

Sygn. akt: KIO 1656/14

KIO 1659/14

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 12 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **BEM-BUD Sp. z o.o., ul. Kowalska 106, 51-424 Wrocław** (sygn. akt: KIO 1656/14),

B. w dniu 13 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **ERBUD Rzeszów Sp. z o.o., ul. Fredry 4, 35-959 Rzeszów** (sygn. akt: KIO 1659/14),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego, ul. Koszarowa 5, 51-149 Wrocław**

przy udziale:

A. wykonawcy **Budomed Sp. z o.o., ul. Fiołkowa 55-040 Domasław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1656/14 oraz KIO 1659/14 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **BEM-BUD Sp. z o.o., ul. Kowalska 106, 51-424 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1659/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala oba odwołania**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BEM-BUD Sp. z o.o., ul. Kowalska 106, 51-424 Wrocław** (sygn. akt KIO 1656/14) i wykonawcę **ERBUD Rzeszów Sp. z o.o., ul. Fredry 4, 35-959 Rzeszów** (sygn. akt: KIO 1659/14) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BEM-BUD Sp. z o.o., ul. Kowalska 106,**

51-424 Wrocław i wykonawcę **ERBUD Rzeszów Sp. z o.o., ul. Fredry 4, 35-959 Rzeszów** tytułem wpisów od odwołań.

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1656/14

KIO 1659/14

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę bloku operacyjnego. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 czerwca 2014 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 200232.

Sprawa o sygn. akt KIO 1656/14:

W dniu 12 sierpnia 2014 r. wykonawca BEM-BUD Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący BEM-BUD”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności badania ofert, w tym odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91, oraz art. 92 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący zwrócił uwagę na treść klauzuli 2, 6, i 17 projektu umowy wywodząc, iż podczas wykonywania danej inwestycji w formule zaprojektuj i wykonaj wszystko może ulec zmianie na etapie projektowym, jak też na etapie wykonawczym.

Odnosząc się do przyczyn odrzucenia oferty przez zamawiającego odwołujący przyznał, że złożył ofertę w oparciu o załączniki o treści sprzed modyfikacji dokonanej przez zamawiającego w dniu 7 lipca 2014 r. Stwierdził jednak, że merytoryczna zawartość złożonych przez odwołującego załączników pokrywa się z wymaganiami zamawiającego co do parametrów technicznych oferowanych lamp operacyjnych i drzwi.

Odwołujący stwierdził, iż wobec faktu nie uzasadnienia przez zamawiającego rzekomej niezgodności oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) należy domniemywać, iż wymogi określone w SIWZ w przedmiotowym zakresie były niejasne i mogły mieć więcej niż jedną poprawną interpretację. Odwołujący podkreślił, że za prawidłowe uzasadnienie odrzucenia oferty nie

można poczytywać przytoczenia treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż popełnił nieistotny poprawialny błąd w treści oferty nie wskazując danych serwisu krajowego zaoferowanej lampy operacyjnej oraz błąd oczywistej omyłki pisarskiej w ilości lamp operacyjnych. Zdaniem odwołującego, jeżeli jest to błąd, to jest on poprawialny na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) i pkt 1) ustawy Pzp, czego zamawiający zaniechał.

Zdaniem odwołującego, wobec przyjętego przez zamawiającego ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, zaoferowany oraz poprawnie wyceniony został cały zakres zaprojektowanej i wymaganej roboty, zgodnie z wymogami SIWZ.

Odwołujący zaznaczył, że złożoną przez odwołującego ofertę należy traktować jako kompleksowe oświadczenie woli w zakresie jej złożenia co do wykonania kompletnego zadania, co jednoznacznie wynika z formularza ofertowego załącznik nr 9 do SIWZ. Tym samym, w opinii odwołującego, brak jest podstaw faktycznych do odrzucenia oferty odwołującego. Jak wskazał odwołujący, jeżeli zamawiający miał wątpliwości w zakresie danych pozycji, to powinien skorzystać z regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że podstawą odrzucenia oferty może być jedynie niezgodność oferty z oczekiwaniami zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż brak wskazania danych serwisu oferowanej lampy operacyjnej ALVO MEDICAL zamawiający powinien poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Jak wskazał odwołujący, poprawka ta nie wymaga pozyskania od odwołującego żadnych informacji czy wyjaśnień – zamawiający powinien „wejść na google i wprowadzić zapis..serwis ALVO...natychmiast wyświetliłaby mu się strona WWW.alvo.pl/serwis/..... I pozyskałby dane tego serwisu”.

