

WYROK
z dnia 2 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: OPEUS Energia Sp. z o.o. w Płocku i Hydrochem DGE S.A. w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Szpital Wojewódzki w Bielsku-Białej,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: OPEUS Energia Sp. z o.o. w Płocku i Hydrochem DGE S.A. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: OPEUS Energia Sp. z o.o. w Płocku i Hydrochem DGE S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: OPEUS Energia Sp. z o.o. w Płocku i Hydrochem DGE S.A. w Warszawie na rzecz Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku Białej kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Szpital Wojewódzki w Bielsku-Białej, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych celem podniesienia efektywności energetycznej obiektów Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku-Białej poprzez częściową termomodernizację, zastosowanie oświetlenia LED i odnawialnych źródeł energii na potrzeby realizowanego Programu Operacyjnego PL04 Oszczędzanie energii i promowanie odnawialnych źródeł energii" w ramach Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego 2009-2014.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych z 7 lipca 2015 r., poz. 100659.

W dniu 13 sierpnia 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

W dniu 18 sierpnia 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: OPEUS Energia Sp. z o.o. w Płocku i Hydrochem DGE S.A. w Warszawie wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 17 lipca 2015 r. z uzasadnieniem, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny,
- 2) unieważnieniu postępowania z uzasadnieniem, iż jedyna oferta niepodlegająca odrzuceniu zawiera cenę przewyższającą kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzez jego błędne zastosowanie na skutek przyjęcia, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, a w konsekwencji poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy w świetle przywołanego przepisu brak było przesłanek do dokonania takiej czynności przez Zamawiającego,
- 2) art. 26 ust. 3 poprzez nie uwzględnienie, iż Odwołujący na skutek wezwania Zamawiającego przedłożył dokumenty w postaci materiałów technicznych (aprobaty techniczne ITB AT - 15-2340/2011 wydanej na wnioszek firmy BASf Poliuretany Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Śremie, stwierdzającej przydatność do stosowania w budownictwie wyrobów pod nazwą Natryskowe pianki poliuretanowe Elastopor H 1622/1. Elastopor H 1622/6 i Elastopor H 1623/14/45 wydaną w dniu 28 stycznia 2011 z okresem ważności do dnia 28 stycznia 2016 r.). o których mowa w art 25 ust 1 pkt. 2 ustawy, a określonych w pkt IV SIWZ,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1 poprzez nieuprawnione uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie da się potraktować jako podlegającej usunięciu oczywistej omyłki rachunkowej.
- 4) art. 93 ust. 1 pkt. 4 poprzez nieuprawnione unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na fakt, wskutek odrzucenia oferty Odwołującego, cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert jako najkorzystniejszej,
- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów przywołanych w treści niniejszego odwołania na wskazane w nim okoliczności,

- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty wpisu wniesionego od odwołania oraz innych dalszych kosztów postępowania według przedstawionych rachunków.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Pismem z dnia 3 sierpnia 2015 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty w szczególności poprzez złożenie aprobaty technicznej dla pianki poliuretanowej oraz atestu pożarowego klasyfikującego jako Broof(ti) układ dachowy pokryty oferowaną pianką w zakresie zachowania na oddziaływanie ognia zewnętrznego dla warunków stosowania na palnym podkładzie. W wyniku powyższego Odwołujący przedłożył Zamawiającemu dokumenty w postaci materiałów technicznych (aprobaty technicznej ITB AT - 15-2340/2011 wydanej na wniosek firmy Basf Poliuretany Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Śremie, stwierdzającej przydatność do stosowania w budownictwie wyrobów pod nazwą Natryskowe pianki poliuretanowe Elastopor H 1622/1, Elastopor H 1622/6 i Elastopor H 1623/14/45 wydaną w dniu 28 stycznia 2011 z okresem ważności do dnia 28 stycznia 2016 r.), o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Ustawy Pzp, a określonych w pkt IV SIWZ. Jednym z załączników powyższej aprobaty (wymienionych na stronie 13 aprobaty) był przedłożony przez Odwołującego Raport klasyfikacyjny w zakresie odporności dachu na oddziaływanie ognia zewnętrznego dla wyrobu pianka poliuretanowa Elastopor H 1622/1 (ŃP-0842.1/10/Z00NP wydany przez Instytut Techniki Budowlanej w roku 2010.

