z dnia 25 maja 2012r.

Odpowiedź na pytanie nr 4 i 5 o treści „Uprzejmie prosimy o podanie listy materiałów, których parametry z proponowanymi w projekcie materiałami Zamawiający będzie porównywał. Niepodanie przez zamawiającego takiej listy rodzi podejrzenie naruszenia art. 7.1. gdyż różni wykonawcy mogą przedstawiać do oceny różny zakres materiałów i urządzeń. Ocena różnych co do zakresu zestawień

sporządzonych przez różnych wykonawców sama w sobie będzie stanowić czyn nieuczciwej konkurencji i będzie nierównym traktowaniem wykonawców, zaś żądanie podanie listy wszystkich materiałów i urządzeń które wykonawca zamierza użyć do realizacji zamówienia lub chociażby wszystkich materiałów i urządzeń pojawiających się w zestawieniach materiałów wynikających z kosztorysów, wraz z istotnymi parametrami, podaniem marki i producenta, jest zarówno mało możliwe do realizacji jak i wykraczające poza granice zdrowego rozsądku.”; „W związku z

14

koniecznością sporządzenia zestawienia materiałów prosimy o przekazanie wykazu, które materiały mają znaleźć się na liście? Pozwoli to na równorzędne traktowanie wykonawców i porównywalność ofert.”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający przychylił się do próśb Wykonawców, dokonując zmian w powyższym zakresie. Odrębnym pismem (w najbliższym czasie) zostanie zamieszczona na stronie Zamawiającego lista materiałów i urządzeń którą Wykonawca zobowiązany będzie dołączyć do oferty, uzupełnioną o parametry wymagane w dokumentacji projektowej celem porównania zgodności, przy zachowaniu zakresu ujętego w punkcie 16.10 SIWZ.”

3) Wyjaśnienia zamawiającego z dnia 29 maja 2012r.

Odpowiedź na pytanie nr 15 o treści „W projekcie występują kurtyny p.poż. REI60 w oknach w istniejącym budynku, brak zaś ich w przedmiarze robót. Prosimy o przesłanie ilości oraz dokładnego opisu tych kurtyn.”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający informuje, że należy wycenić kurtyny p.poż. o odporności REI 60 w ilości 11 sztuk.”

4) Wyjaśnienia zamawiającego z dnia 31 maja 2012r.

Odpowiedź na pytanie nr 3 o treści „Prosimy o podanie miejsca montażu kotary p.poż z pozycji 261 przedmiaru budowlanego.”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający wyjaśnia, że kurtyny p.poż. należy zamontować w oknach istniejącego budynku zgodnie z projektem nr "243_Architektura"

W dniu 31 maja 2012r. zamawiający zamieścił także zmianę siwz nadając pkt. 16.10 siwz następujące brzmienie : Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty zestawienie materiałów i urządzeń wskazanych przez Zamawiającego w załączniku nr 9/1 wraz z ich opisem i wskazaniem parametrów (co najmniej tych parametrów które zostały wskazane w dokumentacji projektowej), umożliwiającym porównanie z parametrami opisanymi w dokumentacji projektowej. Wykonawca zobowiązany jest również wskazać konkretny wyrób poprzez np. nazwanie, określenie marki, znaku towarowego lub innych przypisanych wyłącznie temu produktowi cech. Zestawienie materiałów i urządzeń oceniane będzie pod względem zgodności (równoważności) z zastosowanymi materiałami i urządzeniami w dokumentacji projektowej.

15

Jednocześnie Zamawiający zamieszcza listę materiałów i urządzeń którą Wykonawca zobowiązany będzie dołączyć do oferty, uzupełnioną o parametry wymagane w dokumentacji projektowej celem porównania zgodności, przy zachowaniu zakresu ujętego w punkcie 16.10 SIWZ. W związku z powyższym zastępuje się załącznik nr 9 „Zestawienie materiałów” nowym obowiązującym załącznikiem nr 9/1 „Zestawienie materiałów i urządzeń”.

Zestawienie to nie zawiera urządzenia pod nazwą siedziska audytorskie.

5) Wyjaśnienia zamawiającego z dnia 5 czerwca 2012r.

Wyjaśnieniami tymi zamawiający poza udzieleniem odpowiedzi na pytanie dokonał także trzech zmian treści siwz., w tym w zakresie spornym znacząca jest zmiana nr 1, zgodnie z którą zamawiający dodał do zestawienia materiałów (zał. nr 9/1 do SIWZ) pozycję pn. "siedziska audytoryjne". W związku z powyższym pod poniższym adresem zamawiający zamieścił uzupełnione zestawienie materiałów o siedziska audytoryjne http://home.agh.edu.pl/~jezuit/Wzor_zestawienia_materialow_uzupelniony.doc

Pod wskazanym adresem w ostatniej pozycji wymieniono siedziska audytorskie.

6) Wyjaśnienia zamawiającego z dnia 6 czerwca 2012r.