W ocenie odwołującego, wskazanie ilości lamp operacyjnych 1 zamiast 2 również nie może stanowić podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego. Jak zauważył odwołujący, zamawiający w tym przypadku ma ustawowy obowiązek zastosować art. 87 ust. 2 pkt. pkt 1), lub pkt 3) ustawy Pzp. Odwołujący oświadczył, iż zgodnie z oświadczeniem woli wyrażonym w załączniku Nr 9 dostarczy w zaoferowanej cenie ryczałtowej 2 sztuki lamp operacyjnych.

Odwołujący nie zgodził się ze stwierdzonym przez zamawiającego nie wykazaniem spełnienia parametru poz. 9 w załączniku nr 2 do SIWZ w zakresie drzwi hermetycznych. Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia pozycji 9 załącznika 2 do SIWZ:

„Drzwi hermetyczne przesuwne systemowe z izolacją akustyczną. Konstrukcja drzwi z systemem uszczelek oraz mechanizmem suwnym ma zapewniać hermetyczność.

wskaźnik wycieku 900 l/h lub mniej przy 50 Pa

Do oferty należy dołączyć raport z badań lub certyfikat lub zaświadczenie potwierdzające spełnienie parametru drzwi wydane przez akredytowaną (PCA, UE MLA, ILAC MRA, IAC MLA, DAkkS) lub notyfikowaną jednostkę oraz raport lub sprawozdanie z przeprowadzonych badań.

Należy dołączyć do oferty kartę katalogową drzwi.

oraz na postanowienia pozycji 9 załącznika nr 2 złożonego przez odwołującego w ofercie:

„Tak, Drzwi hermetyczne przesuwne systemowe z izolacją akustyczną. Konstrukcja drzwi z systemem uszczelki oraz mechanizmem suwnym ma zapewniać hermetyczność. wskaźnik wycieku 900 l/h lub mniej przy 50 Pa

Do oferty należy dołączyć raport z badań lub certyfikat lub zaświadczenie potwierdzające spełnienie parametru drzwi wydane przez akredytowaną (PCA, UE MLA, ILAC MRA, IAC MLA, DAkkS) lub notyfikowaną jednostkę oraz raport lub sprawozdanie z przeprowadzonych badań. Należy dołączyć do oferty kartę katalogową drzwi”.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie powyższego załączył kartę katalogową drzwi od producenta, która w pozycji wskaźnik wycieku potwierdza wymagany przez zamawiającego parametr techniczny wycieku powietrza. Pomimo tego, zamawiający zarzucił odwołującemu, że załączony do oferty raport z badań nie potwierdza danego parametru. Odwołujący zaznaczył, że nie ma wpływu na układ i parametry badań prowadzone przez Jednostki Certyfikujące. Złożony przez odwołującego BEM-BUD certyfikat nie wskazuje wprost wskaźnika wycieku lecz pokrewne parametry takie jak przepuszczalność powietrza parcie, przepuszczalność powietrza ssanie, które w żaden sposób nie dają się technicznie przełożyć na parametr wycieku powietrza wymagany przez zamawiającego. Tym niemniej, złożona karta katalogowa producenta drzwi jednoznacznie potwierdza wymóg zamawiającego, co jest zgodne z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił również uwagę, iż w Programie Funkcjonalnie Użytkowym na stronie 20 zamawiający podał inny parametr drzwi: drzwi hermetyczne wskaźnik wycieku max 1750l/h przy 150 Pa w zakresie tych drzwi, które zgodnie z umową mogą być zmienione na etapie projektowania lub wykonawstwa.

Za chybiony odwołujący BEM-BUD uznał też zarzut minimalnej szerokości drzwi. Odwołujący zauważył, iż zamawiający w wyniku postępowania zapisał wymiar min. 1200 mm, zaś odwołująca zaoferował drzwi o szerokości - 1360 mm, co wyczerpuje warunek minimum.

Jak stwierdził odwołujący BEM-BUD, konsekwencją ww. wadliwych czynności

zamawiającego jest wadliwe unieważnienie postępowania, pomimo tego, że w postępowaniu jest ważna oferta z ceną nie przekraczającą środków posiadanych przez zamawiającego.

Odwołujący BEM-BUD wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- powtórzenia czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty odwołującego BEM-BUD do postępowania,
- powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert), tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do oferty odwołującego BEM-BUD,
- wybór oferty odwołującego BEM-BUD jako najkorzystniejszej,
- równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Sprawa o sygn. akt KIO 1659/14:

W dniu 13 sierpnia 2014 r. wykonawca ERBUD Rzeszów Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący ERBUD”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego ERBUD. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2, art. 29 ust. 1 i 2, art. 30 ust. 1 i 4, art. 31 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a także § 6 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku poz. 231).