Dowód. Wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia oferty wraz z pismem Odwołującego i załączonymi dokumentami

Zamawiający faxem nadanym do Odwołującego w dniu 13 sierpnia 2015 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2015 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania nadane przez Zamawiającego faxem

Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 Ustawy Pzp z takim uzasadnieniem, iż:

1) treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający wskazał bowiem, iż Odwołujący po wezwaniu go do uzupełnienia oferty przedłożył żadaną aprobatę dla pianki poliuretanowej - tym niemniej zdaniem Zamawiającego nie spełnia ona wymogów wynikających z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 8 listopada 2004 r. w sprawie aprobat technicznych oraz jednostek organizacyjnych upoważnionych do ich wydawania (Dz. U. z 2014 r. poz. 1040), nie wskazując jednak na czym niezgodność ta miałaby polegać. Ponadto podniósł, iż złożony w wyniku uzupełnienia - stanowiący de facto dokument źródłowy dla wydania aprobaty - atest pożarowy klasyfikujący jako Broof(ti) układ dachowy pokryty oferowaną pianką w zakresie zachowania na oddziaływanie ognia zewnętrznego dla warunków stosowania na palnym podkładzie jest nieaktualny, tracąc ważność w dniu 31.05.2013 r. (a zatem po upływie dwóch lat od wydania aprobaty technicznej),

2) treść oferty Odwołującego w części stanowiącej załącznik 3 do SIWZ (Obliczenie ceny oferty) w pozycji 1.2. koszt robocizny zawiera błąd polegający na tym, iż Odwołujący wskazał tę pozycję w kwocie netto 9.660.324,99 PLN i jednocześnie określił ją w kwocie brutto na kwotę 1.188.579,73 PLN, co zdaniem Zamawiającego wskazuje na błędne określenie kwoty brutto oferty, a przy tym zdaniem Zamawiającego nie był to błąd, który mógłby zostać usunięty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy Pzp, gdyż zdaniem Zamawiającego prowadziłby on do zmiany wynagrodzenie ryczałtowego za realizację całości przedmiotu zamówienia.

II. Zarzuty odwołania.

Zarzuty podniesione przez Zamawiającego w stosunku do oferty Odwołującego są nieuprawnione, a oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu z następujących względów:

Ad. 1.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego wzywające do uzupełnienia oferty, Odwołujący wraz z pismem z dnia 5 sierpnia 2015 złożył w szczególności dokumenty w postaci materiałów technicznych - aprobaty technicznej ITB AT - 15-2340/2011 wydanej na wniosek firmy Basf Poliuretany Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Śremie, stwierdzającej przydatność do stosowania w budownictwie wyrobów pod nazwą Natryskowe pianki poliuretanowe Elastopor H 1622/1, Elastopor H 1622/6 i Elastopor H 1623/14/45 wydaną w dniu 28 stycznia 2011 z okresem ważności do dnia 28 stycznia 2016 r.), o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Ustawy Pzp, a

określonych w pkt IV SIWZ. Jednym z załączników do powyższej aprobaty (wymienionych na stronie 13 aprobaty) był przedłożony przez Odwołującego Raport klasyfikacyjny w zakresie odporności dachu na oddziaływanie ognia zewnętrznego dla wyrobu pianka poliuretanowa Elastopor H 1622/1 (NP-0842.1/10/Z00NP wydany przez Instytut Techniki Budowlanej w roku 2010. Wobec powyższego Zamawiający niesłusznie zarzuca zatem, iż złożona przez Odwołującego aprobata techniczna nie spełnia wymogów wynikających z przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 8 listopada 2004 r. w sprawie aprobat technicznych oraz jednostek organizacyjnych upoważnionych do ich wydawania (Dz. U. z 2014 r. poz. 1040).

Po pierwsze Zamawiający nie wskazuje jakich to konkretnie przepisów wspomniana wyżej aprobata nie spełnia, co uniemożliwia Odwołującemu głębszą polemikę. Niezależnie jednak od powyższego Odwołujący pragnie wskazać, iż stanowisko Zamawiającego jest całkowicie nieuprawnione. Zgodnie bowiem z art. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (tj. Dz. U. z 2014 r. poz. 883) wyrób budowlany może być wprowadzony do obrotu, jeżeli nadaje się do stosowania przy wykonywaniu robót budowlanych, w zakresie odpowiadającym jego właściwościom użytkowym i przeznaczeniu, to jest ma właściwości użytkowe umożliwiające prawidłowo zaprojektowanym i wykonanym obiektom budowlanym, w których ma być zastosowany w sposób trwały, spełnienie wymagań podstawowych. Spełnienie powyższych warunków może zostać potwierdzone w szczególności poprzez wydanie dla danego wyrobu aprobaty technicznej na zasadach określonych w artykule 9 tejże ustawy. W myśl przy tym art. 9 ust. 4 ustawy o wyrobach budowlanych 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.

Z kolei zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 8 listopada 2004 r. w sprawie aprobat technicznych oraz jednostek organizacyjnych upoważnionych do ich wydawania (Dz. U. z 2014 r. poz. 1040) jednostka aprobująca (w analizowanym przypadku Instytut Techniki Budowlanej w Warszawie), prowadząc postępowanie aprobacyjne, określa w formie pisemnej:

- 1) podstawę prawną udzielania aprobaty technicznej;

- 2) nazwę techniczną i nazwę handlową wyrobu budowlanego, określenie i adres wnioskodawcy i miejsca produkcji wyrobu oraz identyfikację techniczną wyrobu budowlanego;
- 3) przeznaczenie, zakres i warunki stosowania wyrobu budowlanego oraz, w miarę potrzeb, warunki jego użytkowania, montażu i konserwacji;
- 4) właściwości użytkowe i własności techniczne wyrobu budowlanego, istotnie związane z wymaganiami podstawowymi, ich poziom oraz metody badań;
- 5) klasyfikację wynikającą z odrębnych przepisów i Polskich Norm;
- 6) wytyczne dotyczące technologii wytwarzania, pakowania, transportu i składowania oraz szczegółowy sposób znakowania wyrobu budowlanego;
- 7) datę wydania i utraty ważności aprobaty;
- 8) wymagania dla zakładowej kontroli produkcji;
- 9) wykaz dokumentów wykorzystanych w postępowaniu aprobacyjnym, w tym wykaz raportów z badań wyrobu budowlanego.

Zgodnie zaś z § 5 ust. 2 przywołanego rozporządzenia w dokumencie aprobaty technicznej - jednostka aprobująca:

- 1) stwierdza pozytywną ocenę techniczną i przydatność wyrobu budowlanego do stosowania w budownictwie w zakresie określonym w ust. 1 pkt 3;
- 2) wskazuje obowiązujący system oceny zgodności;
- 3) zamieszcza pouczenie, że aprobata techniczna nie jest dokumentem upoważniającym do oznakowania wyrobu budowlanego przed wprowadzeniem do obrotu.

Z powyższych przepisów wynika zatem, iż w aprobacie technicznej jednostka aprobująca winna powołać się na wykaz dokumentów, które zostały przez nią wykorzystane w procesie aprobacyjnym, w tym wykaz raportów z badań wyrobu budowlanego. Z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia w analizowanej sytuacji, gdzie w przedłożonej przez Odwołującego aprobacie technicznej ITB AT - 15-2340/2011 wydanej na wniosek firmy Basf Poliuretany Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Śremie, Instytut Techniki Budowlanej stwierdza przydatność do stosowania w budownictwie wyrobów pod nazwą Natryskowe pianki poliuretanowe Elastopor H 1622/1, Elastopor H 1622/6 i Elastopor H 1623/14/45. Powyższa aprobata została wydana w dniu 28 stycznia 2011 z okresem ważności do

dnia 28 stycznia 2016 r.). Z oczywistych względów mając na uwadze treść § 5 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 8 listopada 2004 r. w sprawie aprobat technicznych oraz jednostek organizacyjnych upoważnionych do ich wydawania wydana aprobata musiała się opierać na uprzednio wydanych raportach z badań. Jednym z nich był wymieniony na stronie 13 aprobaty i przedłożony przez Odwołującego Raport klasyfikacyjny w zakresie odporności dachu na oddziaływanie ognia zewnętrznego dla wyrobu pianka poliuretanowa Elastopor H 1622/1 (NP-0842.1/10/Z00NP wydany przez Instytut Techniki Budowlanej w roku 2010. W tej sytuacji zakwestionowana przez Zamawiającego data ważności owego raportu upływająca w dniu 31 maja 2013 r. miała wyłącznie taki skutek, iż wynik powyższego badania (Raport) mógł zostać wykorzystany do wydania aprobaty przez właściwą jednostkę aprobowaną do upływu tej daty, co zresztą miało miejsce. Złożona przez Odwołującego aprobata została wydana - jak wyżej wskazano - w dniu 28 stycznia 2011 z okresem ważności do dnia 28 stycznia 2016 r. W treści wspomnianej aprobaty na stronie 4 opisano szczegółowo sposób reakcji wyrobu (pianki poliuretanowej) na ogień podkreślając, iż spełnia ona zarówno wymogi wynikające z przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2012 w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie oraz, iż analizowane pianki zostały sklasyfikowane w oczekiwanej przez Zamawiającego klasie Broof(ti) odporności dachów na ogień zewnętrzny wg normy ENV 1187:2004 i PN - EN 13501-5+A1:2010 oraz przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2012 w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie jako nie rozprzestrzeniające ognia.

W tych okolicznościach zarzut Zamawiającego dotyczący rzekomego nie spełnienia przez ofertę Odwołującego treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest całkowicie bezpodstawny i nie mógł prowadzić do odrzucenia oferty Odwołującego.

Ad. 2

W zakresie zarzutu Zamawiającego dotyczącego nie dającego się usunąć błędu rachunkowego zawartego w treści oferty Odwołującego stanowiącego przyczynę jego odrzucenia oferty, Odwołujący wyjaśnia, iż zarzut ten również jest całkowicie bezpodstawny. Faktycznie w ofercie Odwołującego w części stanowiącej załącznik 3 do SIWZ (Obliczenie ceny oferty) w pozycji 1.2. koszt robocizny pojawił się błąd rachunkowy dotyczący wskazania kwoty netto kosztu robocizny jako kwoty

9660324,99 PLN w miejsce prawidłowej kwoty 966324,99 PLN, tym niemniej jako błąd oczywisty winien on zostać poprawiony przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy Pzp. O oczywistości tego błędu świadczy fakt, iż kwota podana w kolumnie kwota podatku VAT przy uwzględnieniu stawki procentowej 23% podana jako 222.254,75 PLN jednoznacznie świadczy o tym, iż podana w kolumnie obok wartość brutto kosztów robocizny na kwotę 1.188.579,73 PLN została wskazana prawidłowo (kwota ta stanowi bowiem 123% sumy 966.324,99. Co więcej kwota ta (wartość brutto dla kosztu robocizny) zsumowana następnie z pozostałymi kwotami częściowych kosztów podanymi w formularzu oferty daje łącznie kwotę w złotych polskich w kwocie 6.418.739,50 zł (sześć milionów czterysta osiemnaście złotych siedemset trzydzieści dziewięć złotych 50/100), którą to Odwołujący podał jako cenę oferty. W tej sytuacji jako całkowicie niesłuszny ocenić należy zarzut podniesiony przez Zamawiającego, iż dostrzeżony przez niego błąd nie mógł zostać usunięty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy Pzp, gdyż prowadziłyby on do zmiany wynagrodzenie ryczałtowego za realizację całości przedmiotu zamówienia. Raz jeszcze podkreślić należy, iż oczywista omyłka rachunkowa w podaniu składowej kwoty ceny netto nie mogła doprowadzić do zmiany oferty wyrażonej w kwocie brutto, gdyż jak wyżej wskazano suma jednostkowych kwot brutto za poszczególne zakresy prac dawała łącznie cenę ofertową wskazaną w pkt 2 formularza oferty Odwołującego, która to kwota podlegała porównaniu z innymi ofertami.

W kontekście powyższego należy zwrócić uwagę na treść art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (DZ. U. z 2014 poz. 915), zgodnie z którą w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym.

Tym samym dostrzeżona przez Zamawiającego oczywista omyłka rachunkowa w załączniku nr 3 do SIWZ w pozycji 1.2. koszt robocizny powinna zostać usunięta w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez poprawienie kwoty netto kosztu robocizny z błędnie wpisanej sumy 9660324,99 PLN na prawidłową kwotę 966.324,99 PLN,

Uwagi Końcowe.

Z uwagi na powyższe okoliczności niniejsze odwołanie jest konieczne i zasadne. Odwołujący posiada przy tym interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania,

gdyż na skutek zaskarżonych czynności Zamawiającego oferta Odwołującego, do której dołączono niezbędne dokumenty i która powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego w zakresie oczywistej omyłki rachunkowej została odrzucona, zaś Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania z naruszeniem przepisów ustawy wskazując, iż najwyższa cena z oferty nie podlegającej odrzuceniu przewyższa kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. O ile Zamawiający nie naruszyłby przepisów prawa zamówień publicznych wskazanych w niniejszy odwołaniu, wówczas oferta Odwołującego, jako ważna, winna zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej).

Rekapitulując ustalenia faktyczne, Izba wskazuje, iż na potwierdzenie, iż oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom specyfikacji, Zamawiający w rozdz. IV pkt 11 lit a) SIWZ wymagał przedłożenia aprobat technicznych dla pianki poliuretanowej i dla powłoki polimocznika, natomiast w rozdz. IV ppkt 11 lit b) SIWZ wymagał przedłożenia atestu pożarowego dla wskazanego układu dachowego.

Działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dnia 3 sierpnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia obu ww. dokumentów.

Przedłożony w ramach uzupełnienia przez Wykonawcę atest pożarowy utracił ważność w dniu 31.05.2013 r.

W piśmie z dnia 13 sierpnia 2015 r. zawierającym informację o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 i 6 Pzp, Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne tej czynności:

Zamawiający, w oparciu o wymóg siwz określony w Rozdziale IV ust. 11 pkt. 1) lit. b i c, wymagał złożenia aprobaty technicznej dla pianki poliuretanowej oraz dla powłoki

polimocznika lub aprobaty technicznej dla systemu łącznego użycia oferowanej pianki poliuretanowej i polimocznika oraz atestu pożarowego, klasyfikującego jako Broof(tl), układ dachowy pokryty oferowaną pianką poliuretanową w zakresie zachowania na oddziaływanie ognia zewnętrznego dla warunków stosowania na palnym podkładzie.

Złożona w wyniku uzupełnienia oferty, aprobata techniczna dla pianki poliuretanowej nie spełnia wymogów przewidzianych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 8 listopada 2004r. w sprawie aprobat technicznych oraz jednostek organizacyjnych upoważnionych do ich wydawania (j. t. Dz. U. z 2014r. poz. 1040).

Złożony w wyniku uzupełnienia oferty, atest pożarowy, klasyfikujący jako Broof(tl), układ dachowy pokryty oferowaną pianką poliuretanową w zakresie zachowania na oddziaływanie ognia zewnętrznego dla warunków stosowania na palnym podkładzie, jest nieaktualny (utracił ważność dn. 31.05.2013r.).

Tym samym oferta Wykonawcy nie potwierdza, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie częściowej termomodernizacji budynków Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej - Szpital Wojewódzki w Bielsku-Białej obejmującej zaprojektowanie i wykonanie ocieplenia powierzchni dachu budynków SP ZOZ - Szpital Wojewódzki w Bielsku -Białej poprzez ułożenie metodą natryskową pianki poliuretanowej w połączeniu z ochronną powłoką polimocznika, uszczelniającą całą powierzchnię oraz obrzeża kominów.

Ponadto oferta Wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Zgodnie z zapisem siwz w Rozdziale X ust. 4 cenę oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe za realizację przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 632 Kodeksu Cywilnego. Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa powyżej, zgodnie z zapisem projektu umowy w § 5 ust. 4 płatne będzie w czterech częściach za wykonanie całości każdego zadania określonego w siwz, dlatego też Zamawiający oczekiwał, aby Wykonawca wypełnił Załącznik Nr 3 do siwz zawierający obliczenie oferowanej ceny realizacji zamówienia według sposobu obliczenia oferowanej ceny określonego w Rozdziale X zatytułowanym „Opis sposobu obliczania ceny oferty” i tym samym określił jaką część wynagrodzenia ryczałtowego za realizację całości przedmiotu zamówienia stanowi wynagrodzenie ryczałtowe dla każdego z zadań określonych w siwz, w tym: jaką część wynagrodzenia ryczałtowego dla każdego z zadań stanowić

będzie koszt prac projektowych, koszt robocizny, koszt materiałów oraz inne koszty niezbędne do realizacji danego zadania. Było to niezbędne w celu prawidłowego rozliczenia dotacji uzyskanej ze środków z Programu Operacyjnego PL04 „Oszczędzanie energii i promowanie odnawialnych źródeł energii” w ramach Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego 2009-2014 - nr projektu 1270/2013.

Dokonując analizy wypełnionego przez Wykonawcę formularza pt. „obliczenie ceny oferty”, w którym Wykonawca określił, jaką część wynagrodzenia ryczałtowego za realizację całości przedmiotu zamówienia, stanowi wynagrodzenie ryczałtowe dla każdego z zadań określonych w siwz, Zamawiający stwierdził, iż w punkcie 1.2 stanowiącym koszt robocizny dla zadania pierwszego, Wykonawca wartość netto robocizny dla zadania pierwszego określił w wysokości 9.660.324,99 PLN, zaś wartość brutto robocizny dla zadania pierwszego określił w wysokości 3.188.579,73 PLN. Przy uwzględnieniu określonej przez Wykonawcę stawki podatku VAT w wysokości 23%, w sposób oczywisty wartość brutto została nieprawidłowo obliczona. Mając na względzie bogate orzecznictwo sądowe, definiujące pojęcie ryczałtu, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej. Dlatego też, Zamawiający nie może traktować powyższej omyłki jako oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek i poprawić ją w myśl art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy - prawo zamówień publicznych, albowiem prowadziłoby to do zmiany wynagrodzenia ryczałtowego za realizację całości przedmiotu zamówienia. Trudno również przyjąć, iż wartość netto stanowiąca koszt robocizny dla zadania pierwszego, została nieprawidłowo określona i poprawić ją jako oczywistą omyłkę pisarską w myśl art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy — prawo zamówień publicznych. Oczywista omyłka pisarska jest omyłką bezsporną, niebudzącą wątpliwości, a jej poprawienie nie może prowadzić do zmiany treści złożonego już oświadczenia woli. Określenie przez Wykonawcę w ofercie wysokości cen netto jest niezbywalnym uprawnieniem Wykonawcy i jego oświadczeniem woli, zaś Zamawiający nie może dokonywać jakichkolwiek poprawek jej wysokości. Także określenie wynagrodzenia ryczałtowego za realizację całości przedmiotu zamówienia jest jego oświadczeniem woli. Spornym pozostaje fakt, które oświadczenie woli jest obarczone wadą, a które prawidłowe.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp 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. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery

niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Elementem sporządzanej i przedstawianej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych (innych niż wymagano w specyfikacji) spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ.

Właśnie przedłożenia dokumentów tego typu wymagał Zamawiający w rozdz. IV pkt 11 lit a) i b) SIWZ (aprobata i atest pożarowy) oraz ze względu na wady tych dokumentów odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przy czym Zamawiający wbrew wymaganiom art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp (zgodnie z którym zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, jednocześnie zawiadamia o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne), nie podał Wykonawcy uzasadnienia faktycznego dla stwierdzonej i zarzucanej mu wadliwości przedłożonej aprobaty. Rozpatrując i oceniając podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego wskazane przez Zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 13 sierpnia br., Izba stwierdziła brak konkretnych podstaw czynności w ww. zakresie. Zamawiający wskazał jedynie ogólnie na niezgodność aprobaty z przepisami powołanego

rozporządzenia. Nie podał i nie opisał, z którymi konkretnie materialnymi bądź formalnymi wymaganiami rozporządzenia aprobaty Wykonawcy jest niezgodna oraz z jakich względów (na czym ta niezgodność polega) – nie wskazał, których konkretnie informacji lub elementów w dokumencie aprobaty zabrakło lub z jakich powodów zastaną treść czy elementy dokumentu uznaje za niewystarczające lub niezgodne z przepisami. Nie wskazał więc w związku z jakimi okolicznościami faktycznymi uznaje aprobatę za nieprawidłową, tj. niezgodną z przepisami prawa.

Niestety stwierdzenie, że dany, bardzo rozbudowany dokument jest niezgodny z przepisami równie rozbudowanego materialnie rozporządzenia, nie jest zrozumiałe samo przez się i nie pozwala stwierdzić na czym taka niezgodność ma polegać i do czego ma się sprowadzać.

W szczególności Zamawiający nie podniósł, że za niezgodność taką uznaje brak podpisu kierownika jednostki aprobującej lub wzmiankę „egzemplarz archiwalny” – co podał dopiero w odpowiedzi na odwołanie.

Przy czym zaznaczyć należy, iż naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak podania faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty nie jest naruszeniem li tylko formalnym, ale może mieć wpływ na przebieg, a tym samym wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Mianowicie podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty oraz akuratne ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Natomiast sposób i możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej ma bezpośredni wpływ na wynik postępowań o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym zakres orzekania Izby wyznacza zakres zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast zakres zarzutów zawartych w odwołaniu jest wyznaczany przez zakres zarzutów podniesionych względem oferty w uzasadnieniu czynności jej odrzucenia. Wykonawcy mogą w odwołaniu podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie mogą sensownie podnosić zarzutów względem powodów odrzucenia ich oferty, których mogą się jedynie domyślać lub które zamawiający podał im na przykład dopiero w odpowiedzi na odwołanie albo na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić.

Jakiegokolwiek podstawy odrzucenia oferty, które nie zostały wyrażone bezpośrednio, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, w ramach uzasadnienia danej czynności, ale są podnoszone przez zamawiającego dopiero w trakcie postępowania odwoławczego, nie mogą zostać wzięte pod uwagę przy wyrokowaniu przez Izbę. Powołany przepis art. 92 ust. 1 pkt 2, w zestawieniu z regulacjami dotyczącymi środków ochrony prawnej przewidzianymi w ustawie, służy m.in. zapobieganiu takim sytuacjom, w których wykonawcy dowiadują się o stwierdzonych przez zamawiającego wadach w ich ofertach, dopiero w ramach postępowania odwoławczego, ryzykując poniesienie jego kosztów.

W związku z powyższym jakiegokolwiek uzupełnienia powodów odrzucenia oferty dokonywane w trakcie postępowania odwoławczego nie mogą wywrzeć wpływu na jego przebieg. Natomiast inaczej należałoby odnieść się do sytuacji, w której zamawiający unieważnia pierwotną czynność odrzucenia oferty, a następnie ją powtarza (jako czynność nową) – tym razem już z podaniem pełnego uzasadnienia faktycznego tej czynności. W takim przypadku odwołanie (o ile nie zostało cofnięte) podlegałoby oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, w związku z brakiem „w obrocie” czynności, której odwołanie dotyczyło. Natomiast wykonawca miałby możliwość oceny zasadności wniesienia odwołania względem nowej, akuratnie już uzasadnionej, czynności zamawiającego, w terminie liczonym od dnia podjęcia tej czynności.

Ze względu na powyższe, w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego Izba nie orzekała o żadnych powodach odrzucenia oferty Odwołującego, które nie zostały podane w uzasadnieniu czynności odrzucenia, ale zostały podniesione przez Zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie. Izba nie rozpatrywała więc ewentualnej niezgodności oferty z SIWZ określonej jako brak przedłożenia zgodnej z przepisami aprobaty – z powodu braku jej podpisania przez kierownika jednostki aprobującej i adnotacji „egzemplarz archiwalny”.

W przypadku, gdyby opisany w piśmie z 13 sierpnia 2015 r. brak aprobaty był jedyną podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego i jedynym zarzutem Zamawiającego względem jej treści, Izba uwzględniłaby odwołanie względem tak przeprowadzonej czynności i nakazała Zamawiającemu jej powtórzenie wraz z podaniem pełnego uzasadnienia faktycznego czynności, w celu umożliwienia Wykonawcy postawienia zarzutów, co do ewentualnie stwierdzonych i akuratnie wyrażonych przez zamawiającego faktycznych podstaw odrzucenia oferty.

Jednakże, jak wskazano powyżej, Zamawiający w faktycznym uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, podał jeszcze inną jej niezgodność z treścią SIWZ i w tym przypadku uczynił to konkretnie i jasno. Mianowicie podniósł, że żądany przez Zamawiającego i uzupełniony przez Wykonawcę atest pożarowy utracił ważność na ponad dwa lata przed datą składania ofert.

Odnosnie powyższego Izba potwierdza prawidłowość czynności odrzucenia oferty Odwołującego w związku z przywołanymi okolicznościami, a zarzuty odwołania w tym zakresie uznaje za niezasadne.

W świetle powoływanych postanowień SIWZ Zamawiający żądał wskazanych aprobat i atestów rozdzielnie, formułując w tym zakresie odrębne wymagania. Atest pożarowy, o którym mowa w rozdz. IV pkt 11 lit b) SIWZ nie był więc żądany jako załącznik czy podstawa wydania aprobaty, o której mowa w rozdz. IV pkt 11 lit a) SIWZ, ale jako oddzielny dokument potwierdzający okoliczności, do których się odnosił. Jako taki dokument ten powinien być ważny i aktualny.

Za jak najbardziej zasadne należy uznać stanowisko, iż utrata ważności atestu nie wpływa na ważność aprobaty wydanej, m.in. na jego podstawie i w dacie jego obowiązywania. Jednakże w tym przypadku ważność i aktualność aprobaty nie ma znaczenia dla oceny spełniania wymagań SIWZ w zakresie przedłożenia wszystkich pozostałych, żądanych przez Zamawiającego, dokumentów przedmiotowych. Jak już wskazano, dokument atestu był żądany niezależnie od aprobaty i niezależnie od niej winien być przedłożony. Nie są więc zrozumiałe dla Izby twierdzenia Odwołującego o materialnym „konsumowaniu” ważności atestu przez wydaną na jego podstawie, i ciągle ważną, aprobatę. Obowiązek przedłożenia ważnego atestu został sformułowany w SIWZ (wynikał z postanowień rozdz. IV pkt 11 lit b) SIWZ) i obowiązywał wszystkich wykonawców.

W związku z brakiem przedłożenia ważnego atestu pożarowego wraz z ofertą oraz brakiem jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, należało uznać ofertę Odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ i podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba uwzględniła natomiast zarzut odwołania dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz zaniechania poprawienia elementów oferty w zakresie podanej wartości netto robocizny. Brak wyjaśnienia tej kwestii przez Zamawiającego oraz zaniechanie poprawienia omyłki polegającej na dopisaniu jednej cyfry za dużo w kwocie określającej wartość netto robocizny, przy niezmienności rzeczywistej ceny ofertowej (ceny brutto), podawanej zresztą

konsekwentnie i prawidłowo w różnych miejscach oferty, należy uznać za przejaw skrajnego formalizmu ze strony Zamawiającego oraz naruszenie art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy.

Jednakże uwzględnienie ww. zarzuty nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania, a to w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy, który stanowi, iż Izba uwzględnia odwołanie jedynie, gdy stwierdzi naruszenie przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania. W tym przypadku, w związku z utrzymaniem odrzucenia oferty Odwołującego na innej podstawie, stwierdzone naruszenie wpływu na wynik postępowania nie ma.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....