Odpowiedź na pytanie nr 2 o treści „Zgodnie z projektem 246_Wyposażenie wnętrz i meble ilość foteli audytoryjnych wynosi 425 szt. Natomiast zgodnie z przedmiarem jest ich 346. Proszę o skorygowanie przedmiaru.”, zamawiający wyjaśnił „Zamawiający informuje, że należy przyjąć siedziska audytoryjne zgodnie z projektem nr „243_Architektura”.”

Odpowiedź na pytanie nr 28 o treści „Prosimy o podanie wymiarów okien istniejących, w których ma być zamontowana kotara p.poż EI60 oraz podania wymagań odnośnie parametrów kotary” zamawiający wyjaśnił „Zamawiający informuje, że do wyceny kurtyn p.poż. należy przyjąć wymiary okien istniejących, w których będą zamontowane ok. 140 cm x 230 cm. Zamawiający nie podaje szczególnych wymagań odnośnie ich parametrów gdyż dobór technologii zapewniającej wymaganą odporność ogniową leży po stronie Wykonawcy.”

16

7) Wyjaśnienia zamawiającego z dnia 11 czerwca 2012r.

Odpowiedź na pytanie nr 11 o treści „Proszę o pozytywne potwierdzenie iż wycena zestawienia mebli i wyposażenia nie musi posiadać podstawy katalogowej jak również nie jest w tym wypadku wymagany opis technologii robót i nie będzie to weryfikowane.”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający potwierdza, że dla mebli i wyposażenia wystarczające jest sporządzenie kosztorysu ofertowego w postaci uproszczonej, bez wskazanej podstawy katalogowej, lecz zawierającej przynajmniej przedmiar, ceny jednostkowe oraz wartości. W tym kosztorysie, opisującym dostawę z montażem, Zamawiający nie wymaga opisu technologii robót i tym samym opis ten nie będzie podlegać weryfikacji. Niezależnie od powyższego, Zamawiający przypomina, że Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty zestawienie materiałów i urządzeń wskazanych przez Zamawiającego Zał. nr 9/1 wraz z ich opisem i wskazaniem parametrów, umożliwiającym porównanie z parametrami opisanymi w dokumentacji projektowej. Wykonawca w tym zestawieniu zobowiązany jest również wskazać konkretny wyrób poprzez np. nazwanie, określenie marki, znaku towarowego lub innych przypisanych wyłącznie temu produktowi cech. To zestawienie będzie oceniane pod względem zgodności z dokumentacją projektową.”

8) Wyjaśnienia zamawiającego z dnia 12 czerwca 2012r.

Odpowiedź na pytanie 3 o treści „Proszę o wyjaśnienie dwóch pozycji, które dotyczą kurtyn p.poż i kotary p.poż. Mianowicie zgodnie z odpowiedziami z dnia 29.05.2012r. należy uwzględnić 11szt kurtyn p.poż o odporności ogniowej REI 60 w oknach projektowanego budynku. Co z pozycją dotyczącą kotary p.poż EI60? Nie udzielono odpowiedzi (z dnia 30-05-2012 nr 35), mianowicie wskazanie miejsca jej występowania? (12,45m2). Kolejne pytanie z dnia 31-05-2012 nr 3 dotyczy się kotary, a odpowiedź montażu kurtyn. Tak też jest z pytaniem o nr 28 z dnia 06-06-2012r. Proszę o informację czy kurtyny i kotara są traktowane równoznacznie? Proszę o ostateczne określenie ilości.”, zamawiający wyjaśnił „Zamawiający wyjaśnia, że w przedmiotowym postępowaniu pojęcia "kurtyny" i "kotary" należy traktować równoznacznie. Występujące w pierwotnym projekcie budowlanym kurtyny p.poż występujące na korytarzu zostały zlikwidowane w projekcie zamiennym z dnia 06.10.2008 r., co było następstwem połączenia hallu i patio. W wycenie należy uwzględnić 11 szt. kurtyn p.poż. o odporności ogniowej REI60, montowanych w

17

oknach budynku istniejącego, zgodnie z rzutami kondygnacji w projekcie nr "243_Architektura".

Odpowiedź na pytanie nr 4 o treści „Oдноśnie krzesel audytoryjnych: w opisie technicznym są jako "nietapicerowane", w tabeli zestawienia wyposażenia i mebli występują jako "siedziska tapicerowane". Który opis jest właściwy? Również konstrukcja - w opisie występują elementy "tłoczone aluminiowe", w tabeli

konstrukcja stalowa. Odpowiedzi na pytania są ważne, gdyż cena krzeseł tapicerowanych jest wyższa, także z odlewami aluminiowymi.”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający wyjaśnia, że do wyceny należy przyjąć krzesła audytoryjne nietapicerowane, o konstrukcji tłoczzonej aluminiowej.”