Odnosząc się do stwierdzonej przez zamawiającego niezgodności oferty odwołującego ERBUD z treścią SIWZ w pkt 16 i 17 załącznika nr 2 do SIWZ odwołujący ERBUD zauważył, że zamawiający w Załączniku nr 2 do SIWZ stanowiącym jednocześnie załącznik do oferty (wzór) żądał przedstawienia zestawienia parametrów, warunków wymaganych i oferowanych dla wykonania sal operacyjnych, sal przygotowania lekarzy i pacjenta oraz sal wybudzeń. W kolumnie 2 tabeli załącznika 2 zamawiający określił oczekiwane parametry oczekując potwierdzenia ich spełniania w kolumnie nr 4, natomiast w kolumnie nr 3 zawarta była oczekiwana odpowiedź wykonawcy (parametr) spełniająca oczekiwania zamawiającego. Odwołujący ERBUD wskazał, że w pozycji 16 i 17 wpisał słowo „TAK” potwierdzając tym samym spełnienie oczekiwanego wymogu m.in. gwarancji na okres co najmniej 60 m-cy. Powyższe świadczy, zdaniem odwołującego ERBUD, o zaoferowaniu w tym zakresie parametrów zgodnych z oczekiwaniami zamawiającego, a tym samym

z treścią SIWZ.

Odwołujący ERBUD podniósł, iż na skutek oczywistej omyłki pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp lub innej omyłki w rozumieniu pkt 3 tego przepisu, powtarzając w pozycji 16 i 17 wymóg określony w kolumnie 2 tych rubryk załącznika nr 2, omyłkowo wpisał okres gwarancji wynoszący 36 m-cy, co stanowi oczywistą omyłkę pisarską. Odwołujący ERBUD wyjaśnił, iż omyłka ta powstała na skutek przenoszenia danych pomiędzy pierwotnym a zmienionym formularzem załącznika nr 2 (miała miejsce modyfikacja SIWZ w tym zakresie) i jest wynikiem oczywistej omyłki związanej z mechanicznym kopiowaniem danych w programie służącym do edycji tekstu w formie elektronicznej.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zastosowanie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, zatem zamawiający powinien dokonać dogłębnego badania czy nie zachodzą przesłanki do zastosowania tego przepisu, a po ustaleniu ich istnienia jest prawnie zobligowany do jego zastosowania. Odwołujący stwierdził, iż uznać należy, iż omyłka w treści oferty miała charakter oczywistej i to zarówno pisarskiej, jak i dającej się zakwalifikować do pkt 3 art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący zwrócił też uwagę na pogląd wyrażony w wyroku KIO o sygn. akt KIO 88/09 „dopuszczalne jest dokonanie zmian w sytuacji, jeśli z okoliczności wynika, że wykonawca miał zamiar złożyć ofertę o treści odpowiadającej wymaganiom zamawiającego”.

Podsumowując odwołujący ERBUD stwierdził, że zaistniała pomyłka pisarska wynikała z mechanicznego skopiowania danych ze starego formularza załącznika nr 2 do nowego formularza tego załącznika (zmiana spowodowana była zmianą SIWZ w toku postępowania), jednocześnie w treści wpisów w kolumnie 4 pozycja 16 i 17 tego załącznika pojawia się oczywista sprzeczność pomiędzy z jednej strony potwierdzeniem spełnienia oczekiwania wyrażonego w kolumnie 2 tych rubryk (60 m-cy gwarancji) poprzez użycie słowa „TAK” i jednocześnie skopiowanie danych ze starego formularza, w którym zamawiający wymagał jedynie 36 m-cy gwarancji. Odwołujący ERBUD uznał za oczywiste, iż jego oferta w takiej sytuacji obejmowała udzielenie gwarancji zgodnej z oczekiwaniami zamawiającego (60 m-cy), a oczywista omyłka w *de facto* zbytecznym dopisku (w pozycji tej wystarczające było samo słowo „TAK”) ma charakter oczywistej omyłki, która winna być skorygowana przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp. Błędne zaniechanie zastosowania tego przepisu przez zamawiającego doprowadziło w konsekwencji do błędnej czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Ustosunkowując się do stwierdzonej przez zamawiającego niegodności oferty z treścią SIWZ w zakresie pkt 9 załącznika nr 2 do SIWZ odwołujący ERBUD stwierdził,

