

**WYROK**  
**z dnia 10 września 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Renata Tubisz**

**Członkowie: Małgorzata Stręciwilk**

**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Krośnie S.A., 38-400 Krosno, ul. Lewakowskiego 25** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Krosno, 38-400 Krosno, ul. Lwowska 28a** protestu z dnia 17 lipca 2009 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje wezwać Odwołującego do doręczenia aprobat technicznych i nakazuje Zamawiającemu ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Krosno, 38-400 Krosno, ul. Lwowska 28a**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Krośnie S.A., 38-400 Krosno, ul. Lewakowskiego 25,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Krosno, 38-400 Krosno, ul. Lwowska 28a** na rzecz **Krośnieńskiego Przedsiębiorstwa**

**Budowlanego w Krośnie S.A., 38-400 Krosno, ul. Lewakowskiego 25,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Krośnieńskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego w Krośnie S.A., 38-400 Krosno, ul. Lewakowskiego 25**

### **U z a s a d n i e n i e**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych: 185754 -2009 z datą zamieszczenia: 09.06.2009

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych ( j.t. Dz. U. 2007r. Nr 223 poz.1655 z późn. zm.) zwanej dalej "ustawą".

Przedmiot postępowania dotyczy: Kompleksowej termomodernizacji obiektów użyteczności publicznej w Krośnie-Kryta Pływalnia ul. Sportowa 8.

Zamawiającym jest Prezydent Miasta Krosna 38 -400 Krosno ul. Lwowska 28a zwany dalej "Zamawiającym".

Odwołującym jest Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Krośnie S.A. 38 -400 Krosno ul. Lewakowskiego 25 zwany dalej "Odwołującym"

Protest został wniesiony pismem z dnia 17.07.2009r. wobec odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Konsorcjum wykonawców: "P.B.U. "KROSPOL" sp. j. ul. Bieszczadzka 53a, 38-400 Krosno i P.H.U. "INWENTECH" Mariusz Skalmierski, al. Jana Pawła II 37, 38-400 Krosno.

W proteście zarzucono naruszenie przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
2. art. 26 ust. 3 przez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia oferty przez Odwołującego o dokumenty dotyczące aprobat technicznych na ślusarkę i stolarkę okienną.

Na tej podstawie wniesiono o:

1. ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu,
2. uznanie, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu protestu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający w dniu 10 lipca 2009 r. powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu między innymi oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego podano, że przewidziane wykonanie ślusarki aluminiowej z profili o wysokości 65 lub 74mm są nieodpowiednie pod względem wytrzymałościowo-statycznym. Zamawiający powołał się przy tym na przyjęte przez pozostałych oferentów profile o ponad dwukrotnie większych wysokościach (od 165 do 175 mm).

Zamawiający wskazał ponadto, iż Odwołujący nie dołączył aprobat technicznych na ślusarkę i stolarkę. Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z uwagi na fakt, iż mimo ich uzupełnienia oferta i tak podlegałaby odrzuceniu.

Należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący do oferty dołączył indywidualną dokumentację techniczną, w której zawarty jest projekt jednego okrągłego okna o symbolu O18 średnica 120 cm, na które zgodnie z SIWZ wymagane było przedstawienie odrębnej dokumentacji dotyczącej stolarki nietypowej.

W zakresie tylko i wyłącznie tego jednego elementu (tj. okrągłego okna o średnicy 120 cm o symbolu O18), Odwołujący przewidział wykonanie ślusarki aluminiowej z profili o wysokości 65 lub 74 mm.

W ocenie Odwołującego brak podstaw aby twierdzić, iż przedstawione przez oferenta profile o wysokości 65 lub 74 mm były również przewidziane do wykonania pozostałych elementów ślusarki aluminiowej. W indywidualnej dokumentacji technicznej załączony jest rysunek okna nietypowego O18 i opis techniczny dotyczy wyłącznie tego okna, a zatem nie ma żadnych przesłanek świadczących o tym, że projekt ten dotyczy całości ślusarki aluminiowej zawartej w ofercie.

Przyjęty system fasadowy firmy ALIPLAST jest systemem typowym posiadającym aprobatę techniczną nr AT-15-651112005.

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że w ofercie przyjęto nieodpowiednie profile pod względem wytrzymałościowo-statycznym co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył również art. 26 ust 3 ustawy zgodnie z którym "Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z powyższym, Zamawiający wzywa wykonawców, we wskazanym terminie, do uzupełnienia złożonych dokumentów lub złożenia wyjaśnień.