W ofercie Aga-Bauservice na stronach 129-148 znajduje się załącznik nr 9/1 w którym w pozycji kurtyny p-poż EI60 znajdują się następujące parametry – ścianka oddzielenia p.poż. na profilach stalowych w kolorze RAL 9006. Drzwi wyposażone w odbojniki 2 szt., samozamykacz, zamek patentowy, okucia przeciwpaniczne. Drzwi o podwyższonej odporności ogniowej EI60. Drzwi po otwarciu muszą posiadać przejście szerokości 900mm. Malowanie profili proszkowe RAL 9006. W zestawieniu nie wymieniono siedzisk audytoryjnych. W kosztorysie wyposażenie meblowe i AU w poz. 23 znajduje się element „MA-Meble audytoryjne konstrukcja stalowa malowana w kolorze szarym mocowana do podłoża na stałe. Siedzisko ze sklejki w kolorze zbliżonym do jesionu, tapicerowane w kolorze popielatym, ilość sztuk 425. Wykonawca Aga-Bauservice nie był wzywany do uzupełnienia złożonych oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ani wzywany do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 albo 87 ust. 1 ustawy.

W ofercie Budus w zestawieniu materiałów dla okładziny ściennej niepalnej nie zamieszczono opisu, dla pozycji skrzynki i rozdzielnice skrzynkowe, tablice rozdzielcze, szafy rozdzielcze, gniazda instalacyjne wtyczkowe, łączniki i przyciski jednobiegunowe, oprawy oświetleniowe w parametrach i opisie wskazano „zgodnie z projektem”, dla pozycji centrala alarmowa SSP w parametrach wskazano „centrala przeciwpożarowa BOSCH MPC-3000”, dla czujki pożarowej „FAP-o420- czujka optyczna”, dla centrali oddymiania „Centrala Sterowania oddymianiem MCR 9705-5A”, dla pozycji „szafa dystrybucyjna LAN z wyposażeniem, przewody S/FTP kat 7,

18

gniazda sieciowe LAN, kabel światłowodowy, stacja robocza BMS z wyposażeniem, sterowniki sieciowe i obiektowe BMS, przełącznik główny BMS, systemy sterowania i przełączania sygnałów, umywalki, poręcze dla osób niepełnosprawnych, pisuary, baterie umywalkowe, muszle, grzejniki, głowice termostaticzne, klapy przeciwpożarowe, kasety międzystropowe – w zakresie parametrów i opisu wskazano „Zgodnie z projektem”, natomiast w pozycji pompy ciepła i klimatyzacja typu split w opisie wskazano „typ wg projektu”.

W dniu 5 lipca 2012r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał wykonawcę Budus do uzupełnienia zestawienia materiałów i urządzeń o parametry i opisy tych pozycji, które opisano jako „Zgodnie z projektem” lub „typ wg. projektu” lub tych co do których opisu nie było, lub parametry były podane poprzez podanie nazwy. Jednocześnie zamawiający wymagał wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy czy parametry zaoferowanej centrali wydajność nawiewu i wywiewu oraz moce nagrzewnicy i chłodnicy zapewniają 15% zapas bezpieczeństwa w stosunku do wartości projektowanych.

W dniu 6 lipca 2012r. wykonawca Budus zwrócił się do zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu na dokonanie uzupełnienia do dnia 11 lipca 2012r., z uwagi na to, że wezwanie otrzymali w dniu 5 lipca 2012r. po godzinach pracy, a na korektę oferty, oraz dostarczenie dokumentów pozostały dwa dni robocze. Uzupełnienie zestawienia wymaga dużego nakładu pracy, kontaktu z dostawcami oraz producentami, co wymaga dłuższego czasu. Dodatkowo skorygowane dokumenty należy dostarczyć w oryginale do zamawiającego.

W dniu 10 lipca 2012r. wykonawca Budus wyjaśnił, że parametry oferowanej centrali zapewniają 15% margines bezpieczeństwa, a nadto załączył nowe zestawienie materiałów i urządzeń, gdzie dla następujących pozycji wskazał szczegółowo brakujące lub nieprecyzyjne opisy i parametry przykładowo można wskazać :

- okładziny ściennej niepalnej „okładzina ścienna typu Silentwall – systemowa. Zalety: ułatwione projektowanie, szybki montaż w rozwiązaniu poziomym i pionowym, jednolite powierzchnie bez podziałów, możliwość dodatkowego wytłumienia wnętrza.
- skrzynki i rozdzielnice skrzynkowe – obudowy p/, 2 rzędowe, IP40, tworzywo sztuczne, zasilanie przez rozłączniki mocy, ochrona przepięciowa klasy C, odpływy 19