że uzasadnienie faktyczne powołane przez zamawiającego w pkt 2 pisma zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2014 r. jest częściowo niezrozumiałe - zamawiający wskazuje bowiem, że uzasadniać odrzucenie oferty ma zaproponowanie rozwiązania drzwi o wymiarach 2090 mm x 1360 mm, gdy zamawiający w SIWZ określił minimalną szerokość drzwi na 1200 mm. Zdaniem odwołującego ERBUD, zarzut ten jest nie tylko niezrozumiały, ale wręcz zamawiający sam potwierdza, że zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie spełnia wymogi SIWZ.

Odwołujący ERBUD zwrócił uwagę, iż w pozycji 9 kolumna 4 załącznika nr 2 do oferty poprzez użycie słowa „TAK” i powtórzenie oczekiwanych przez zamawiającego parametrów potwierdził, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymogi zamawiającego.

W ocenie odwołującego ERBUD, żądanie zamawiającego udokumentowania stosownymi badaniami spełniania parametrów oczekiwanych w załączniku nr 2 pozycja 9 do SIWZ jest sprzeczne z § 6 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane. Odwołujący ERBUD wskazał, że rozporządzenie to określa zamknięty katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców celem wykazania m.in. spełniania warunków uczestnictwa w postępowaniu oraz spełniania przez oferowane przez wykonawców usługi, dostawy i roboty budowlane określonych norm jakościowych. Zgodnie z ww. przepisem zamawiający może żądać zaświadczenia uprawnionego podmiotu, że dostarczane produkty spełniają określone normy lub specyfikacje techniczne. Zarówno normy te, jak i specyfikacje określają parametry, jakie produkty te winny spełniać celem ich dopuszczenia do obrotu (np. PN/EN). Z uwagi na fakt, iż certyfikacja potencjalnie określonych przez zamawiających parametrów nie jest możliwa czasowo w trakcie trwania postępowania przetargowego (trwa ona bowiem od kilku do nawet kilkudziesięciu miesięcy) ustawodawca przyjął rozwiązanie, zgodnie z którym zamawiający mogą żądać na etapie składania ofert wyłącznie certyfikatów potwierdzających dopuszczenie lub spełnienie przez oferowany produkt określonej normy (nie parametru), natomiast weryfikacja spełniania przez produkt pozostałych określonych w SIWZ, a także umowie parametrów, następuje już na etapie realizacji danego zamówienia, *in casu* przy czynnościach odbiorowych wykonanych robót budowlanych, lub poprzez oświadczenie wykonawcy (złożone w załączniku nr 2 pozycja 9 kolumna 4). Na etapie składania ofert dla zamawiającego wystarczające musi pozostać oświadczenie wykonawcy, że oferowany produkt spełnia jego specyficzne oczekiwania co do jego cech fizycznych bez jednoczesnej możliwości żądania raportów z badań, atestów, certyfikatów lub innych dokumentów pochodzących od podmiotu trzeciego potwierdzających takie okoliczności. Nie uchybia to oczywiście prawu zamawiającego, jeśli

odpowiednio zagwarantował je sobie w planowanej do zawarcia po udzieleniu zamówienia umowie w sprawie realizacji zamówienia publicznego, do żądania takich dokumentów w rozsądnym czasie na etapie realizacji zamówienia celem wykazania, że efekt realizacji tego zamówienia odpowiada oczekiwaniom zamawiającego i umowie stron. Tym samym, w ocenie odwołującego ERBUD, żądanie zamawiającego przedstawienia określonych w pozycji 9 kolumna 2 załącznika nr 2 dokumentów na okoliczność potwierdzenia czegokolwiek więcej niż dopuszczenia do stosowania lub spełniania określonych norm przez oferowane drzwi hermetyczne było nieuprawnione i naruszało treść § 6 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia, tym samym nie mogąc stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Ponadto odwołujący ERBUD stwierdził, że opis oczekiwanych przez zamawiającego cech fizycznych drzwi hermetycznych przesuwanych był nieprecyzyjny. Odwołujący ERBUD wskazał, że przedmiotowe zamówienie realizowane ma być w systemie zaprojektuj i wybuduj. Tym samym, jego przedmiot jedynie co do cech funkcjonalnych opisany został ramowo w Programie Funkcjonalno - Użytkowym. Program ten nie zawiera większości (lub zgoła w ogóle nie zawiera) danych wymaganych od projektu budowlanego i wykonawczego. Wykonawca tworząc na etapie projektowania (realizacji zamówienia) te projekty dopiero proponować będzie określone rozwiązania techniczne spełniające każdorazowo ramowo określone założenia funkcjonalne określone przez zamawiającego. Drzwi zgodnie z Programem Funkcjonalno - Użytkowym (str. 20) nie miały podanej jakiegokolwiek minimalnej, ani też maksymalnej szerokości.