Skoro, Zamawiający powziął wątpliwość, iż profile stolarki są nieodpowiednie powinien w trybie art. 26 ust 3 ustawy wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji lub złożenia wyjaśnień, dlaczego Odwołujący wybrał takie a nie inne profile.

Po drugie, zwrócenie się przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy o uzupełnienie brakujących aprobat technicznych spowodowałoby rozwianie wszelkich wątpliwości, albowiem brakujące aprobaty techniczne zawierają przekroje zastosowań profili do stolarki nie objętych dopuszczeniem jednostkowym (jak w przypadku okrągłego okna o symbolu O18 oraz średnicy 120 cm) czyli aprobaty do wszystkich pozostałych profili (także profili o oczekiwanych przez Zamawiającego wysokościach).

W ocenie Odwołującego nieuprawnionym było twierdzenie Zamawiającego, że oferta podlegała odrzuceniu, bez uprzedniego zwrócenia się do Odwołującego z żądaniem wyjaśnień lub przesłaniem dodatkowych dokumentów.

Biorąc pod uwagę kryterium określone przez Zamawiającego w SIWZ, dotyczące kryteriów wyboru oferty (cena -100%) realizacja przedmiotowej inwestycji powinna zostać powierzona Odwołującemu.

Po odrzuceniu ofert nr 1, 3, 5 i 6 cena zaproponowana przez Odwołującego jest najniższa.

Interes prawny we wniesieniu protestu wyraża się w tym, iż w sytuacji kiedy jego oferta nie zostałaby odrzucona, to jego oferta jest najkorzystniejszą ważną ofertą złożoną w tym postępowaniu.

Tak więc interes prawny Odwołującego wyraża się bezpośrednio w możliwości korzystnego rozstrzygnięcia przetargu, w sytuacji kiedy wszystkie czynności Zamawiającego zostałyby wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy.

Wobec powyższego Odwołujący protest uważa za konieczny i uzasadniony.

Pismem z dnia 27.07.2009r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Po analizie zarzutów podniesionych w proteście Zamawiający uznał, że żaden z nich nie zasługuje na uwzględnienie, a zawarte w nim argumenty nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym i prawnym.

Odwołujący twierdzi, że do złożonej oferty dołączył indywidualną dokumentację techniczną dotyczącą wyłącznie okna okrągłego, co ma potwierdzać załączony rysunek okna oraz opis techniczny.

Tymczasem na stronie tytułowej tej dokumentacji Odwołujący umieścił nazwę: "Dostawa i montaż stolarki okiennej i drzwiowej dla zadania pod nazwą "Kompleksowa termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej w Krośnie (Kryta Pływalnia ul. Sportowa)".

Należy również zwrócić uwagę na zapis w rozdziale 1. Opis systemu, gdzie Odwołujący opisuje system: "ALIPLAST IMPERIAL to trójkomorowy system przeznaczony do konstrukcji zewnętrznych drzwi, okien oraz różnego rodzaju witryn".

Zatem tytuł dokumentu oraz opis nie odnosi się wyłącznie do okna okrągłego, jak twierdzi Odwołujący, lecz opisuje asortyment odpowiadający ślusarce aluminiowej będącej przedmiotem zamówienia. Zamawiający miał zatem pełne podstawy uznać, iż powyższe dokumenty odnoszą się w swych zapisach do całego asortymentu ślusarki będącego przedmiotem zamówienia i oceny jego treści pod względem wypełnienia wymogów SIWZ.

Ponadto Odwołujący stoi na stanowisku, że zaproponowany system jest systemem typowym, o czym ma świadczyć wskazana w proteście aprobaty technicznej AT-15-6511/2005 i co, zgodnie z SIWZ, nie wymaga wykonania projektu jednostkowego.

W tej sytuacji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien go wezwać do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Należy zauważyć, że zapis w SIWZ nie odnosi się do "typowego systemu", lecz do "typowej dla danego systemu stolarki i ślusarki".

Dalej w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający informuje, że niektóre aprobaty techniczne określają wymiary stolarki i ślusarki, dla których nie jest wymagane wykonywanie obliczeń wytrzymałościowych, i ten asortyment stolarki i ślusarki należy uznać za typowy dla danego systemu.

W przypadku przytoczonej przez Odwołującego aprobaty technicznej AT-15 -6511/2005, nakłada ona obowiązek wykonania obliczeń wytrzymałościowych dla wszelkich wyrobów.