wyłączniki nadprądowe, styczniki, czujnik zaniku fazy – obudowa seria VOLTA-HAGER/aparatura modułowa/Hager/Schneider,
- tablice rozdzielcze - obudowy p/, 2 rzędowe, IP40, tworzywo sztuczne, zasilanie przez rozłączniki mocy, ochrona przepięciowa klasy C, odpływy wyłączniki nadprądowe, styczniki, czujnik zaniku fazy – obudowa seria VOLTA-HAGER/aparatura modułowa/Hager/Schneider,
- szafy rozdzielcze – RG-IP30 szafa stojąca metalowa, drzwi przeszkłone, na zasilaniu wyłącznik NS 250A Merlin – Gerline/wymiary głębokość 400mm, wysokość h=1950mm, obudowa Univers N-HC Hager aparatura modułowa/ Hager/Schneider,
- gniazda instalacyjne wtyczkowe – gniazda wtykowe jednofazowe 230V/16A (L+N+PE) IP20 w puszcze p/t (w sanitariatach IP44) do montażu n/t, możliwość łączenia w zestawy montowane w ramce wielokrotnej Gniazda wtyczkowe trójfazowe 230V/400V 16A, 32A, 63A (3L+N+PE0 do montażu p/t IP44 do montażu n/t IP44 kolor zgodny z normą PNE, seria katalogowa SIMON CLASSIC,
- łączniki i przyciski jednobiegunowe – parametry znamionowe 230V/16A do montażu p/t IP20 (w sanitariatach IP44) do montażu n/t IP 44 możliwość montowania w ramce wielokrotnej, kolor wg wymagań architekta- seria katalogowa SIMON CLASSIC, oprawy oświetleniowe w parametrach wskazano szczegółowe nazwy i parametry techniczne oferowanych opraw, a w opisie wskazano oprawy oświetlenia podstawowego Thorn/ES System, oprawy oświetlenia awaryjnego/ewakuacyjnego system CB AWEXm oświetlenie podstawowe – fluorescencyjne, kompaktowe, mocowane stropowo, nastrojowo naściennie, na szynie zasilającej. Oświetlenie awaryjne /ewakuacyjne w układzie centralnej baterii,

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszenia przystąpienia pochodzące od wykonawcy Frapol w sprawach sygn. akt KIO 1538/12, KIO 1553/12 i KIO 1558/12 i od wykonawcy Budus w sprawie sygn. akt KIO 1558/12 spełniają wymagania określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.
Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia pochodzące od Instal Kraków w sprawach sygn. akt KIO 1538/12, KIO 1553/12 i KIO 1558/12 nie spełnia wymagań określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, gdyż nie pochodzi od wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu o

20

udzielenie zamówienia oraz zgłaszający nie wykazał interesu w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że odwołujący Aga-Bauservice ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego odwołanie zmierza do przywrócenia jego oferty do postępowania, a jego oferta jest korzystniejsza w jedynym kryterium cenowym od oferty wybranej, zatem w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Izba stwierdziła, że odwołujący Budus ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego odwołanie zmierza do przywrócenia jego oferty do postępowania, a jego oferta jest korzystniejsza w jedynym kryterium cenowym od oferty wybranej, zatem w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Sygn. akt KIO 1538/12

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy poprzez jego niewłaściwe i niezgodne ze stanem faktycznym zastosowanie, w szczególności przez bezzasadne odrzucenie oferty Aga-Bauservice w przedmiotowym postępowaniu postępowania, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści SIWZ,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w siwz w sposób jednoznaczny wskazał w siwz konieczność załączenia do ofert załącznika nr 9 – zestawienie materiałów i urządzeń. Wskazał cel przedkładania tego zestawienia. Zestawienie miało mu służyć do badania zgodności/równoważności ofertowanych materiałów i urządzeń z parametrami opisanymi w siwz. Zamawiający, w spornym zakresie, w dokumentacji projektowej nie wskazał, choćby przykładowo, nazw, znaków towarowych, czy marek materiałów i urządzeń,

które posiadają parametry opisane przez zamawiającego w tej dokumentacji. Tym samym bez określenia bliższych danych o oferowanym produkcie nie był w stanie stwierdzić, czy wykonawca oferuje dany zakres zamówienia i czy jest on zgodny, względnie równoważnym z opisanym w dokumentacji projektowej. Zamawiający nie ograniczał obowiązku złożenia zestawienia wyłącznie do przypadków dotyczących zaoferowania rozwiązań równoważnych, świadczą o tym odpowiedzi na pytania 17, 19 i 20 z dnia 18 maja 2012r., w których wprost