Wobec powyższego, jak stwierdził odwołujący ERBUD, jedynym obiektywnym sposobem odczytywania warunku sformułowanego przez zamawiającego było uznanie, że „wskaźnik wycieku” jest tożsamy z fachowym określeniem „przepuszczalność powietrza” - odmienne przyjęcie czyni ten zapis niezrozumiałym, a tym samym nie spełniającym wytycznych co do sposobu opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny, precyzyjny, nie budzący wątpliwości, dokonany za pomocą dostatecznie precyzyjnych określeń i nie utrudniający uczciwej konkurencji, wynikający z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Ponadto, elementem obiektywnego odczytania tego postanowienia SIWZ było uznanie, w kontekście braku określenia przez zamawiającego wymiaru drzwi, że wymóg ten dotyczy zobiektywizowanej jednostki miary jaką jest 1m². Za taką wykładnią tego zapisu SIWZ przemawia również użycie w nim terminu „wskaźnik”. Za słownikiem języka polskiego (vide: www.sjp.pwn.pl/slownik) wskaźnik oznacza liczbę wyrażającą stosunek (też procentowy) wielkości rozpatrywanych do przyjętej podstawy. Podstawą tą nie może być 1 szt. drzwi, gdyż ich wymiar, a co za tym idzie, parametr wprost mający wpływ na przepuszczalność powietrza, nie jest zdefiniowany, tym samym w zapisie tym niewątpliwie zamawiający odnosi się do 1 m² powierzchni drzwi. Taka interpretacja niewątpliwie niejasnego zapisu SIWZ jest

interpretacją zgodną z art. 7 i 29 ustawy Pzp zmierzającą do nadania zapisowi temu takiego sensu, by zgodny był on z ustawowymi wymogami - w przeciwnym wypadku uznać należałoby, iż zamawiający formułując treść SIWZ naruszył ustawę Pzp.

Dodatkowo, odwołujący ERBUD wskazał, że zgodnie z art. 29-31 ustawy Pzp, opis powinien nastąpić z użyciem określeń dostatecznie precyzyjnych, natomiast, co wynika już z dorobku orzecznictwa KIO, w wypadku elementów o charakterze technicznym opis ten powinien nastąpić z użyciem terminologii technicznej. Pojęcia „dostatecznie dokładne i zrozumiałe określenia” odnoszą się bowiem do języka fachowego i branżowego. Odwołujący przywołał polską normę będącą podstawą dla badania przepuszczalności powietrza przez stolarkę drzwiową i okienną PN-EN 1026:2001 i stwierdził, że określenie „wskaznik wycieku” nie jest określeniem ani fachowym, ani też branżowym. Ww. norma na str. 4 w pkt 3.2. przywołuje definicję pojęcia „przepuszczalność powietrza” i w całej swej treści nie odwołuje się do terminologii użytej przez zamawiającego. Na marginesie odwołujący ERBUD zauważył, że przepuszczalność zgodnie z ww. definicją powinna być wyrażona w m^3 , tak jak uczynił to odwołujący, a nie w litrach, jak oczekiwał tego zamawiający. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 8.3 normy podawanym i badanym współczynnikiem jest współczynnik obiektywny - przepływ w m^3/hm^2 powierzchni badanego elementu (tu: drzwi przesuwnych). Dokonując tym samym wykładni wysoce nieprecyzyjnego zapisu SIWZ można, zdaniem odwołującego ERBUD, dojść jedynie do dwóch alternatywnych wniosków:

- a) Zamawiający odnosił się do parametru przepływu powietrza odnosząc się jednocześnie do wskazanej normy, tym samym zgodnie z normą tą winna być dokonana ocena spełnia / nie spełnia rozwiązania zaproponowanego przez odwołującego. Odwołujący zwrócił uwagę, że dla badanego elementu skrzydła 2090 mm x 1360 mm wskazanego przez odwołującego przenikanie powietrza posiadało parametr lepszy niż wymagany, a to $0,74 m^3 / hm^2$ albo
- b) uznać należy, że zamawiający wskazał na parametr techniczny (współczynnik wycieku) bliżej nie zdefiniowany i nie znany branżowo, tym samym, zgodnie z zasadą, że nieprecyzyjne, a tym samym nie dające się zrozumieć zapisy SIWZ winny być interpretowane na korzyść wykonawcy uznać należy, iż proponowane przez odwołującego rozwiązanie spełnia wymogi zamawiającego.