Zawarty w aprobacie wymóg wykonania obliczeń wytrzymałościowych oznacza, zgodnie z SIWZ konieczność dołączenia tych obliczeń do oferty, czego Odwołujący w swoim proteście

nie podnosi, żądając od Zamawiającego jedynie dopuszczenie do uzupełnienia oferty o aprobatę techniczną.

Oznacza to, że Odwołujący nie zapoznał się z treścią aprobaty i sam sobie przeczy twierdząc z jednej strony, że dokonał doboru odpowiednich przekrojów profili, a z drugiej nie uznając za konieczne wykonanie projektu jednostkowego dla ślusarki wymaganego przez tę aprobatę.

Wobec takiego stanowiska Zamawiający nie ma wątpliwości, że Odwołujący składając ofertę nie dokonał wymaganych w SIWZ i w aprobacie technicznej obliczeń wytrzymałościowych dla ślusarki aluminiowej i jedynym odniesieniem przy ocenie poprawności doboru profili aluminiowych jest załączony do oferty Projekt numer: 3/2009, w którym to opisane zostały profile o przekrojach niedostatecznych ze względów wytrzymałościowych.

Dodatkowym potwierdzeniem stanowiska Zamawiającego o nieodpowiednim doborze konstrukcji może być też cena ofertowa dla ślusarki aluminiowej, która jest niższa od kolejnych cen ofertowych aż o ponad 20%.

W tym kontekście wnioski Odwołującego zawarte w uzasadnieniu protestu uznaje się całkowicie za bezzasadne, jako nie mające odzwierciedlenia w stanie faktycznym ani też w obowiązujących przepisach prawa.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający uważa oddalenie protestu w całości za zasadne.

Pismem z dnia 31 lipca 2009 r. zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący odnosząc się do argumentacji zawartej w rozstrzygnięciu protestu podniósł i wywiódł co następuje.

I. Zgodnie z Rozdziałem III pkt 4 SIWZ Wykonawcy winni dostarczyć Zamawiającemu: „(...), w przypadku stolarki i ślusarki nietypowej dla danego systemu produkcji indywidualny projekt jednostkowy wraz załączonymi kartami katalogowymi zastosowanych profili i wzmocnień ukazujących ich właściwości techniczne. (...)”

Zestawienie stolarki na przedmiot przetargu zaprezentowane przez Zamawiającego wskazuje jednoznacznie, iż jedyną pozycją wymagającą projektu indywidualnego jest okno okrągłe o średnicy 120 cm symbolu 018. Jakkolwiek nie ma przepisów regulujących jaka stolarka i ślusarka jest typowa a jaka nietypowa.

W zakresie tylko i wyłącznie jednego elementu (tj. okrągłego okna 018 o średnicy 120 cm), Odwołujący przewidział wykonanie stolarki aluminiowej z profili o wysokości 65 lub 74 mm.

Projekt dotyczy elementu nietypowego, zgodnie z wymogami SIWZ.

Jest prawdą, że Odwołujący nie przedłożył aprobat na pozostałe, typowe elementy ślusarki, ale Zamawiający powinien był wezwać o ich dołączenie.

Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu, a dotyczącego interpretacji Zamawiającego jakoby Odwołujący przedstawiając dokumenty dotyczące projektu jednostkowego okrągłego okna przedstawił projekt na całą stolarkę i ślusarkę aluminiową będącą przedmiotem zamówienia, zauważył, iż w cytowanym wyżej Rozdziale III pkt 4 SIWZ Zamawiający wymagał dostarczenia aprobat technicznych dla stolarki i ślusarki typowej, a w przypadku stolarki i ślusarki nietypowej dla danego systemu produkcji indywidualne projekty jednostkowe wraz załączonymi kartami katalogowymi zastosowanych profili i wzmocnień ukazujących ich właściwości techniczne. Zamawiający w żaden sposób nie zdefiniował, co rozumie pod pojęciem "stolarka i ślusarka nietypowa". W żadnych regulacjach prawnych (ustawy, normy, rozporządzenia itp.) czy też w literaturze fachowej brak jest jednoznacznego określenia co to jest nietypowa stolarka czy ślusarka. Powyższe oznacza, iż w zależności od doświadczenia i wiedzy technicznej dla jednych stolarką nietypową mogą być okna o wymiarach np. 40 cm x 40 cm a dla innych okno w kształcie koła. W budownictwie przyjęło się, iż nietypowym elementem ślusarki w danym obiekcie czy budowli będzie element powszechnie nie występujący w danym obiekcie czy budowli np. dźwigar łukowy drewniany w budynku jednorodinnym czy też właśnie przedmiotowe okno w kształcie koła, (które było przedmiotem zamówienia). Powyżej cytowany zapis dawał oferentom możliwość pewnej dowolności, co uznają za stolarkę i ślusarkę nietypową a co za typową i w zależności od dokonanego wyboru, dla nietypowej stolarki i ślusarki przedstawić powinni indywidualny projekt jednostkowy wraz załączonymi kartami katalogowymi zastosowanych profili i wzmocnień ukazujących ich właściwości techniczne, natomiast dla stolarki i ślusarki typowej powinni przedstawić wyłącznie aprobaty techniczne. Odwołujący uznał analizując specyfikację przetargową, iż jedynym elementem, dla którego wymagany był indywidualny projekt i jednostkowe dopuszczenie jest okno okrągłe o średnicy 120 cm symbolu 018, składające się z profili 65 lub 75 mm i wykonane w systemie IMPERIAL.