21

zamawiający wskazał, że nawet w przypadku zaoferowania produktów o parametrach zgodnych z dokumentacją projektową wykonawca musi złożyć pełne zestawienie. Oznacza to, że zamawiający za pomocą zestawienia zamierzał badać nie tylko równoważne rozwiązania, ale zgodność rozwiązań podanych, jako zgodne z projektem. W tym stanie rzeczy należało uznać, że zestawienie materiałów i urządzeń miało istotne znaczenie dla zamawiającego. Jednocześnie w toku postępowania sam zamawiający wskazał, że w przypadku braków w zestawieniu w zakresie opisu czy parametrów traktuje zestawienie jako dokument potwierdzający spełnianie przez zaoferowany przedmiot zamówienia wymagań zamawiającego. Świadczą o tym wezwania do uzupełnienia dokumentów skierowane do wykonawców takich jak Frapol, Budus-Domkat, czy Instal Kraków – BHT Instalacje. Jednocześnie zamawiający konsekwentnie stosował zasadę, że wykonawca musiał podać nazwę produktu lub producenta, czyli wypełnić kolumnę 4 zestawienia, aby zamawiający pozostałe informacje zawierane w zestawieniu mógł traktować, jako odnoszące się do właściwości oferowanego przedmiotu zamówienia. Takie rozumienie siwz i kwalifikowanie załącznika nr 9/1 w zakresie kolumn 2 i 3 obligowało zamawiającego do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy w przypadku braków lub wadliwości tych elementów zestawienia. Jednakże w sytuacji odwołującego Aga-Bauservice bezsporne jest, że odwołujący w swoim zestawieniu pominął w całości pozycję odnoszącą się do siedzisk audytoryjnych. W ocenie Izby odwołujący nie został, w tym zakresie, wprowadzony w błąd przez zamawiającego, co do prawidłowej i ostatecznej treści załącznika nr 9. Zamawiający konsekwentnie zmieniając załączniki pozostawiał ich pierwotną treść na stronie internetowej. Tak było w przypadku załącznika nr 9 zamieszczonego wraz z siwz i załącznika nr 9/1 w brzmieniu wprowadzonym wyjaśnieniami zamawiającego z dnia 31 maja 2012r. W ocenie Izby odwołujący miał realną możliwość zapoznania się z treścią odpowiedzi na zapytania wykonawców nr 8 z dnia 5 czerwca 2012r. oraz z załącznikiem nr 9/1 w tej odpowiedzi zmodyfikowanym. Nadto o konieczności uwzględnienia pozycji siedziska audytoryjne w zestawieniu materiałów i urządzeń świadczą także odpowiedzi na pytanie 2 z 6 czerwca 2012r., a w szczególności odpowiedź na pytanie 11 z dnia 11 czerwca 2012r., z której wynika, że zamawiający zezwala na ujęcie mebli – w tym siedzisk audytoryjnych w kosztorysie uproszczonym na potrzeby wyceny, ale jednocześnie zamawiający wprost zastrzegł, że nie zwalnia to wykonawców z konieczności podania niezbędnych informacji w zestawieniu materiałów i urządzeń. Z kolei jedynym urządzeniem z mebli zawartym w zestawieniu były siedziska audytoryjne. Oznacza to, że dbający o własne interesy wykonawca odczytując treść odpowiedzi na pytanie 11 z dnia 11 czerwca 2012r. i stwierdzając, że w załączniku nr 9/1 z dnia 31 maja 2012r. brak jest jakichkolwiek pozycji mebli, powinien był albo ponownie przeanalizować udzielone przez zamawiającego odpowiedzi i dotrzeć do wyjaśnień nr 8 do siwz z dnia 5 czerwca 2012r., albo

22

zadać zamawiającemu pytanie, jakie urządzenia z zestawienia mebli ma opisać w załączniku nr 9/1. Takie pytanie ze strony odwołującego nie padło i jednocześnie odwołujący pominął w zestawieniu pozycję siedziska audytoryjne, która była wymagana przez zamawiającego, zgodnie z wyjaśnieniami nr 8 z dnia 5 czerwca 2012r. i została przez niego oznaczona jako zmiana siwz nr 1. Tym samym w ocenie Izby zamawiający prawidłowo ustalił, że oferta odwołującego, w tym zakresie, nie odpowiada zmodyfikowanej w dniu 5 czerwca 2012r. treści siwz i prawidłowo dokonał odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odnoszącym się do zaoferowanego rozwiązania dotyczącego kurtyny p.poż., to odwołanie również w tej części nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w sposób jednoznaczny określił warunki zaoferowania mu rozwiązania równoważnego. W ocenie Izby zamawiający na podstawie zawartego w ofercie w zestawieniu materiałów i urządzeń załącznik nr 9/1, miał prawo uznać, że oferowane przez odwołującego rozwiązanie nie jest rozwiązaniem równoważnym.

Odwołujący zaoferował bowiem w pozycji kurtyny p.poż. następujące parametry „ścianka oddzielenia p.poż. na profilach stalowych w kolorze RAL 9006. Drzwi wyposażone w odbojniki 2 szt., samozamykacz, zamek patentowy, okucia przeciwpaniczne. Drzwi o podwyższonej odporności ogniowej EI60. Drzwi po otwarciu muszą posiadać przejście szerokości 900mm. Malowanie profili proszkowe RAL 9006”. Z przedstawionych parametrów nie sposób, w ocenie Izby, było wywieść, że odwołujący zaoferował okno o podwyższonej odporności ogniowej. Nie wynika to z któregośkolwiek z użytych przez odwołującego w ofercie sformułowań. Odwołujący nie udowodnił także twierdzeń składanych na rozprawie, że powyższy opis jest stosowany przez producenta rozwiązania, jako opis rozwiązania technicznego oferowanego w produkowanych przez Aluprof oknach. Odwołujący przyznał natomiast, że Aluprof oferuje rozwiązania przeciwogniowe polegające na przegrodach, czy ściankach oddzielania i posiada w swojej ofercie także drzwi ognioodporne. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo na podstawie danych z oferty zakwalifikował rozwiązanie zaoferowane przez odwołującego, jako inne rozwiązanie nie będące rozwiązaniem równoważnym. Izba podziela także stanowisko zamawiającego, że nawet gdyby przyjąć, że odwołujący zaoferował okna o podwyższonej odporności przeciwpożarowej w miejsce zaprojektowanej kurtyny, to również takie rozwiązanie nie byłoby rozwiązaniem równoważnym w rozumieniu definicji równoważności zawartej przez zamawiającego w pkt. 16.9 siwz. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że parametry eksploatacyjne są takie same,