Odwołujący ERBUD stwierdził, że dokument przekazany wraz z ofertą wskazuje średnią przepuszczalność powietrza $0,74 m^3/hm^2$, co tym samym potwierdza spełnienie wymaganego warunku, czyniąc odrzucenie oferty bezpodstawnym.

Odwołujący ERBUD zwrócił też uwagę na pogląd wyrażony w orzeczeniu Krajowej

Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2043/11, zgodnie z którym „Zamawiający nie może obarczać wykonawców uczestniczących w postępowaniu negatywnymi konsekwencjami niejasności i nieścisłości specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z czym mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym. Należy pamiętać, że wszelkie niejasności należy interpretować na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu, ponieważ to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie warunków udziału w postępowaniu”. Odwołujący ERBUD podniósł, iż opisując przedmiot zamówienia (jego element) zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający winien odnieść się do cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem odpowiednich norm w przepisie tym wskazanych. Cechy te winny być zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp każdorazowo określone w sposób jasny i precyzyjny, czego zamawiający w niniejszym postępowaniu nie uczynił.

Dodatkowo, jak zauważył Odwołujący ERBUD, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp posługuje się w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Takie pojęcie użyte przez ustawodawcę powoduje, w ocenie odwołującego, że na wykonawcy ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło, ciąży na zamawiającym. Dowód taki, w opinii odwołującego ERBUD, nie może być, choćby potencjalnie, skutecznie przeprowadzony - z treści odrzucenia oferty wynika bowiem, że nie tylko odwołujący został przez brak precyzji SIWZ w analizowanym elemencie wprowadzony w błąd, ale że w oparciu o ten zapis załącznika nr 2 do SIWZ odrzucone zostały łącznie 2 z 3 złożonych ofert.

Odwołujący podniósł również, że dokonując odrzucenia oferty zamawiający powinien przedstawić wyczerpującą argumentację zarówno faktyczną, prawną, jak i dokonać odpowiedniej subsumpcji, a ograniczenie się zamawiającego tylko do powołania się na normę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest niewystarczające. W szczególności w stosunku do drugiego z zarzutów stawianych przez zamawiającego ofercie odwołującego ERBUD zamawiający nie wskazał dlaczego i w jaki sposób w jego ocenie załączona przez odwołującego do oferty dokumentacja nie spełnia wymogu określonego przez zamawiającego w SIWZ. Odwołujący ERBUD stwierdził, że takie działanie zamawiającego pozbawia odwołującego możliwości podjęcia efektywnej obrony, bowiem przesłanki, którymi kierował się zamawiający przy odrzuceniu oferty odwołującego pozostają na chwilę wniesienia odwołania w znacznej mierze wyłącznie w sferze domysłów odwołującego.

Odwołujący ERBUD wniósł o:

- unieważnienie dokonanej czynności odrzucenia oferty odwołującego,

- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert,
- nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego ERBUD jako najkorzystniejszej,
- a wobec powyższego z urzędu unieważnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą czynności unieważnienia postępowania nr PN 37/14 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na brak zaistnienia przesłanek do zastosowania tego unieważnienia, z uwagi na fakt, że cena oferty odwołującego nie przekracza kwoty, jaką zamawiający przeznacza na realizację zamówienia.

Ponadto odwołujący ERBUD wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa w specjalności konstrukcyjno - budowlanej na poniższe okoliczności:

- ustalenia czy powszechnie używanym w obrocie terminem, a tym samym terminem dostatecznie precyzyjnym technicznie i znanym branżowo jest „wskaźnik wycieku drzwi”,
- ustalenia czy wskaźnik wycieku drzwi może być utożsamiany z przepuszczalnością powietrza przez drzwi ustalenie czy zgodnie z obowiązującą dla badania przepuszczalności powietrza przez stolarkę drzwiową normą przepuszczalność podawana jest dla określonej jednostki miary takiej jak np. m² lub mb styku drzwi z ościeżnicą czy też dla całego elementu,

a także dowodu z przesłuchania świadka R. S., adres do doręczeń: ul.20,Ś., głównego konsultanta technicznego z firmy ALVO, na okoliczność: istnienia w obrocie pojęcia „wskaźnik wycieku drzwi” oraz udzielenia odpowiedzi na pytanie czy zgodnie z obowiązującą dla badania przepuszczalności powietrza przez stolarkę drzwiową normą przepuszczalność podawana jest dla określonej jednostki miary takiej jak np. m² lub mb styku drzwi z ościeżnicą czy też dla całego elementu.