System ten nosi nazwę "SYSTEM IMPERIAL" i objęty jest "aprobatą techniczną ITB o numerze AT-15-5914/2003 na wykonywanie okien i drzwi balkonowych".

Jest faktem, że do tego projektu w ofercie nie dołączono aprobaty o w/w numerze, a to tylko z tego względu, że system ten był bardzo dobrze znany Zamawiającemu chociażby z tego powodu, że producent stolarki aluminiowej wykonywał dla Zamawiającego w tym systemie okna i drzwi aluminiowe dla budynku pn. "Centrum Kultur Pogranicza w Krośnie".

Ponadto aprobata ta ogólnie dostępna jest w internecie w związku z czym nie było potrzeby zdaniem oferenta powielania dodatkowej makulatury nie wnoszącej nic nowego do przedmiotowego zamówienia.

Brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia przez Zamawiającego, iż dołączony projekt był projektem dla całej stolarki i ślusarki objętej przetargiem.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że w indywidualnej dokumentacji technicznej załączony został rysunek okna nietypowego O18 i opis techniczny dotyczy wyłącznie tego okna. Oczywiście błędna jest interpretacja Zamawiającego, jakoby dołączony do oferty indywidualny projekt był projektem obejmującym całą stolarkę i ślusarkę objętą przetargiem. W opisie systemu Oferent co prawda wskazał iż: "ALIPLAST IMPERIAL to trójkomorowy system przeznaczony do konstrukcji zewnętrznych drzwi, okien oraz różnego rodzaju witryn" jednak na wcześniejszej stronie tytułowej indywidualnego projektu znajduje się informacja producenta, która wyraźnie wskazuje, iż projekt został sporządzony dla zadania: "dostawa i montaż stolarki okiennej i drzwiowej dla zadania pod nazwą ...". Cytowane stwierdzenie jest jednoznaczne i nie pozostawia wątpliwości, że Odwołujący w tym systemie oferuje wykonanie tylko stolarki okiennej i drzwiowej, a nie jak twierdzi Zamawiający całości stolarki i ślusarki aluminiowej. Stolarka okienna i drzwiowa miała zostać wykonana zgodnie z aprobatą AT-15\_5914\_2003.

Pozostałą część ślusarki aluminiowej objętej przedmiotem zamówienia Odwołujący miał wykonać w systemie MC-WALL też firmy ALIPLAST objętej aprobatą techniczną AT-15-651112005 obejmujący zestaw wyrobów do wykonywania lekkiej ściany osłonowej o konstrukcji szkieletowej z kształowników aluminiowych.

Także i ten system znany był Zamawiającemu z realizacji inwestycji, o której była mowa powyżej, a oceniający oferty ze strony Zamawiającego pełnił tam rolę "Zarządzającego" w związku z czym ten system i ta aprobata musi być Zamawiającemu doskonale znana.

Znajomość treści tej aprobaty skutkuje twierdzeniem Odwołującego, że na przedmiotowy "element fasady" o wym. 5,70 x 4,40 m nie należało wykonywać projektu indywidualnego, gdyż to projektant dokumentacji budowlanej dokonał wszystkich niezbędnych obliczeń na etapie jej wykonywania i stwierdził, że odpowiednio dobrane profile "każdego systemu" dopuszczonego do stosowania w budownictwie spełnią rolę określoną w przedmiocie zamówienia.