23

przede wszystkim Izba uznała, za odmienne rozwiązanie dotycząc zaoferowania drzwi (nawet jeśli przyjąć, że chodziło tu nie o drzwi, ale o skrzydła okienne), które wyposażone są w okucia przeciwpaniczne. Ponadto odmienna jest także geometria okna. W projekcie przyjęto istniejące okna o wymiarach 140x 230 mm czterokomorowe, a zaoferowane drzwi o świetle 900 mm tej geometrii nie odpowiadają. Odmienne jest także od zaprojektowanej kolorystyka. Zmienia się rozwiązanie projektowe, w miejsce zaprojektowanych kurtyn nie zaoferowano nic, natomiast zaoferowano nieprojektowaną wymianę okien na inne o zmienionych parametrach. Izba przyznaje rację zamawiającemu, że zamawiający za nierównoważne traktował każde rozwiązanie zmieniające, w jakikolwiek sposób rozwiązania projektowe. Tym samym nie ma znaczenia czy proponowana zmiana jest istotna czy nie i czy wymaga zmiany pozwolenia na budowę. Być może byłaby dopuszczalna bez zmiany pozwolenia na budowę, ale nie mieści się w zdefiniowanym przez zamawiającego pojęciu rozwiązania równoważnego, które zaoferowanie dopuścił.

W odpowiedzi na pytanie 28 z dnia 6 czerwca 2012r. zamawiający odmówił podania szczegółowych parametrów kurtyn, pozostawiając w tym zakresie dobór technologii wykonawcom, ale nie oznaczało to, że zamawiający zezwolił na zaoferowanie rozwiązania, w którym kurtyny nie będą zaoferowane w ogóle, a ich funkcję pełnić będą inne urządzenia. Tym samym w ocenie Izby zamawiający prawidłowo uznał, że zaoferowane rozwiązanie nie jest rozwiązaniem równoważnym w rozumieniu pkt. 16.9 siwz i prawidłowo wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Izba uznała, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Aga-Bauservice do złożenia wyjaśnień w sytuacji gdy zapisy złożonej oferty wzbudziły u zamawiającego wątpliwości oraz niedokonaniu poprawek w tej ofercie w sytuacji gdy przepisy ustawy to nakazują

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zastosowanie procedury wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego i może mieć zastosowanie w sytuacji, gdy zamawiający ma wątpliwości, co do treści złożonej przez wykonawcę oferty. W

24

przedmiotowej sprawie w ocenie Izby takie wątpliwości nie występowały. Odwołujący w zestawieniu materiałów i urządzeń nie ujął siedzisk audytoryjnych. Jest to okoliczność

faktyczna, która wynika wprost ze złożonego przez odwołującego dokumentu, w którym takiej pozycji brak. W ocenie Izby podstawą do wezwania do wyjaśnień nie mógł być w przypadku siedzisk audytoryjnych kosztorys, gdyż jak wynika z wyjaśnień zamawiającego w zakresie zestawienia mebli i wyposażenia wykonawcy mieli sporządzić kosztorysy uproszczone, co nie zwalniało ich z obowiązku podania pełnych informacji w zestawieniu materiałów i sprzętu, tym samym kosztorys uproszczony nie mógł zastąpić braku pozycji w zestawieniu materiałów i urządzeń, gdyż nie zawierał nawet minimum informacji wymaganych przez zamawiającego. Należy zwrócić uwagę odwołującemu na to, że sam fakt zaoferowania siedzisk audytoryjnych nie był przedmiotem analizy zamawiającego na podstawie zestawienia materiałów i urządzeń, ale jego zgodność z dokumentacją projektową lub równoważność przyjętych rozwiązań. Natomiast z kosztorysu ofertowego można wywieść tylko, że odwołujący, jakieś siedziska zamawiającemu oferuje, ale nie to, czy są one zgodne z dokumentacją projektową lub równoważne przyjętym w niej rozwiązaniom. W kosztorysie uproszczonym nie ma nazw, marek, znaków towarowych, czy nazw producenta, lub innych cech pozwalających na konkretyzację produktu, tak jak oczekiwał tego zamawiający w załączniku nr 9/1 (pkt. 16.10 siwz). Z tego względu, Izba uznała, że zamawiający nie miał wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią siwz polegającej nie na przedstąpieniu urządzenia zgodnego z dokumentacją projektową lub jej równoważnego. Prawidłowo zatem zamawiający uznał, że nie było podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy. Co do kurtyn p.poż. to również w tym wypadku z opisu zaoferowanego rozwiązania nie było podstaw do powzięcia wątpliwości, co do tego, że odwołujący nie zaoferował kurtyn p.poż., ale inne rozwiązanie polegające na montażu w otworze okiennym w miejsce okna innej przegrody ognioodpornej (bez znaczenia dla oceny tego zarzutu czy okna o podwyższonej ognioodporności czy ścianki z drzwiami). Wynika to wprost z literalnego brzmienia oferowanego zestawienia w tej pozycji. Nie budziło to zatem wątpliwości zamawiającego, co do treści złożonej oferty i nie nakładało na zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy, to co do tego zarzutu odwołujący nie przedstawił jakiejkolwiek argumentacji przemawiającej za tym, że brak pozycji w zestawieniu materiałów i urządzeń czy zaoferowanie innego niż określony w siwz rozwiązania w zakresie kurtyn p.poż. było omyłką pisarską, oczywistą widoczną na pierwszy rzut oka i możliwą do poprawienia samodzielnie przez zamawiającego. W ocenie Izby żadne z tych braków nie charakteryzowało się oczywistością i nie nadawało się do poprawienia samodzielnie przez zamawiającego. Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, to Izba również tego zarzutu nie podziela.