W dniu 25 sierpnia 2014 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił oba odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego niewłaściwych wymiarów szerokości oferowanych przez wykonawców drzwi i poinformował o dokonanej w dniu 25 sierpnia 2014 r. modyfikacji informacji o unieważnieniu postępowania. Jednocześnie zamawiający wniósł o oddalenie odwołań w zakresie pozostałych zarzutów.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności SIWZ wraz z załącznikami, modyfikację treści SIWZ z dnia 9 lipca 2014 r., oferty złożone przez odwołujących BEM-BUD i ERBUD, wezwanie do uzupełnienia dokumentów skierowane w dniu 28 lipca 2014 r. przez zamawiającego do odwołującego BEM-BUD, wyjaśnienia odwołującego BEM-BUD z dnia 30 lipca 2014 r., wezwanie do uzupełnienia dokumentów skierowane w dniu 29 lipca 2014 r. przez zamawiającego do odwołującego ERBUD, pismo odwołującego ERBUD skierowane do zamawiającego w dniu 31 lipca 2014 r., pismo zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2014 r. stanowiące modyfikację informacji o unieważnieniu postępowania, a także stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że obaj odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Nie potwierdził się podniesiony przez obu odwołujących zarzut dotyczący odrzucenia ofert z uwagi na nie potwierdzenie stosownymi dokumentami spełniania przez oferowane drzwi określonego przez zamawiającego parametru „wskaźnik wycieku”. Nie ulega wątpliwości, iż na potwierdzenie spełniania przez oferowane drzwi parametru „wskaźnik wycieku” na poziomie 900l/h lub mniej przy 50 Pa zamawiający wymagał dołączenia raportu z badań lub certyfikatu lub zaświadczenia wydanego przez akredytowaną (PCA, UE MLA, ILAC MRA, IAC MLA, DAkkS) lub notyfikowaną jednostkę oraz raportu lub sprawozdania z przeprowadzonych badań (załącznik nr 2 do SIWZ, pozycja 9). Do oferty należało również dołączyć kartę katalogową drzwi. Zarówno przedmiotowy wymóg, jak też dokument żądany na jego potwierdzenie nie zostały zakwestionowane przez wykonawców na etapie specyfikacji. Podnoszenie zarzutu wobec przedmiotowego wymagania na obecnym etapie postępowania jest spóźnione (art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Tym samym, wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie zobowiązani byli wykazać stosownym, wymienionym w pozycji 9 załącznika nr 2 do SIWZ, dokumentem spełnianie przez oferowane drzwi określonego przez zamawiającego parametru.

W pozycji 9 załącznika nr 2 do SIWZ zamawiający ustanowił wymaganie: Drzwi hermetyczne przesuwne systemowe z izolacją akustyczną. Konstrukcja drzwi z systemem uszczelki oraz mechanizmem suwnym ma zapewniać hermetyczność. Wskaźnik wycieku

900 l/h lub mniej przy 50 Pa. W ocenie Izby, z treści przedmiotowego wymagania jednoznacznie wynika, iż określony przez zamawiającego parametr dotyczy drzwi jako całości, nie m² powierzchni drzwi czy mb. Nie przeczy temu okoliczność, iż zamawiający nie wymagał złożenia na obecnym etapie oświadczenia co do wymiarów drzwi. Wykonawca składający ofertę niewątpliwie musiał przyjąć pewne założenia w tym zakresie, choćby z uwagi na konieczność skalkulowania ceny. Nie budzi również wątpliwości Izby okoliczność, iż parametr „wskaźnik wycieku” z niemieckiej normy DIN to parametr „przepuszczalność powietrza” przyjęty w polskiej normie PN-EN 1026. Bez wątplenia również możliwe jest przeliczenie według reguł matematycznych litra (jednostki miary przyjętej w normie niemieckiej) na m³ (przy pomocy którego określone zostały parametry w normie polskiej).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zasadnie zamawiający badając oferty obu odwołujących wziął pod uwagę wskazany w złożonym przez odwołujących raporcie z badań parametr całkowitego przepływu powietrza dla 50 Pa, który nie potwierdził zgodności oferty z wymaganiem zamawiającego (strona 36 oferty odwołującego BEM-BUD, strona 146 oferty odwołującego ERBUD). Izba nie wzięła pod uwagę przy rozstrzygnięciu przedmiotowego zarzutu pisma przedstawiciela ALVO Sp. z o.o. Sp.k. uznając je za stanowisko strony.