Konstrukcja oferty tzn. opisy do poszczególnych pozycji kosztorysowych nie pozwalają zawrzeć w niej wszystkich szczegółów technicznych dotyczących materiału, kształtu profilu itp. danego elementu robót ale istotne jest aby oferent wykazał, że je wykona w przedmiocie zamówienia, w określonej ilości i z góry za określoną cenę.

Ogólnie przyjętym i stosowanym w budownictwie sposobem realizacji obiektu jest procedura, że Wykonawca przed wbudowaniem danego materiału musi wykazać Zamawiającemu, że powyższy materiał posiada wymagane prawem dokumenty tzn. atesty, aprobaty itp.

Taki sam tryb realizacji przedmiotu umowy dotyczy także i inwestycji objętej przedmiotem zamówienia o czym świadczy fakt zawarty w § 7 pkt 1, 2, 3 projektu umowy załączony do SIWZ pod hasłem: Wzór umowy (zał. nr 6).



Nieuprawnionym jest zatem twierdzenie Zamawiającego, jakoby oferent przyjął nieodpowiednie profile pod względem wytrzymałościowo-statycznym co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty. Ponadto argument, iż cena ofertowa Oferenta dla ślusarki aluminiowej jest niższa od pozostałych o ponad 20%, nie może stanowić podstawy do twierdzenia, iż w swoich założeniach Oferent nieodpowiednio dobrał konstrukcje.

II. Zwrócenie się przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych o uzupełnienie brakujących aprobat technicznych spowodowałoby rozwianie wszelkich jego wątpliwości, albowiem brakujące aprobaty techniczne zawierają przekroje do wszystkich pozostałych profili (także profili o oczekiwanych przez Zamawiającego wysokościach).

Ustawa prawo Zamówień Publicznych została skonstruowana z jednej strony nakładając na zamawiającego i oferentów szereg wymogów formalnych jednak z drugiej strony pozostaje ona w duchu konkurencyjności, pozwalającej na uzupełnienie oferty wykonawcom, aby w konsekwencji w przetargu został wybrany produkt najlepszy pod każdy względem a nie taki produkt, którego oferent zachował pierwotnie jedynie wszystkie wymogi formalne.

Wobec powyższego nieuprawnionym było twierdzenie Zamawiającego z góry, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, co skutkowało brakiem zwrócenia się do protestującego z żądaniem wyjaśnień lub przesłaniem dodatkowych dokumentów (zwłaszcza, że oferta Odwołującego odpowiadała specyfikacji przetargowej).

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty innego oferenta,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród ofert złożonych,
3. nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

#### Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Odwołujący oprotestował czynność Zamawiającego odrzucenia jego oferty jako oferty, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ oraz oprotestował wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty innego wykonawcy.

W postępowaniu ustalono jako jedyne kryterium oceny ofert, cenę.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, przy uwzględnieniu odrzuconych ofert.

Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego (pismo z dnia 09.07.2009r. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty) stwierdził, że Odwołujący załączając do oferty dokumentację techniczną na nietypową ślusarkę i stolarkę zaniżył jej wymiary o ponad połowę w stosunku do innych wykonawców składających oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Na tej podstawie to jest porównania z parametrami oferowanymi w innych ofertach Zamawiający dokonał odrzucenia oferty. Tak arbitralną decyzję Zamawiający podjął bez przedstawienia jakiegokolwiek analizy technicznej - ekspertyzy, z której wynikałoby, że parametry są zaniżone, co powoduje naruszenie norm statycznie –wytrzymałościowych.

Niemniej Odwołujący nie podważył tej decyzji co do tego, że parametry wysokościowe i szerokościowe stolarki i ślusarki nie odpowiadają normom w budownictwie, tylko z innej przyczyny. Odwołujący mianowicie nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że dołączona do oferty Odwołującego dokumentacja techniczna dotyczy całej ślusarki i stolarki objętej zamówieniem, jak to przyjął Zamawiający.

Według Odwołującego dokumentacja techniczna, zgodnie z wymogiem SIWZ, została sporządzona na stolarkę i ślusarkę nietypową w ofercie Odwołującego to jest na rodzaj okien okrągłych czyli na jeden typ okien z występujących kilku typów okien w modernizowanym obiekcie krytej pływalni.

W zakresie zaistniałego sporu pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym jaki zakres ma dołączona do oferty dokumentacja techniczna Izba ustaliła, że pomimo, iż jak podnosił Zamawiający tytuł dokumentacji wskazuje, że dotyczy ona "Dostawy i montażu stolarki okiennej i drzwiowej dla zadania pod nazwą „Kompleksowa termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej w Krośnie ( kryta Pływalnia ul.Sportowa” to z załączonych rysunków ( sztuk trzy) stanowiących element dokumentacji technicznej wynika, że dokumentacja dotyczy okien okrągłych ( sześć sztuk w całym obiekcie – według oświadczenia Odwołującego na rozprawie, nie zaprzeczonego przez Zamawiającego) typu ALUMINIUM O18.

Również Izba nie przyjęła za słuszną argumentację Zamawiającego, że o tym, iż dokumentacja techniczna dotyczy całej oferowanej ślusarki i stolarki w modernizowanym obiekcie, świadczy zapis w Cz. I Opis systemu „ ALIPLAST IMPERIAL to trójkomorowy system przeznaczony do konstruowania zewnętrznych drzwi, okien oraz różnego rodzaju witryn.W ocenie Izby taki zapis nie świadczy o zakresie sporządzonej dokumentacji tylko o systemie ALIPLAST IMPERIAL który, stanowi podstawę do konstruowania między innymi okien.

Uwzględniając obowiązującą w tym zakresie regulację ustawy z dnia 16 kwietnia 2004r. o wyrobach budowlanych Dz. U. 2004r. nr 92 poz.881 a w szczególności art. 10 regulujący

indywidualną dokumentację techniczną dla jednostkowego zastosowania w obiekcie budowlanym wyrobu budowlanego ( Art. 10. 1. Dopuszczone do jednostkowego zastosowania w obiekcie budowlanym są wyroby budowlane wykonane według indywidualnej dokumentacji technicznej, sporządzonej przez projektanta obiektu lub z nim uzgodnionej, dla których producent wydał oświadczenie, że zapewniono zgodność wyrobu budowlanego z tą dokumentacją oraz z przepisami.2. Indywidualna dokumentacja techniczna, o której mowa w ust. 1, powinna zawierać opis rozwiązania konstrukcyjnego, charakterystykę materiałową i informację dotyczącą projektowanych właściwości użytkowych wyrobu budowlanego oraz określać warunki jego zastosowania w danym obiekcie budowlanym, a także, w miarę potrzeb, instrukcję obsługi i eksploatacji.3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, powinno zawierać:1) nazwę i adres wydającego oświadczenie;2) nazwę wyrobu budowlanego i miejsce jego wytworzenia;3) identyfikację dokumentacji technicznej;4) stwierdzenie zgodności wyrobu budowlanego z dokumentacją techniczną oraz przepisami;5) adres obiektu budowlanego (budowy), w którym wyrób budowlany ma być zastosowany;6) miejsce i datę wydania oraz podpis wydającego oświadczenie,) w powiązaniu z regulacją zawartą w rozdziale III pkt 4 SIWZ gdzie Zamawiający wymagał w przypadku stolarki i ślusarki nietypowej dla danego systemu produkcji indywidualne projekty jednostkowe oraz przedłożoną Dokumentacją indywidualną przez Odwołującego to odrzucenie oferty przez Zamawiającego na podstawie stwierdzenia, że wykonawca przewidział wykonanie ślusarki aluminiowej z profili o wys. 65 lub 74 mm., a Zamawiający uznał, że przyjęte profile są nieodpowiednie pod względem wytrzymałościowo – statycznym i potwierdzeniem tego są profile o ponad dwukrotnie większych wysokościach ( od 165 do 175 mmm) u innych wykonawców, jest gołosłowne i nie wykazane przez Zamawiającego.

Niemniej spór dotyczy kwestii zakresu przedłożonej Indywidualnej Dokumentacji do oferty Odwołującego, a nie profesjonalnej oceny złożonej dokumentacji przez Zamawiającego.

Izba dokonując rozpoznania sprawy stwierdza, że z treści Indywidualnej Dokumentacji wynika, iż dotyczy ona jednego typu okien to jest okien okrągłych ALUMINUM O18 zgodnie z zawartymi w niej rysunkami, a nie jak twierdzi Zamawiający wszystkich rodzajów ślusarki i stolarki modernizowanego obiektu.

Co do twierdzenia Zamawiającego, że większość ślusarki i stolarki w modernizowanym obiekcie ma charakter nietypowy to Izba nie uznaje za wykazane, a wręcz gołosłowne, ponieważ w takim przypadku, na tę okoliczność powinna znaleźć się stosowna regulacja w SIWZ. W związku z powyższym, można przyjąć, że np: „typ okna” ocenia się według jego kształtu, a nie wymiaru. Z dokumentacji technicznej - kolorowe rysunki obiektu wynika, że

większość okien i wszystkie drzwi mają kształt prostokąta ( wysokość i szerokość), a tylko sześć okien ma kształt koła ( średnica). Tak więc typem w przedmiotowym obiekcie jest okno w kształcie prostokąta, a nie typem okno w kształcie koła.

Natomiast w SIWZ zawarto lakoniczną regulację o treści, iż do oferty należy załączyć „w przypadku stolarki i ślusarki nietypowej dla danego systemu produkcji indywidualny projekt jednostkowy wraz załączonymi kartami katalogowymi zastosowanych profili i wzmocnień ukazujących ich właściwości techniczne”. Czyli Wykonawca decyduje o kwalifikacji które okna są typowe, a które nietypowe.

Słusznie, w ocenie Izby, Odwołujący podnosił, że nie ma definicji w przepisach powszechnie obowiązujących, normach, czy też SIWZ definicji ślusarki i stolarki nietypowej i typowej. Wobec tego należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że o typowości świadczy zakres stosowania wyrobu.

Natomiast Izba nie podzieliła stanowiska reprezentowanego na rozprawie przez Zamawiającego, że według aprobaty technicznej ITB AT-15-5914/2003 Okna i drzwi balkonowe Systemu Imperial z kształtowników aluminiowych z przekładką termiczną cały asortyment okien i drzwi balkonowych systemu IMPERIAL ma charakter nietypowy, ponieważ, znajduje się zapis "Wymiary skrzydeł, słupków i ślemon należy ustalać na podstawie obliczeń statycznych, z uwzględnieniem obciążeń wiatrem wg PN-77/B-020011, charakterystyki wytrzymałościowej... itd." i nie ma tablicy z rodzajami okien z podaniem maksymalnych wymiarów i wysokości, jak ma to miejsce w przywołanej przez Zamawiającego Aprobacie technicznej ITB AT-15-2902/2005 Okna i drzwi balkonowe systemu VEKA SOFTLINE z kształtowników z nieplastyfikowanego PVC i Aprobaty technicznej ITB nr K-2069/95 dla okien i drzwi balkonowych z kształtowników z wysokoudarowego PVC Systemu REHAU s -730 zawierającego rysunki.

Bowiem po pierwsze pozostałe aprobaty Zamawiający przedstawił niekompletne, wbrew zastrzeżeniom w aprobatach ITB, jako wyciągi, a pomimo to jedna z nich zawiera również zapis o konieczności obliczeń statycznych (Aprobata techniczna ITB AT-15-2902/2005)

Po drugie aprobata, na którą powołuje się Zamawiający jako dowód, iż dotyczy rozwiązań nietypowych to mimo, że nie zawiera tabeli czy rysunków to określa maksymalne wymiary okien i drzwi balkonowych ( maksymalna szerokość skrzydeł 1500mm i maksymalna wysokość skrzydeł 700mm), czyli określa typ - prostokąt ( szerokość i wysokość).

Reasumując Odwołujący wykazał, że załączona do jego oferty Indywidualna Dokumentacja techniczna Stolarki Aluminiowej w Systemie ALIPLAST IMPERIAL Projekt numer 3/2009r dotyczy indywidualnego projektu jednostkowego, ale tylko i wyłącznie w zakresie okien okrągłych Aluminium O18, a nie jak twierdził Zamawiający całego asortymentu ślusarki i stolarki dotyczącej modernizowanego obiektu.

W związku z powyższym twierdzenie Zamawiającego, że przyjęte profile są nieodpowiednie pod względem wytrzymałościowo – statycznym jest bezużyteczne dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ twierdzenie to odnosiło się do stolarki i ślusarki jako całości w przedmiotowym zamówieniu, a nie tylko do ślusarki i stolarki dotyczącej okien okrągłych.

Tym samym Odwołujący wykazał bezpodstawność czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na sprzeczność jej treści z treścią SIWZ, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

W związku z powyższym usprawiedliwiony jest również zarzut naruszenia art. 26 ust.3 ustawy, zobowiązujący Zamawiającego w przedmiotowej sprawie do wezwania Odwołującego do doręczenia Aprobat technicznych dla stolarki i ślusarki typowej. Bowiem dopiero w przypadku doręczenia aprobat technicznych dla stolarki i ślusarki typowej, Zamawiający może podjąć decyzję o jej typowości, chociaż z uwagi na brak w SIWZ definicji co oznacza typowa stolarka należy przyjąć za definicją aprobaty technicznej, że stolarka z aprobaty technicznej ma cechę typowości (ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. Wyroby budowlane.Dz.U.04.92.881 Art. 9. 1. Aprobata technicznej udziela się dla wyrobu budowlanego, dla którego nie ustanowiono Polskiej Normy wyrobu, albo wyrobu budowlanego, którego właściwości użytkowe, odnoszące się do wymagań podstawowych, różnią się istotnie od właściwości określonej w Polskiej Normie wyrobu (...).4. Aprobata techniczna jest udzielana na podstawie oceny właściwości użytkowych i przewidywanej trwałości należycie zidentyfikowanego wyrobu budowlanego, potwierdzonych, w zależności od potrzeb, badaniami, obliczeniami, oględzinami, opiniami ekspertów i innymi dokumentami, z zastosowaniem przepisów szczególnych, w tym techniczno-budowlanych i Polskich Norm wyrobów.)

Reasumując powyższe ustalenia Izba stwierdza, że w przypadku przedłożenia przez Odwołującego aprobaty technicznej oznaczać będzie to, że jest oferowana typowa stolarka i ślusarka, co odpowiada zapisom SIWZ ( 8. Aprobata techniczne dla stolarki i ślusarki typowej, w przypadku stolarki i ślusarki nietypowej dla danego systemu produkcji indywidualny projekt jednostkowy wraz z załączonymi kartami katalogowymi zastosowanych profili i wzmocnień ukazujących ich właściwości techniczne. Projekt musi być wykonany przez osobę posiadającą uprawnienia do projektowania w specjalności konstrukcyjnej. Należy dołączyć decyzje o nadaniu uprawnień oraz aktualny dokument potwierdzający przynależność do Izby Budowlanej. Jeśli Zamawiający uzna, że przyjęte przez wykonawcę profile są nieodpowiednie pod względem wytrzymałościowo – statycznym oferta zostanie odrzucona Uwaga: na użyte i wbudowane materiały w trakcie realizacji zamówienia należy przedłożyć aktualne świadectwa ich dopuszczenia do obrotu i stosowania w budownictwie tj.

aprobaty techniczne ITB, certyfikaty zgodności z Normą Europejską lub Polską Normą, certyfikaty na znak bezpieczeństwa, atesty higieniczne, itp.).

Z powyżej cytowanego zapisu SIWZ jednoznacznie wynika, że dla stolarki i ślusarki typowej należy przedłożyć aprobaty techniczne ITB, a dla stolarki i ślusarki nietypowej dla danego systemu produkcji indywidualny projekt jednostkowy. Z kolei zapis SIWZ o treści: „Jeśli Zamawiający uzna, że przyjęte przez wykonawcę profile są nieodpowiednie pod względem wytrzymałościowo – statycznym oferta zostanie odrzucona” odnosić się może tylko do Indywidualnego projektu, a nie do aprobat technicznych ITB (Aprobata techniczna jest udzielana na podstawie oceny właściwości użytkowych i przewidywanej trwałości należycie zidentyfikowanego wyrobu budowlanego, potwierdzonych, w zależności od potrzeb, badaniami, obliczeniami, oględzinami, opiniami ekspertów i innymi dokumentami, z zastosowaniem przepisów szczególnych, w tym techniczno-budowlanych i Polskich Norm wyrobów.).

Ze stanu sprawy wynika, że Odwołujący nie przedłożył aprobat technicznych ITB, a przedłożył indywidualny projekt na okno okrągłe o średnicy 120 cm o symbolu 018 co wynika z rysunków i opisu technicznego projektu. Natomiast Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu i nie wezwał do jej uzupełnienia, przez dostarczenie aprobat technicznych ITB dla stolarki i ślusarki typowej.

Ponadto niekonsekwentnie Zamawiający stawia wymóg dwukrotnego doręczenia aprobat na etapie składania oferty i realizacji robót ( XVIII pkt 8 i § 7 umowy)

Reasumując powyższe odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ naruszenie przepisów 89 ust.1 pkt 2 i 26 ust.3 ustawy miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ oferta Odwołującego ma najniższą cenę, przy cenie jako jedynym kryterium oceny ofert, czym wypełnione są przesłanki art. 191 ust.1a i 179 ust. 1 ustawy.

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

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_