25

Odwołujący argumentował bowiem, że brak siedzisk audytoryjnych można poprawić w trybie tego artykułu, skoro siedziska znajdują się w jego ofercie w kosztorysie ofertowym. Jednakże Izba zwraca uwagę odwołującego na odpowiedź na pytanie nr 4 z 12 czerwca 2012r. o treści „Odnosnie krzeseł audytoryjnych: w opisie technicznym są jako „nietapicerowane”, w tabeli zestawienia wyposażenia i mebli występują jako „siedziska tapicerowane”. Który opis jest właściwy? Również konstrukcja - w opisie występują elementy „tłoczone aluminiowe”, w tabeli konstrukcja stalowa. Odpowiedzi na pytania są ważne, gdyż cena krzeseł tapicerowanych jest wyższa, także z odlewami aluminiowymi.”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający wyjaśnia, że do wyceny należy przyjąć krzesła audytoryjne nietapicerowane, o konstrukcji tłoczonej aluminiowej.”. W kosztorysie odwołującego zaoferowano siedziska audytoryjne tapicerowane, a więc niezgodne z powyższą odpowiedzią, zatem zastosowanie się przez zamawiającego do sugestii odwołującego i podjęcie próby poprawienia oferty poprzez zamieszczenie w zestawieniu materiałów i urządzeń informacji zawartych w kosztorysie nie prowadziłoby do usunięcia niezgodności treści oferty z treścią siwz. tym samym było bezcelowe. To sam odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oczekiwał od zamawiającego rozważenia możliwości dokonania poprawienia oferty na podstawie zawartych w niej danych, stąd uprawnione jest powołanie się przez zamawiającego na argument, że gdyby zamawiający poprawił ofertę na podstawie informacji zawartych w kosztorysie, to nie usunąłby niezgodności z siwz. Mając to na uwadze Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał możliwości poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba uznała, że zamawiający swoim działaniem nie naruszył art. 7 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy. Mając to na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy

Pzp. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego. Izba obciążyła odwołującego obowiązkiem zwrotu zamawiającemu kosztów postępowania w wysokości udokumentowanych wydatków poniesionych przez zamawiającego w związku z dojazdem na rozprawę zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

26

Sygn. akt KIO 1553/12

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że zostało dokonane prawidłowe uzupełnienie dokumentów i oferta jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Co do charakteru i znaczenia dla zamawiającego zestawienia materiałów i urządzeń – załącznika nr 9/1 do siwz Izba podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu sprawy sygn. akt KIO 1538/12. W przedmiotowej sprawie podstawą odrzucenia oferty odwołującego Budus stało się przekonanie zamawiającego o tym, że odwołujący sporządził uzupełnione zestawienie materiałów i urządzeń po upływie terminu składania ofert. Zamawiający wywiódł przekonanie o tym, że na dzień składania ofert odwołujący nie znał opisu i parametrów oferowanych materiałów i urządzeń z pisma odwołującego z 6 lipca 2012r., będącego prośbą o przedłużenie terminu, w którym jako podstawę prośby wskazano możliwą korektę oferty i potrzebę kontaktu z dostawcami. W przedmiotowej sprawie Izba przy rozstrzygnięciu wzięła pod uwagę następujące dokumenty:

1. siwz – w takim zakresie w jakim stanowi ona o konieczności opisanie w zestawieniu materiałów i urządzeń minimum tych parametrów, które wskazano w dokumentacji projektowej – pkt. 16.10 siwz,
2. ofertę odwołującego – zestawienie materiałów i urządzeń załącznik nr 9/1 do siwz, w którym w kolumnie 5 dla każdej pozycji wskazano co najmniej producenta oferowanego materiału lub urządzenia, i kolumnie 3 i 4, gdzie dla okładziny ściennej niepalnej, czujek pożarowych, centrali alarmowej, klap przeciwpożarowych podano konkretne produkty, a opis lub parametry wskazano poprzez odesłanie do dokumentacji projektowej oraz dla 21 pozycji nie wskazano opisu i parametrów poprzez wyliczenie parametrów czy szczegółowy opis techniczny dla poprzez odesłanie do dokumentacji projektowej za pomocą sformułowań „Zgodnie z projektem” „typ wg. projektu”,
3. zestawienie uzupełnione z dnia 20 czerwca 2012r. w dniu 10 lipca 2012r., gdzie dla każdej pozycji, bez zmiany kolumny 5, podano opis i parametry poprzez wymienienie cech lub podanie nazw produktów.