Raport z badań lub certyfikat lub zaświadczenie wydane przez akredytowaną (PCA, UE MLA, ILAC MRA, IAC MLA, DAkkS) lub notyfikowaną jednostkę oraz raport lub sprawozdanie z przeprowadzonych badań były żądane na potwierdzenie spełniania przez oferowane drzwi wymagania określonego przez zamawiającego, zatem dokument taki podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednak w przedmiotowym postępowaniu zamawiający takiego wezwania już dokonał w dniu 28 lipca 2014 r. w stosunku do odwołującego BEM BUD i w dniu 29 lipca 2014 r. w stosunku do odwołującego ERBUD. Odwołujący nie uzupełnili oferty w ww. zakresie. Ponowne wezwanie co do tego samego dokumentu nie jest możliwe.

Za możliwą do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba uznała niezgodność oferty odwołującego BEM BUD z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanej ilości lamp. Niewątpliwie celem wykonawcy było zaoferowanie sprzętu w ilości wymaganej przez zamawiającego, a nie wskazanie ilości w załączniku nr 3 może być wynikiem omyłki będącej skutkiem modyfikacji załącznika w tym zakresie. Poprawienia oferty może dokonać zamawiający samodzielnie, bez konieczności uzyskania od wykonawcy dodatkowych informacji.

Jednocześnie, ustanowionego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wyjątku od zasady,

że złożona oferta od początku powinna w pełni odpowiadać SIWZ, nie można zastosować do uzupełnienia braku oświadczenia w pozycji 25 załącznika nr 3 w zakresie serwisu lampy. Wymóg ten był istotny dla zamawiającego, skoro został ujęty w załączniku nr 3. Wbrew twierdzeniom odwołującego BEM-BUD, to obowiązkiem wykonawcy jest złożenie oświadczeń w ofercie, a przerzucanie na zamawiającego ciężaru formułowania takich oświadczeń jest nieuprawnione. Przede wszystkim, uzupełnienie przedmiotowego braku wymagałoby przeprowadzenia pewnego rodzaju negocjacji pomiędzy zamawiającym a odwołującym BEM-BUD – niezbędne byłoby skierowanie zapytania do wykonawcy w tym zakresie i złożenie przez odwołującego nowego oświadczenia co do serwisu lamp. Takie działanie byłoby niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Co więcej, wskazana przez odwołującego strona internetowa nie przedstawia danych serwisu, z którego mógłby korzystać zamawiający – załączony do odwołania wydruk ze strony internetowej daje wyłącznie możliwość zgłoszenia reklamacji przez Internet.

W ocenie Izby, na uwzględnienie zasługuje zarzut odwołującego ERBUD w zakresie odrzucenia oferty odwołującego ze względu na zaoferowany w pozycjach 16 i 17 załącznika nr 2 do SIWZ okres gwarancji. Izba wzięła przy tym pod uwagę, iż załącznik nr 2 był w tym zakresie przez zamawiającego modyfikowany, a także fakt, iż w kolumnie 4 załącznika odwołujący złożył oświadczenie o treści „TAK” potwierdzając spełnienie wymagania zamawiającego. Wobec powyższego, zamawiający powinien omyłkę w tym zakresie poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Za zasadny Izba uznała zarzut podniesiony przez obu odwołujących dotyczący odrzucenia ofert z uwagi na wymiar skrzydła drzwi poddany badaniu. Nie ulega wątpliwości, iż wskazany w pkt 2 złożonego przez obu odwołujących raportu z badań wymiar skrzydła drzwiowego 2090 mm x 1360 mm jest zgodny z postawionym w SIWZ wymaganiem zaoferowania drzwi o minimalnej szerokości 1200 mm. Zasadność przedmiotowego zarzutu potwierdził też zamawiający dokonując ponownie czynności odrzucenia ofert, gdzie nie wskazał na tę niezgodność ofert z treścią SIWZ.

Pomimo uwzględnienia części zarzutów podniesionych przez obu odwołujących zasadność tych zarzutów pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem oferty obu odwołujących podlegają odrzuceniu z uwagi na nie potwierdzenie stosownym dokumentem parametru „wskaźnik wycieku”, a w przypadku oferty odwołującego BEM-BUD również z uwagi na nie złożenie oświadczenia co do serwisu oferowanych lamp.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....