W dokumentacji postępowania brak jest dowodów przemawiających za przyjęciem, że w dacie składania ofert producenci wskazani przez odwołującego w kolumnie 5 nie produkowali

27

urządzeń lub materiałów o parametrach opisanych w dokumentacji projektowej, brak jest także dowodów na to, że odwołujący występował do dostawców o uzupełnienie zestawienia po dacie 20 czerwca 2012r.

Treść oferty poza uzupełnieniem o informacje oczekiwane przez zamawiającego w ocenie Izby nie uległa zmianie, brak jest dowodów na to, że cechy podane w uzupełnionym zestawieniu nie są zgodne z projektem, jak deklarował to w pierwotnym zestawieniu odwołujący.

Izba uznała, że skoro zamawiający wymagał w pkt. 16.10 wskazania minimum tych parametrów, które wskazano w dokumentacji projektowej i wymagał przedłożenia zestawienia także w przypadku oferowania materiałów i urządzeń zgodnych z dokumentacją projektową (odpowiedzi na pytania 17, 19, 20 z dnia 18 maja 2012r.), to wykonawcy byli zobowiązani takie zestawienie złożyć. Odwołujący Budus to uczynił, nie pominął żadnej pozycji, dla każdej wskazał co najmniej producenta, natomiast przyjął, że w sytuacji gdy parametry oferowanego przez niego materiału lub urządzenia są zgodne z dokumentacją

projektową ich wskazanie może nastąpić poprzez odesłanie do projektu. W ocenie Izby to założenie było błędne, gdyż w odpowiedzi na pytania 19, 20 z dnia 18 maja 2012r. zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje pełnego zestawienia, a więc również wypełnienia co najmniej parametrami opisanymi w dokumentacji projektowej kolumn odnoszących się do opisu i parametrów. Tym samym wypełnione przez niego pierwotnie zestawienie zawierało błędy, polegające na nieodpowiadającym sobie przedstawieniu parametrów i opisu. Zamawiający uznał, że zestawienie w tej części tj. opis i parametry jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania przez oferowane materiały i urządzenia wymagań zamawiającego, czyli dokumentem o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Przy takiej klasyfikacji zestawienia zamawiający był zobligowany treścią art. 26 ust. 3 ustawy do wezwania odwołującego do usunięcia błędu w pierwotnym zobowiązaniu. Odwołujący błąd ten usunął w określonym mu terminie przedkładając uzupełnione zestawienie datowane na dzień 20 czerwca 2012r. W ocenie Izby, żaden z dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania nie świadczy o tym, że zestawienie jest antydatowane i że zaświadcza o cechach, których oferowane produkty nie miały w dacie składania oferty. Ma rację odwołujący twierdząc, że art. 26 ust. 3 ustawy należy wyklądać w ten sposób, że to nie uzupełniany dokument lub oświadczenie mają pochodzić z daty przed upływem terminu składania ofert, ale to oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane mają spełniać wymagania zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Tym samym, aby móc odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu niezgodnego z treścią art. 26 ust. 3 ustawy uzupełnienia dokumentu, należałoby wykazać

28

odwołującemu, że w dacie, gdy składał swoją ofertę oferowane przez niego produkty nie miały cech, których istnienie w dacie składania ofert w uzupełnianym dokumencie gwarantował. Zamawiający w przedmiotowej sprawie oparł się natomiast nie na cechach oferowanych produktów, ale na domniemaniu, że skoro być może odwołujący będzie musiał korygować ofertę lub będzie musiał się kontaktować z dostawcami, to nie zaoferował na datę składa ofert produktów o określonych cechach, deklarowanych jako zgodne z projektem. Jest to jednak wyłącznie domniemanie zamawiającego nie oparte na dowodach. W ocenie Izby odrzucenie oferty wykonawcy, to surowa konsekwencja nie odpowiadania treści oferty treści siwz, stąd przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 26 ust. 3 ustawy musi być wykładana ściśle i podstawą jej zastosowania musi być rzeczywiste, a nie jedynie potencjalne, zaistnienie sytuacji, gdzie oferowany produkt nie ma na datę składania ofert cech, której w tej dacie miał posiadać. W ocenie Izby zatem zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nieprawidłowo go stosując i bezpodstawnie odrzucił odwołującego z postępowania naruszając.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie i w konsekwencji niezgodne z ustawą odrzucenie oferty odwołującego, doszło do nierównego potraktowania oferty odwołującego, która powinna podlegać ocenie, w tym w zakresie uzupełnionego zestawienia materiałów i urządzeń, na równi z innymi ofertami złożonymi w tym postępowaniu. Z tego względu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy potwierdził się. Zarzut naruszenia przez zamawiającego innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Izba nie stwierdziła, aby z uzasadnienia odwołania pośrednio lub bezpośrednio wynikały zarzuty naruszenia innych przepisów postępowania. Odwołujący nie podniósł na rozprawie jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie, z tego względu Izba uznała, że zarzuty naruszenia innych przepisów nie zostały przez odwołującego postawione, a powyższe sformułowanie znalazło się w odwołaniu jedynie z tzw. „ostrożności procesowej” odwołującego.

29

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba obciążyła zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującemu Budus kosztów postępowania w wysokości uiszczonego wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: