

**Sygn. akt: KIO 1992/11**

**Sygn. akt: KIO 2004/11**

**WYROK**

**z dnia 30 września 2011r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Renata Tubisz**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2011r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 16 września 2011r. przez wykonawcę Polimex Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, ul.Czackiego15/17; Sygn. akt KIO 1992/11
- B. w dniu 16 września 2011r. przez wykonawcę Skanska S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9; Sygn. akt KIO 2004/11

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Łódzki 90-131 Łódź, ul. Narutowicza 65

przy udziale:

- A. wykonawcy Skanska S.A. 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt Sygn. akt KIO 1992/11 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy Polimex Mostostal S.A. w Warszawie, 00-950 Warszawa, ul.Czackiego15/17 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO2004/11 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala obydwie odwołania,
2. kosztami postępowania obciąża Polimex Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17 i Skanska S.A. 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9 i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40.000 **zł** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych) uiszczoną przez Polimex Mostostal S.A. i Skanska S.A. tytułem wpisów od odwołań,
  - 2.2. zasądza od Polimex Mostostal S.A. na rzecz Uniwersytet Łódzki kwotę 3.600,00 **zł** (słownie: trzy tysiące sześćset) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
  - 2.3. zasądza od Skanska S.A. na rzecz Uniwersytet Łódzki kwotę 3.600,00 **zł** (słownie: trzy tysiące sześćset) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 1992/11

Sygn. akt KIO 2004/11

W dniu 20 września 2011r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej połączył do wspólnego rozpoznania odwołania złożone przez:

1. Polimex – Mostostal S.A. ul. Czackiego 15/17; 00-950 Warszawa zwany dalej „Odwołującym Polimex-Mostostal S.A. W-wa” lub ”Odwołującym” o Sygn. akt KIO 1992/11;
2. SKANSKA S.A. ul. Gen. Zajączka 9; 01-518 Warszawa zwany dalej „Odwołującym SKANSKA S.A. W-wa” lub ”Odwołującym” o Sygn. akt KIO 2004/11.

Odwołania zostały złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez

Uniwersytet Łódzki 90-131 Łódź, Al. Narutowicza 65 zwany dalej „Zamawiającym”.

Przedmiotem postępowania są roboty budowlane - Budowa budynku dydaktycznego Wydziału Filologicznego Uniwersytetu Łódzkiego przy ul. Pomorskiej 171/173.

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania zostało opublikowane w dniu 25 czerwca 2011 r. w Dzienniku Urzędowym UE nr 2011/S 120-198214.

Sygn. akt KIO1992/11

Odwołujący Polimex - Mostostal S.A. W-wa złożył odwołanie w dniu 16 września 2011r. pismem z dnia 15 września 2011 r.

Odwołanie wniesiono na podstawie art. 180 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej

dalej „ustawą PZP”, na czynności Zamawiającego dotyczące przeprowadzenia wyboru najkorzystniejszej oferty nieadekwatne do opisu przedmiotu zamówienia.

Zmawiający odrzucił ofertę Odwołującego Polimex - Mostostal S.A. W-wa, która była najkorzystniejszą pod względem cenowym, stanowiącym jedyne kryterium oceny ofert.

Odwołujący Polimex - Mostostal S.A. W-wa zarzucił naruszenie w szczególności następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

- art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 30 i 31 ustawy PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia, który w dokumentacji projektowej, część opisowa, dotycząca fasady budynku określa sposób wykonania robót: „Wykończenie zewnętrzne budynku. Elementy systemowej ślusarki aluminiowej. W zakresie rozwiązań projektowych dotyczących elewacji przeszklonych oparto się na rozwiązaniach systemowych firmy SCHUCO. Dopuszcza się zastosowanie zamiennych rozwiązań przy spełnieniu wymogów technicznych zawartych w specyfikacji oraz po akceptacji projektanta.”

Natomiast w dalszej części opisu zawiera wyłącznie parametry i dane techniczne systemu SCHUCO, co jest również sprzeczne z art. 30 i 31 ustawy PZP.

Na podstawie tak wskazanych zarzutów Odwołujący Polimex - Mostostal S.A. W-wa wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie dokonania czynności badania i oceny ofert,
- 3) nakazanie dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego Polimex-Mostostal S.A. W-wa jako oferty najkorzystniejszej oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący Polimex - Mostostal S.A. W-wa wskazał na interes w złożeniu odwołania, gdyż na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy, a tym samym zasad udzielania zamówień publicznych Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący uzasadniając odwołanie przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego Polimex-Mostostal S.A. W-wa z następujących przyczyn:

„Zamawiający informuje, że działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP odrzucił ofertę firmy Polimex- Mostostal S.A. ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa.

Zaproponowane w tej ofercie przez Wykonawcę - Polimex- Mostostal S.A. w Warszawie rozwiązania techniczne i materiałowe w ramach systemu ALUPROF dotyczące elementów i robót w zakresie systemowej ślusarki aluminiowej w ramach wykończenia zewnętrznego i wewnętrznego budynku dydaktycznego Wydziału Filologicznego Uniwersytetu Łódzkiego przy ul. Pomorskiej 171/173 w Łodzi nie spełniają warunków pozwalających na uznanie ich za równoważne lub lepsze pod względem parametrów techniczno - użytkowych dla i od przyjętych przez Projektanta rozwiązań technicznych i materiałowych w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SIWZ.

Wykonawca w przedłożonej ofercie i przesłanych wyjaśnieniach w piśmie Mr/193/2011 z 02.09.2011r. i załączonych do tego pisma dokumentach nie potwierdził spełnienia przez oferowane roboty budowlane n/w wymagań określonych przez Zamawiającego w punkcie 7 (Wykończenie zewnętrzne budynku, Elementy systemowej ślusarki aluminiowej) opisu technicznego do projektu budowlanego i wykonawczego dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SIWZ.

Nie spełnione wymagania to:

1. określone w podpunktach 1-3 i 2.3, dotyczące wykonania trzy stopniowego systemu odwodnienia kaskadowego z zachowaniem przesunięcia lica profili od strony wewnętrznej o 1 mm,
2. określone w podpunkcie 3.3, dotyczące zastosowania ukrytej przekładni komorowej oraz okuć ukrytych z mechanizmem ukrytym między ościeżnicą a skrzydłem, tak aby od strony pomieszczenia widoczna była jedynie na ramie skrzydła klamka wraz z rozetą. W/w wymaganie nie dotyczy w fasadach okien, które otwierane są na zewnątrz,
3. określone w podpunkcie 1.3, dotyczące zastosowania w konstrukcjach fasadowych uszczelkach wewnętrznych szkła łączonych w narożach słupów i rygli zwulkanizowanymi elementami narożnymi.

Brak informacji w paszporcie produktu wydanym przez IFT Rosenheim.

4. określone w podpunkcie 1.3, dotyczące zagwarantowania na poziomie izolatora możliwości przewietrzania krawędzi szkła oraz zastosowania izolatora, który umożliwia wentylację zespolenia szyby (w zaferowanym systemie ALUPROF MB - SR 50HI rozwiązania tego nie stwierdzono),

5. określone w podpunkcie 1.3, dotyczące łączenia konstrukcji fasady z bryłą budowli za pomocą zewnętrznych i wewnętrznych folii uszczelniających z EPDM (wg. DIN 7863) z nawulkanizowaną „nóżką” zapewniającą szczelne przyleganie do konstrukcji fasady,
6. określone w podpunkcie 4.3, dotyczące zastosowania profili składających się z aluminiowych kształtowników zespolonych termiczną przekładką wielokomorową - izolatorem, wykonanym z politermidu PT (wg DIN 16041) ze zintegrowaną poduszką izolacyjną wykonaną z pianki PE oraz zastosowania ciągłych przekładek termicznych zaopatrzonych w stalowy pręt zwiększający wytrzymałość profili. Przy dużych gabarytach drzwi zastosowano przekładki termiczne dzielone w celu uniknięcia efektu bimetalu.
7. określone w podpunkcie 4.  
Brak potwierdzenia dla drzwi antypanicznych i ewakuacyjnych posiadania certyfikatów (certyfikaty dla kompletnego wyrobu tj. drzwi wraz z okuciami),
8. określone w podpunkcie 1.3, dotyczące zastosowania zewnętrznego uszczelnienia na słupach i ryglach realizowanego za pomocą dwóch pojedynczych uszczelki EPDM (wg DIN 7863) wraz z taśmą butylową grubość 0,8mm. Brak tego typu rozwiązania w paszporcie wydanym przez IFT Rosenheim dotyczącym fasady MB SR50HI,
9. określone w podpunkcie 2.2 dotyczące w konstrukcji przeszkleń dachowych, spełnienia wymogu szerokości widokowej zewnętrznej i wewnętrznej słupów i rygli 60 mm. Przedstawiona przez Wykonawcę Polimex-Mostostal S.A. aprobatą wydana została dla systemu MB-SR50HI.
10. określone w podpunkcie 2.3, dotyczące zastosowania systemu odprowadzania kondensatu z zewnętrznej powierzchni tafli szklanej za pomocą rynienki kondensatu zintegrowanej z wewnętrzną uszczelką przyszybową oraz zastosowania odpowiednich zwulkanizowanych fabrycznie narożników."

W ocenie Odwołującego Polimex-Mostostal S.A. W-wa tak sformułowane zarzuty Zamawiającego są zupełnie bezzasadne, a ponadto stanowią naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych.

Nie do zaakceptowania jest przede wszystkim taki opis przedmiotu zamówienia, który dopuszcza w opracowaniu projektowym rozwiązania zamienne, a następnie, co do wymogów technicznych podaje wyłącznie wymogi systemu SCHUCO.

Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO/UZP 2729/10 „Zamawiający nie może wskazywać w opisie przedmiotu zamówienia takich rozwiązań technicznych, które są objęte patentem lub w inny sposób zastrzeżone przez producenta. Nie może też wymagać rozwiązań technicznych stosowanych wyłącznie przez tego producenta, jeżeli podobną funkcjonalność

zapewniają również odmienne rozwiązania, stosowane przez innych producentów. Jeżeli bowiem zakładane przez Zamawiającego istotne funkcjonalności nabywanego urządzenia są uzyskiwane przez dostępne na rynku urządzenia w różny sposób, to wprowadzenie irrelevantnego dla uzyskania tychże funkcjonalności parametru granicznego prowadzi wprost do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców".

Dalej Odwołujący stwierdza, że przepisy ustawy PZP nie posługują się pojęciem rozwiązań zamiennych, a takich użyto w SIWZ. Przepisy art. 29 ust. 3 oraz art. 30 ust. 4 ustawy PZP dopuszczają natomiast rozwiązania równoważne.

Art. 29 ust. 3 ustawy PZP zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem sytuacji, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Zgodnie z art. 30 ust. 4 PZP opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1 - 3 PZP, Zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne. W art. 30 ust. 5 PZP ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek wykazania, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego: „Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego."

Zamawiający dopuszczając rozwiązania równoważne powinien określić zakresy równoważności, aby wykonawca mógł wykazać, że oferowany wyrób spełnia warunki równoważności. Zamawiający powinien więc określić parametry przedmiotu zamówienia, które będzie brał pod uwagę, oceniając równoważność oraz wskazać zasady oceny, kiedy parametry, czy cechy wyrobu uzna za równoważne. Wyrób równoważny to taki, który ma te same cechy funkcjonalne, co konkretny produkt wskazany w opisie przedmiotu zamówienia z nazwy lub pochodzenia. Jego jakość nie może być zatem gorsza od jakości opisanego przedmiotu zamówienia. Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w opisie przedmiotu zamówienia, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Nie jest to jednak oferta identyczna ze wskazanym przedmiotem zamówienia. Na Zamawiającym ciąży zatem obowiązek zrozumiałego i precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które są

zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. W sytuacji, gdy Zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, korzystając z art. 29 ust. 3 PZP, powinien określić zakres minimalnych parametrów równoważności, w oparciu o które dokona oceny, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Wymogi co do równoważności produktów powinny być podane w sposób dokładny, przejrzysty i jasny tak, aby z jednej strony Zamawiający, dokonując oceny ofert, mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaproponowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy, przystępujący do udziału w postępowaniu mieli pewność, co do oczekiwań Zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Precyzyjne określenie wymogów, co do równoważności produktów pozwala prawidłowo ocenić i porównać złożone oferty. Brak podania minimalnych wymagań w zakresie równoważności produktów, przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu, stanowi naruszenie art. 29 ust. 3 PZP.

Odwołujący przywołał również art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z treścią art. 3 ust. 2 w/w ustawy wśród wskazanych przykładowo czynów nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie dostępu do rynku.

W adekwatności do tak zaistniałego stanu faktycznego pozostaje orzecznictwo KIO. Sygn. akt KIO/UZP 585/09 - "Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że Zamawiający na etapie przygotowania dokumentacji nie wskazał, choćby w sposób ogólny, swoich wymagań dotyczących elementów dla niego istotnych pod względem oceny równoważności zaproponowanych materiałów."

„Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną dla oceny równoważności produktów nie wystarczy samo użycie sformułowania "lub równoważny" jak również określenie językowej wykładni pojęcia "równoważny". Konieczne jest użycie sformułowań uściślających i podanie wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert."

"Bez doprecyzowania zakresu wymaganej równoważności Zamawiający nie jest w stanie ocenić zaproponowanych zamienników pod kątem ich równoważności, dlatego konieczne jest określenie minimalnych wymagań technicznych w zakresie parametrów oferowanych wyrobów."

Izba podkreśla, iż „każdy materiał, produkt cechuje się wieloma właściwościami przypisanymi wyłącznie temu konkretnemu produktowi. Wymóg, aby produkt równoważny spełniał wszystkie cechy i parametry właściwe dla danego produktu referencyjnego, prowadziłby do konieczności zaproponowania produktów o identycznych parametrach, a zatem podważałby sens dopuszczenia składania ofert równoważnych i czynił, to postanowienie niewykonalnym."

"Wskazanie dopiero w trakcie oceny ofert na pewne parametry równoważności, nie określone wprost w dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego, a wynikające jedynie pośrednio przez podanie konkretnych nazw producentów, nie może stanowić o nieodpowiedniości treści oferty z treścią SIWZ i skutkować odrzuceniem na tej podstawie oferty Odwołującego. Skoro SIWZ nie określa jakie parametry Zamawiający będzie brał pod uwagę przy ocenie równoważności zaproponowanych produktów to nie może na etapie oceny ofert, powoływać się na nie Jako podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego."

„Ocena ofert winna odbywać się wyłącznie w oparciu o dokumenty, parametry i kryteria wprost określone w dokumentacji postępowania, odrzucenie oferty w oparciu o dokumenty inne niż podane w przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 PZP."

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, iż jego oferta złożona w tym postępowaniu w oparciu o system ALUPROF jest co najmniej równoważna z systemem SCHUCO, a w niektórych szczegółach nawet zawiera rozwiązania lepsze.

Po czym wskazał kolejno na następujące orzecznictwo KIO.

Zgodnie z orzecznictwem KIO:

Sygn. akt KIO/UZP 1400/08 - "Uznaje się, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry".

Sygn. akt KIO/UZP 967/09 - "Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych oraz czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia."

"Wskazanie dopuszczalnego zakresu równoważności ofert, skład orzekający Izby uznaje co najmniej za pożądane w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy PZP, a nadto przepisu art. 29 ust, 2 ustawy

PZP zakazującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby ograniczać uczciwą konkurencję."

Sygn. akt: KIO/UZP 984/09 - "Zamawiający wskazując z jednej strony w SIWZ konkretne urządzenia, a z drugiej strony dopuszczając w tym zakresie możliwość rozwiązania równoważnego, winien określić przynajmniej minimalne parametry albo oczekiwania technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to urządzenie."

"Zamawiający nie dookreślając wcześniej wymagań dotyczących technologii i funkcjonalności wymaganych od urządzeń równoważnych nie może ich następnie oceniać".

Sygn. akt KIO/UZP 798/08 - "Na Zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia, a zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji."

Mając na uwadze przedstawioną argumentację Odwołujący wniósł jak na wstępie odwołania.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 19.09.2011r. przystąpiła Skanska S.A. w Warszawie, po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący podniósł, że zarzut naruszenia art. 29, 30 i 31 ustawy PZP jest zarzutem co najmniej spóźnionym, powinien bowiem dotyczyć etapu zaskarżenia zapisów SIWZ.

Dalej Przystępujący wskazał na pkt 4 SIWZ zgodnie z którym Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych, ale z zachowaniem technologii, urządzeń i materiałów w kategorii jakości nie gorszej niż te wskazane w SIWZ i załącznikach do niej.

Przystępujący wskazał, że projekt wykonawczy budynku dydaktycznego przewidywał rozwiązania projektowe w zakresie elementów i robót dla systemowej ślusarki aluminiowej w oparciu o system SCHUCO. Dopuszczał zastosowanie zamiennych rozwiązań projektowych przy spełnieniu wymagań technicznych zawartych w specyfikacji oraz po uzyskaniu akceptacji projektanta.

Odwołujący przedłożył wraz z oferta porównanie systemu referencyjnego SCHUCO z oferowanym systemem ALUPROF. Z oceny tych dokumentów wynikało, że nie zawierały wyczerpujących informacji potwierdzających wymagania opisu technicznego do projektu budowlanego i wykonawczego.

Przystępujący zgadza się z decyzją Zamawiającego, że wykonanie elewacji w systemie ALUPROF nie gwarantuje osiągnięcia parametrów i cech oczekiwanych w dokumentacji przetargowej. Dotyczy to w szczególności gorszych parametrów w zakresie odporności na wielokrotne otwieranie i zamykanie okien. Rozwiązania systemu ALUPROF uniemożliwiają lub w znacznym stopniu utrudniają wentylację zespołenia szyb.

Przystępujący również podniósł, że Odwołujący udzielając odpowiedzi w dniu 02.09.2011r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.08.2011r. w ramach wyjaśnień zmienił swoją ofertę, deklarując wykonanie w inny sposób niż w ofercie oraz oferując zupełnie inne rozwiązania niż w ofercie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Skład orzekający Izby na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględniając stanowiska stron oraz uczestnika postępowania zawarte w pismach złożonych w postępowaniu odwoławczym oraz stanowiska zaprezentowane na rozprawie, a także przedłożoną przez Odwołującego opinię Instytutu Techniki Budowlanej ustalił.

1. W Punkcie 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe (SIWZ), jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie określono, (...), „Zamawiający nie przewiduje możliwości składania ofert wariantowych. Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych.

W przypadku użycia w załącznikach do niniejszej SIWZ nazw, technologii, urządzeń, materiałów, producentów czy znaków towarowych należy je traktować jako przykładowe, mające na celu doprecyzowanie przedmiotu zamówienia oraz określające standard techniczny i jakościowy. Technologie, urządzenia i materiały do wykonania zamówienia należy przyjmować w kategorii jakości nie gorszej (równoważnej) niż te wskazane w SIWZ i załącznikach do niej. W przypadku przyjęcia w ofercie danego wykonawcy jakichkolwiek zmian w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymaga złożenia wykazów z informacjami potwierdzającymi, iż przyjęte rozwiązania (wskazanie nazw, symboli i parametrów technicznych) są równoważne względem rozwiązań wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. Na podstawie ww dokumentów Zamawiający oceni czy zaproponowane rozwiązania są równoważne a w konsekwencji czy oferta danego wykonawcy jest prawidłowa w powyższym zakresie.

Brak wskazania w ofercie proponowanych zmian (np. na osobnym wykazie) wraz z podaniem rozwiązań zamiennych proponowanych przez Wykonawcę, uważa się za równoznaczne z tym, że zamówienie zostanie wykonane zgodnie z rozwiązaniami projektowymi w dokumentacji projektowej.”(...). Powyższe regulacje SIWZ wskazują

na to, że Zamawiający zastrzegł, iż w dokumentacji budowlanej i wykonawczej mogą być opisane materiały w sposób wskazujący na konkretnego producenta. W takim wypadku Zamawiający wskazał, że będą dopuszczalne rozwiązania równoważne do parametrów materiałów wskazanych w SIWZ. Równoważność materiałów określił na poziomie nie gorszym od parametrów tych materiałów opisanych w SIWZ. Zamawiający co jest bezsporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania określił, że w przypadku zaoferowania rozwiązań zamiennych (równoważnych) konieczna będzie zgoda projektanta, która uzależniona będzie od zaoferowania rozwiązania nie gorszego od rozwiązania opisanego w SIWZ na podstawie konkretnego producenta. Z punktu widzenia formalnego Zamawiający w przypadku zaoferowania innych rozwiązań zastrzegł sporządzenie przez wykonawcę wykazu, w którym nastąpi porównanie parametrów opisanych w SIWZ z parametrami zaoferowanych materiałów w ofercie. Jednocześnie Zamawiający określił, że w przypadku braku w ofercie wykazu porównawczego materiałów oznaczać będzie, że wykonawca zastosuje materiały opisane w SIWZ. Na tak ustalone w SIWZ zasady równoważności nie wniesiono odwołania.

2. Na stronach od 754 do 760 oferty Odwołującego Polimex-Mostostal S.A. W-wa znajduje się Wykaz Rozwiązań Równoważnych, z którego wynika co następuje. Oferta zawiera rozwiązania równoważne w zakresie „Elementów systemowej ślusarki aluminiowej” (poz.1 Wykazu). W dokumentacji projektowej przyjęto system aluminiowy SCHUCO, a w ofercie zaproponowano system aluminiowy ALUPROF. W zakresie informacji potwierdzających równoważność zaproponowanych rozwiązań w ofercie Odwołującego wskazano, że „zgodnie z załączonym wykazem i dokumentami potwierdzającymi równoważność. W zakresie tabeli porównania systemów Odwołujący zamieścił informacje odnoszące się do wymiarów, klasyfikacji, cech konstrukcji i jakości. Porównanie nastąpiło w zakresie następujących systemów:
  - a) Aluprof MB-70 HI drzwi z Schuco ADS 70 HI,
  - b) Aluprof MB-70 drzwi (duże skrzydła) z Schuco ADS HD,
  - c) Aluprof MB-70 HI okna z Schuco AWS HI,
  - d) Aluprof MB-SR50 HI z Schuco FW 50+HI,
  - e) Aluprof MB-SR50 EFEKT z Schuco FW 50 SG,
  - f) Aluprof MB-SR60 HI z Schuco FW +HI
3. Na stronach oferty od 761 do 883 zamieszczono paszporty systemów zawierające opisy parametrów technicznych zaoferowanych drzwi i okien wskazujące na zaoferowanie systemu ALUPROF według oznaczeń jak w poniższym 4 punkcie.

4. Na stronach oferty od 884 do 995 zamieszczono aprobatę techniczną ITB AT-15-8158/2009 dla firmy ALUPROF S.A. stwierdzającą przydatność do stosowania w budownictwie wyrobów pod nazwą: zestaw wyrobów do wykonywania przeszklonych przekryć dachowych systemów: ALUPROF MB-SR50, ALUPROF MB-SR50 HI, ALUPROF MB-SR50 PL, ALUPROF MB-SR50 EFEKT.
5. W dniu 31.08.2011r. pismem L.DZ. BIN/N/UŁ/AS/1006/2011 Zamawiający wezwał Odwołującego Polimex-Mostostal S.A. W-wa w trybie art.26 ustawy PZP do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w punkcie 7 (wykończenie zewnętrzne budynku, Elementy systemowej ślusarki aluminiowej) opisu technicznego do projektu budowlanego i wykonawczego dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SIWZ. W piśmie tym w 11 punktach Zamawiający wskazał na wymagania określone w powyżej wymienionym pkt 7 opisu technicznego SIWZ, a które nie wynikają z przedłożonej oferty, dokonując jednocześnie w piśmie tym opisu tych wymagań technicznych systemowej ślusarki aluminiowej odnosząc je do zaoferowanego systemu ALUPROF MB-SR 50 HI i tak:
  1. określone w podpunktach 1-3 i 2.3, dotyczące wykonania trzy stopniowego systemu odwodnienia kaskadowego z zachowaniem przesunięcia lica profili od strony wewnętrznej o 1 mm,
  2. dotyczące zastosowania na fasadzie systemowych profili maskujących o przekroju 22cmx5cm,
  3. określone w podpunkcie 3.3, dotyczące zastosowania ukrytej przekładni komorowej oraz okuć ukrytych z mechanizmem ukrytym między ościeżnicą a skrzydłem, tak aby od strony pomieszczenia widoczna była jedynie na ramie skrzydła klamka wraz z rozetą. W/w wymaganie nie dotyczy w fasadach okien, które otwierane są na zewnątrz.
  4. określone w podpunkcie 1.3, dotyczące zastosowania w konstrukcjach fasadowych uszczelek wewnętrznych szkła łączonych w narożach słupów i rygli zwulkanizowanymi elementami narożnymi. Brak informacji w paszporcie produktu wydanym przez IFT Rosenheim.
  5. określone w podpunkcie 1.3, dotyczące zagwarantowania na poziomie izolatora możliwości przewietrzania krawędzi szkła oraz zastosowania izolatora, który umożliwi wentylację zespolenia szyby (w zaoferowanym systemie ALUPROF MB - SR 50HI rozwiązania tego nie stwierdzono),
  6. określone w podpunkcie 1.3, dotyczące łączenia konstrukcji fasady z bryłą budowlaną za pomocą zewnętrznych i wewnętrznych folii uszczelniających z EPDM (wg. DIN 7863) z nawulkanizowaną „nóżką” zapewniającą szczelne

- przyleganie do konstrukcji fasady,
7. określone w podpunkcie 4.3, dotyczące zastosowania profili składających się z aluminiowych kształtowników zespolonych termiczną przekładką wielokomorową - izolatorem, wykonanym z politermidu PT (wg DIN 16041) ze zintegrowaną poduszką izolacyjną wykonaną z pianki PE oraz zastosowania ciągłych przekładek termicznych zaopatrzonych w stalowy pręt zwiększający wytrzymałość profili. Przy dużych gabarytach drzwi zastosowano przekładki termiczne dzielone w celu uniknięcia efektu bimetalu.
  8. określone w podpunkcie 4. Brak potwierdzenia dla drzwi antypanicznych i ewakuacyjnych posiadania certyfikatów (certyfikaty dla kompletnego wyrobu tj. drzwi wraz z okuciami),
  9. określone w podpunkcie 1.3, dotyczące zastosowania zewnętrznego uszczelnienia na słupach i ryglach realizowanego za pomocą dwóch pojedynczych uszczelki EPDM (wg DIN 7863) wraz z taśmą butylową grubość 0,8mm. Brak tego typu rozwiązania w paszporcie wydanym przez IFT Rosenheim dotyczącym fasady MB SR50HI,
  10. określone w podpunkcie 2.2 dotyczące w konstrukcji przeszkleń dachowych, spełnienia wymogu szerokości widokowej zewnętrznej i wewnętrznej słupów i rygli 60 mm. Przedstawiona przez Wykonawcę Polimex-Mostostal S.A. aprobatą wydana została dla systemu MB-SR50HI.
  11. określone w podpunkcie 2.3, dotyczące zastosowania systemu odprowadzania kondensatu z zewnętrznej powierzchni tafli szklanej za pomocą rynienki kondensatu zintegrowanej z wewnętrzną uszczelką przyszybową oraz zastosowania odpowiednich zwulkanizowanych fabrycznie narożników."
6. W dniu 02.09.2011r. w odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący przedłożył pismo ALUPROF S.A. Bielsko - Biała zawierające wyjaśnienia i dokumenty na potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego określonych w punkcie 7 opisu technicznego do projektu budowlanego i wykonawczego. Z pisma z dnia 01.09.2011r. skierowanego do Odwołującego Polimex-Mostostal S.A. W-wa od ALUPROF wynika, że stanowi ono odpowiedź na pismo Zamawiającego i potwierdza m/i, iż fasada MB-SR 50 N HI spełnia wymagania zawarte w projekcie, nawet w swojej standardowej odmianie systemu ALUPROF MB-SR 50 co do 3 poziomów odwodnienia kaskadowego (pkt 1pisma). Poza tym w pkt 4, 5, 9 tegoż pisma firma ALUPROF S.A. Bielsko-Biała na potwierdzenie spełnienia wymagań wskazała system ALUPROF MB-SR 50 N HI. Z kolei do pisma firma ALUPROF S.A. Bielsko-Biała

załączyła następujące dokumenty: potwierdzenie wykonania badań na szczelność powietrzna, wodoszczelność statyczną, odporność na obciążenie wiatrem dla systemu ALUPROF MB-SR 50 N HI, rysunek techniczny przekroju przez słup, kaskadowego odwodnienia i wentylacji – szczegół K i L dla systemu MB-SRN HI. Z powyższego wynika, że w piśmie z dnia 02.09.2011r. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego, w trybie art.26 ust.3 ustawy PZP do przedłożenia dokumentów, dokonał zmiany systemu zaoferowanego ALUPROF MB-SR 50 HI na ALUPROF MB-SR 50 N HI.

7. W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajduje się opinia Architekci Grupa Grabowski z dnia 26.08.2011r. wykonana w związku z zaproponowaniem przez Odwołującego Polimex-Mostostal S.A. W-wa zamiennego systemu przeszkleń aluminiowych ALUPROF zamiast określonego w projekcie systemu SCHUCO. Z opinii wynika, że wykonane przez oferenta porównanie w Wykazie nie pokazuje wszystkich, w tym istotnych różnic między systemami. Zestawienie porównawcze systemów jest zrobione nierzetelnie. W kilku miejscach parametry SCHUCO albo są pominięte albo zaniżone. Dotyczy to między innymi obciążenia wiatrem, wodoszczelności i parametru izolacyjności termicznej profili UF. W związku z tym projektant zwrócił się o dodatkową opinię eksperta-specjalisty w zakresie systemów fasadowych. Uzyskana opinia obok przekazanych Pracowni dokumentów ofertowych i dokumentacji projektowej obiektu, stanowi podstawę do następujących wniosków. „Dokonanie analizy przekazanych nam dokumentów oraz załączona specjalistyczna opinia techniczna pokazuje jednoznacznie, że zaproponowany system ALUPROF nie spełnia warunków pozwalających na uznanie go za równoważny lub lepszy pod względem parametrów techniczno-użytkowych od systemu SCHUCO przewidzianego w dokumentacji projektowej”. Powyższa opinia stanowiła podstawę do wezwania Odwołującego do przedłożenia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy PZP w dniu 31.08.2011r. w celu wykazania równoważności zaoferowanych materiałów.
8. W dniu 06.09.2011r. Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP odrzucił ofertę Odwołującego stwierdzając, że rozwiązania techniczne i materiałowe w ramach systemu ALUPROF dotyczące elementów i robót w zakresie systemowej ślusarki aluminiowej w ramach wykończenia zewnętrznego i wewnętrznego budynku nie spełniają warunków pozwalających na uznanie ich za równoważne lub lepsze pod względem parametrów techniczno-użytkowych dla i od przyjętych przez projektanta rozwiązań technicznych i materiałowych w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SIWZ. Zamawiający stwierdził dalej, że w przedłożonej ofercie i przesłanych wyjaśnieniach z dnia 02.09.2011r. i załączonych do tego pisma

dokumentach Odwołujący nie potwierdził spełnienia przez oferowane roboty wymagań określonych przez Zamawiającego w punkcie 7 opisu technicznego do projektu budowlanego i wykonawczego dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SIWZ. W piśmie tym Zamawiający wskazał 10 punktów w których nie spełniono wymagań i tak:

1. określone w podpunktach 1-3 i 2.3, dotyczące wykonania trzy stopniowego systemu odwodnienia kaskadowego z zachowaniem przesunięcia lica profili od strony wewnętrznej o 1 mm,
2. określone w podpunkcie 3.3, dotyczące zastosowania ukrytej przekładni komorowej oraz okuć ukrytych z mechanizmem ukrytym między ościeżnicą a skrzydłem, tak aby od strony pomieszczenia widoczna była jedynie na ramie skrzydła klamka wraz z rozetą. W/w wymaganie nie dotyczy w fasadach okien, które otwierane są na zewnątrz,
3. określone w podpunkcie 1.3, dotyczące zastosowania w konstrukcjach fasadowych uszczelek wewnętrznych szkła łączonych w narożach słupów i rygli zwulkanizowanymi elementami narożnymi.

Brak informacji w paszporcie produktu wydanym przez IFT Rosenheim.

4. określone w podpunkcie 1.3, dotyczące zagwarantowania na poziomie izolatora możliwości przewietrzania krawędzi szkła oraz zastosowania izolatora, który umożliwi wentylację zespolenia szyby (w zaferowanym systemie ALUPROF MB - SR 50HI rozwiązania tego nie stwierdzono),
5. określone w podpunkcie 1.3, dotyczące łączenia konstrukcji fasady z bryłą budowli za pomocą zewnętrznych i wewnętrznych folii uszczelniających z EPDM (wg. DIN 7863) z nawulkanizowaną „nóżką” zapewniającą szczelne przyleganie do konstrukcji fasady,
6. określone w podpunkcie 4.3, dotyczące zastosowania profili składających się z aluminiowych kształtowników zespolonych termiczną przekładką wielokomorową - izolatorem, wykonanym z politermidu PT (wg DIN 16041) ze zintegrowaną poduszką izolacyjną wykonaną z pianki PE oraz zastosowania ciągłych przekładek termicznych zaopatrzonych w stalowy pręt zwiększający wytrzymałość profili. Przy dużych gabarytach drzwi zastosowano przekładki termiczne dzielone w celu uniknięcia efektu bimetalu.
7. określone w podpunkcie 4.

Brak potwierdzenia dla drzwi antypanicznych i ewakuacyjnych posiadania certyfikatów (certyfikaty dla kompletnego wyrobu tj. drzwi wraz z okuciami),

8. określone w podpunkcie 1.3, dotyczące zastosowania zewnętrznego uszczelnienia na słupach i ryglach realizowanego za pomocą dwóch pojedynczych

uszczelki EPDM (wg DIN 7863) wraz z taśmą butylową grubość 0,8mm. Brak tego typu rozwiązania w paszporcie wydanym przez IFT Rosenheim dotyczącym fasady MB SR50HI,

9. określone w podpunkcie 2.2 dotyczące w konstrukcji przeszkleń dachowych, spełnienia wymogu szerokości widokowej zewnętrznej i wewnętrznej słupów i rygli 60 mm. Przedstawiona przez Wykonawcę Polimex-Mostostal S.A. aprobatą wydana została dla systemu MB-SR50HI.

10. określone w podpunkcie 2.3, dotyczące zastosowania systemu odprowadzania kondensatu z zewnętrznej powierzchni tafli szklanej za pomocą rynienki kondensatu zintegrowanej z wewnętrzną uszczelką przyszybową oraz zastosowania odpowiednich zwulkanizowanych fabrycznie narożników."

9. Na rozprawie Odwołujący przedłożył opinię Instytutu Techniki Budowlanej na temat równoważności w zakresie funkcjonalno-użytkowym i właściwości technicznych okien i drzwi aluminiowych oraz fasad systemów ALUPROF i SCHUCO w zastosowaniu w obiekcie budynku dydaktycznego Wydziału Filologicznego Zamawiającego. Podstawę merytoryczną opracowania stanowią: dokumentacja systemowa, odpowiednie aprobaty techniczne, katalogi informacyjne, materiały przekazane przez zleceniodawcę – systemów aluminiowej ślusarki i stolarki SCHUCO i ALUPROF oraz normy, wytyczne i zalecenia a także własne doświadczenia autorów opracowania dotyczące podobnych zagadnień. Przedmiotem opinii są okna, drzwi, fasady z profili aluminiowych systemów ALUPROF i SCHUCO. Celem opinii jest porównanie obydwu systemów pod względem właściwości funkcjonalno-użytkowych, parametrów cieplno-wilgotnościowych, izolacyjności akustycznej, dokumentów normatywnych, dopuszczających wyrób do stosowania. W uwagach opinii na str. 1 znajdują się zapisy "Uwaga: Są to dwa różne systemy, które można traktować, jako „kompatybilne” jedynie z uwagi na zakres planowanego zastosowania. W tym zakresie obydwa systemy są w pełni możliwe do zastosowania. Podane w tabelach właściwości i klasyfikacja dotyczą konkretnych rozwiązań, wielkości i typu badanych próbek stolarki. Można je traktować jedynie poglądowo. Do konkretnych rozwiązań, które mają mieć zastosowanie w obiekcie producent powinien przedstawić odpowiednie badania i obliczenia". Opinia zawiera tabelaryczne zestawienie właściwości systemów. Jeżeli chodzi o system ALUPROF to z SCHUCO zestawieniu podlegały następujące systemy - ALUPROF MB – 70; MB – 70 HI; MB – SR 50 HI; MB – SR 50 HI EFEKT. Z analizy dokonanych zestawień tabelarycznych wynika, że poszczególne systemy co do wymiarów profili, cech konstrukcji, klasyfikacji różnią się w poszczególnych parametrach technicznych albo Opiniujący nie posiadał danych do porównania co dotyczyło w szczególności

systemu opisanego w SIWZ to jest SCHUCO. I tak różnice parametrów oraz brak danych dotyczyły np.: wodoszczelności, wytrzymałości mechanicznej, izolacyjności termicznej profili (str.2 opinii). Pomimo różnic w poszczególnych parametrach technicznych oraz braku możliwości porównania wielu parametrów z uwagi na brak danych, Opiniujący w podsumowaniu opinii wyraża następujące stanowisko: „Sporządzona ocena porównawcza obydwu systemów stwierdza, że są to systemy równoważne do projektowanego zastosowania. Projekt budynku opracowany został przy wykorzystaniu materiałów SCHUCO i prawdopodobnie do rozwiązań tego systemu został dostosowany. Nie ma żadnych jednak przeszkód natury technicznej by zamiennie do systemu SCHUCO przyjąć system ALUPROF. W założonym w projekcie zastosowaniu możliwe jest wykonanie tych konstrukcji w obydwu systemach. Właściwości funkcjonalno-użytkowe, parametry techniczne, rozwiązania konstrukcyjne są bowiem podobne. Powyższe stwierdzenie o równoważności w opinii znajduje się, pomimo że Opiniujący nie odniósł się ani do parametrów wymaganych w SIWZ, ani do wezwania Zamawiającego z dnia 31.08.2011r. do wykazania, iż oferowany system ślusarki aluminiowej spełnia wymagania SIWZ przez dostarczenie dokumentów na tę okoliczność, ani w szczególności do udzielonej odpowiedzi na to wezwanie Odwołującego w piśmie z dnia 02.09.2011r. Z powyższych względów, jakkolwiek trudno odmówić fachowości opinii, również ze względu na to, że jest sygnowana przez Instytut Techniki Budowlanej, to jednak nie ma ona znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. Bowiem Odwołujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego w trybie art.26 ust.3 ustawy PZP zmienił treść oferty oraz nie wykazał równoważności przez przedłożenie stosownych dokumentów do których przedłożenia był wezwany.

10. Co do licznie przywołanych wyroków KIO to stanowią one wykładnię w zakresie równoważności rozwiązań oferowanych przez wykonawców. Niemniej zarzuty co do parametrów przyjętych w dokumentacji budowlanej i wykonawczej w zakresie pkt 7 opisu technicznego SIWZ, opisu wymagań technicznych systemowej ślusarki aluminiowej należało zgłosić na etapie zamieszczenia na stronie internetowej SIWZ, a nie na etapie odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty.

#### Izba zważyła

Reasumując odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ Odwołujący Polimex-Mostostal S.A. w W-wie nie wykazał w toku postępowania odwoławczego podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 30 i 31 ustawy PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia, który w dokumentacji projektowej, część opisowa, dotyczący fasady budynku określa sposób wykonania robót: „Wykończenie zewnętrzne budynku. Elementy systemowej ślusarki aluminiowej. W zakresie rozwiązań

projektowych dotyczących elewacji przeszklonych oparto się na rozwiązaniach systemowych firmy SCHUCO. Dopuszcza się zastosowanie zamiennych rozwiązań przy spełnieniu wymogów technicznych zawartych w specyfikacji oraz po akceptacji projektanta." Z uwagi na to, że w dalszej części opisu zawiera wyłącznie parametry i dane techniczne systemu SCHUCO, co jest również sprzeczne z art. 30 i 31 ustawy PZP.

W związku z powyższym Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego z następującym uzasadnieniem:

„Zamawiający informuje, że działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP odrzucił ofertę firmy Polimex- Mostostal S.A. ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa.

Zaproponowane w tej ofercie przez Wykonawcę - Polimex- Mostostal S.A. w Warszawie rozwiązania techniczne i materiałowe w ramach systemu ALUPROF dotyczące elementów i robót w zakresie systemowej ślusarki aluminiowej w ramach wykończenia zewnętrznego i wewnętrznego budynku dydaktycznego Wydziału Filologicznego Uniwersytetu Łódzkiego przy ul. Pomorskiej 171/173 w Łodzi nie spełniają warunków pozwalających na uznanie ich za równoważne lub lepsze pod względem parametrów techniczno - użytkowych dla i od przyjętych przez Projektanta rozwiązań technicznych i materiałowych w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SIWZ.

Wykonawca w przedłożonej ofercie i przesłanych wyjaśnieniach w piśmie Mr/193/2011 z 02.09.2011r. i załączonych do tego pisma dokumentach nie potwierdził spełnienia przez oferowane roboty budowlane n/w wymagań określonych przez Zamawiającego w punkcie 7 (Wykończenie zewnętrzne budynku, Elementy systemowej ślusarki aluminiowej) opisu technicznego do projektu budowlanego i wykonawczego dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SIWZ.

Bowiem Odwołujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.08.2011r. po pierwsze nie przedłożył wymaganych dokumentów, które zgodnie z wezwaniem Zamawiającego potwierdzały by, że oferowany produkt spełnia wymagania SIWZ w zakresie równoważności rozwiązań, ponieważ jak wyżej opisano, przedstawił wyniki badań innego systemu ślusarki systemowej niż przedstawionego w ofercie to jest do pisma na wezwanie Zamawiającego załączono potwierdzenie wykonania badań na szczelność powietrzna, wodoszczelność statyczną i odporność na obciążenie wiatrem dla systemu ALUPROF MB-SR 50 N HI, a nie jak w ofercie ALUPROF MB – SR 50 HI ( str 754 do 760 oferty Odwołującego Polimex- Mostostal S.A. W-wa gdzie znajduje się Wykaz Rozwiązań Równoważnych). W związku z powyższym Odwołujący nie wykonał wezwania Zamawiającego z dnia 31.08.2011r. do przedstawienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia przez oferowane roboty budowlane określonych przez Zamawiającego wymagań w punkcie 7 (Wykończenie zewnętrzne budynku, Elementy systemowej ślusarki aluminiowej).

Z kolei co do zarzutu naruszenia zasady, iż opis zawiera wyłącznie parametry i dane techniczne systemu SCHUC0, co jest sprzeczne z art. 30 i 31 ustawy PZP to Izba ten zarzut uznała za spóźniony, ponieważ termin wniesienia odwołania upłynął w dniu 5 lipca 2011r. to jest wraz z upływem 10 dni od zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej co nastąpiło w dniu 25.06.2011r. (ustalono na podstawie pkt 6 protokołu postępowania), ponieważ zgodnie z art.182 ust.2 pkt 1 ustawy PZP odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego, a odwołujący Polimex –Mostostal S.A. W-wa odwołanie złożył 6 września 2011r. w związku z odrzuceniem jego oferty.

Główna argumentacja odwołania sprowadzała się do stwierdzenia, że w ocenie Odwołującego Polimex-Mostostal S.A. W-wa tak sformułowane zarzuty Zamawiającego są zupełnie bezzasadne, a ponadto stanowią naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych.

Nie do zaakceptowania jest przede wszystkim taki opis przedmiotu zamówienia, który dopuszcza w opracowaniu projektowym rozwiązania zamienne, a następnie, co do wymogów technicznych podaje wyłącznie wymogi systemu SCHUCO.

Bowiem na dzień złożenia odwołania jest to gołosłowne twierdzenie Odwołującego, który nie skorzystał z prawa zaskarżenia postanowień SIWZ w terminie przewidzianym w ustawie PZP, co powyżej opisano. Natomiast wobec nie zaskarżenia warunków SIWZ, Odwołujący był zobowiązany do wykazania równoważności zaoferowanych rozwiązań ALUPROF z SCHUCO z zachowaniem wymogu nie gorszego rozwiązania, czego nie uczynił.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy PZP oraz § 3 pkt 1 i pkt 2 w związku z § 5 ust.3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając w poczet kosztów postępowania kwotę 20.000,00zł wniesioną jako wpis od odwołania i zasądzając na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego

Odwołujący Skanska S.A. w W-wie wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z 24 ust. 2 pkt 3 i 4)
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 2)
- 3) 24 ust. 2 pkt 3) i 4)

oraz § 1.1 pkt 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt. 6 Ad.2,

poprzez nie wykluczenie wykonawcy Polimex-Mostostal S.A. z postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) wykluczenia wykonawcy Polimex-Mostostal S.A. i uznania na podstawie art. 24 ust. 4 jego oferty za odrzuconą w sytuacji pozytywnego rozstrzygnięcia odwołania wniesionego przez Polimex-Mostostal S.A. od odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 2) w konsekwencji potwierdzenia wyboru oferty Skanska S.A. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wskazuje na posiadanie interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w związku z faktem, iż zaniechanie czynności wykluczenia Polimex-Mostostal S.A. jest naruszeniem przepisów Ustawy, ponadto w sytuacji rozstrzygnięcia sporu odnośnie odrzucenia oferty tego Wykonawcy na jego rzecz, wybór oferty Skanska S.A. będzie realnie zagrożony, a tym samym zaistnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Polimex-Mostostal S.A. w swojej ofercie wykazał budowę Centrum Edukacji Artystycznej - Filharmonia Gorzowska w Gorzowie realizowanej dla Gminy Gorzów Wlkp. Dokumentem mającym potwierdzać prawidłowe ukończenie prac i zgodnie ze sztuką budowlaną były referencje wystawione przez Zastępcę Prezydenta Miasta Gorzowa Wlkp. w dniu 09.06.2011 r. Jednakże z treści tego dokumentu wynikał jedynie szczegółowy zakres prac oraz terminowe ich wykonanie.

Dowód: kopia referencji (str 36-38 oferty)

Powyższy dokument nie spełnia więc wymagań odnośnie potwierdzenia prawidłowego ukończenia robót wskazanych w wykazie prac zgodnie z treścią SIWZ.

W toku oceny Wykonawców, Zamawiający wezwał Polimex-Mostostal S.A. do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia, że roboty wykonywane w ramach budowy Centrum Edukacji Artystycznej - Filharmonia Gorzowska zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, ewentualnie wskazanie innych robót budowlanych spełniających warunki określone w pkt 6 ppkt. 2 SIWZ wraz z dostarczeniem dokumentów potwierdzających.

Dowód: kopia pisma z dnia 09.08.2011 r.

W odpowiedzi na wezwanie Polimex-Mostostal SA. przedłożył Zamawiającemu:

- 1) strony z Dziennika Budowy,
- 2) oświadczenia osób uprawnionych i wnioski o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu,
- 3) decyzję o pozwoleniu na użytkowanie.

Dowód: kopia pisma z dnia 11.08.2011 r. wraz z załącznikami jak wyżej (1-3, 23 karty).

Dokumenty te stwierdzają „wykonanie obiektu zgodnie z projektem budowlanym, przepisami i warunkami pozwolenia na budowę. Jednakże z treści żadnego z tych dokumentów nie wynika, iż zostały prawidłowo ukończone lub wykonane z należytą starannością.

Jak stwierdza w Wyroku Krajowa Izba Odwoławcza z dnia 4 maja 2010 r. „Fakt, że obiekt odpowiada przeznaczeniu i spełnia wymogi prawa budowlanego oraz nadaje się do odbioru i użytkowania zgodnie z przeznaczeniem nie przesądza, w ocenie Izby, o należyтым wykonaniu umowy (tak też: KIO/UZP 995/08)".

Ponadto, Zamawiający zwrócił się do inwestora Centrum Edukacji Artystycznej - Filharmonii Gorzowskiej - Gminy Gorzów Wlkp. o wyjaśnienie kwestii referencji, w obliczu doniesień medialnych o nieprawidłowościach związanych z realizacją umowy na przedmiotową inwestycję przez konsorcjum, którego liderem był Wykonawca Polimex-Mostostal S.A.

Dowód: kopia pisma z dnia 09.08.2011r.

W odpowiedzi, na pismo Zamawiającego, zastępca Prezydenta Miasta Gorzowa Wlkp. poinformował, że roboty wykonane przez Polimex-Mostostal S.A. wykonane zostały zgodnie ze sztuką oraz prawidłowo ukończone pod względem celu, jakiemu mają służyć. W piśmie nie

ustosunkowano się do części zapytania dotyczącego potwierdzenia, czy roboty zostały wykonane z należytą starannością i jakością, która nie budzi zastrzeżeń.

Dowód: kopia pisma z dnia 11.08.2011r.

W nawiązaniu do wyżej zacytowanego wyroku KIO, Odwołujący podnosi, iż twierdzenie, że zamówienie publiczne zostało prawidłowo ukończone pod względem celu jakiego ma służyć jest ewidentnym zawężeniem pojęcia prawidłowo ukończone, czy też wykonane z należytą starannością. Prawidłowe ukończenie umowy o zamówienie publiczne to nie tylko zgodność ze sztuką budowlaną, która w treści przepisów „Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów(...)" potraktowana została odrębnie, ale również ukończenie robót zgodnie z umową czyli w zgodzie z ustaleniami wynikającymi z treści wszelkich dokumentów umownych, w tym z wymaganą jakością. Takiego potwierdzenia w dokumentach dotyczących inwestycji w Gorzowie brakuje.

Ponadto, Odwołujący stwierdza, iż dokument zawierający oświadczenie Gminy Gorzów z dnia 11.08.2011 r. odnośnie faktu wykonania robót budowlanych zgodnie ze sztuką budowlaną oraz prawidłowego ich ukończenia pod względem celu, jakiego mają służyć nie potwierdza tych informacji na dzień składania ofert przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, tak jak wymaga tego przepis art. 26 ust. 3 Ustawy.

Na okoliczność realizacji tej inwestycji Polimex-Mostostal S.A. przedłożył przeciw referencje z dnia 09.06.2011 r., w których potwierdzono jedynie terminowe zrealizowanie umowy.

Reasumując, z łącznej analizy treści dokumentów złożonych przez Polimex-Mostostal S.A. oraz uzyskanych przez Zamawiającego z Gminy Gorzów Wlkp. należy stwierdzić, iż żaden z nich nie potwierdza, iż roboty te zostały prawidłowo ukończone czy też z należytą starannością, jak wymagał tego Zamawiający w SIWZ.

Dodatkowo, Odwołujący znając doniesienia mediów odnośnie okoliczności realizacji Filharmonii w Gorzowie (jednocześnie posiadając wiedzę o wymaganiach Zamawiającego z racji ubiegania się o to zamówienie) wystąpił w drodze dostępu do informacji publicznej do Prezydenta Gorzowa Wlkp. o udzielenie odpowiedzi m.in. na pytanie czy prace wykonane przez konsorcjum Polimex-Mostostal S.A. zostały zrealizowane zgodnie z umową oraz o przekazanie dokumentów związanych z realizacją tej umowy, w tym o przekazanie protokołu końcowego odbioru inwestycji.

Dowód: kopia pisma z dnia 23.08.2011r.

Gmina Gorzów Wlkp., odpowiadając na pismo Odwołującego, odmówiła dostępu do dokumentów, powołując się na wyrok WSA we Wrocławiu (sygn. Akt II SA/Op 109/07), przyznała jednak, iż „strony umowy wystąpiły z wzajemnymi roszczeniami, jednakże sprawa roszczeń nie została prawomocnie zakończona, zaś strony podjęli decyzję o rozjemstwie”

Dowód: kopia pisma z dnia 05.09.2011 r.

W opinii Odwołującego, skoro strony umowy dochodzą wzajemnych roszczeń, oznacza to że umowa nie została należycie wykonana, o czym świadczy również fakt braku jakiegokolwiek dokumentu, który zawierałby jednoznaczne stwierdzenie prawidłowego ukończenia robót budowlanych.

Polimex-Mostostal S.A. złożył więc w swojej ofercie oświadczenie zawierające nieprawdziwe informacje w zakresie spełniania warunku wykonania robót budowlanych ukończonych prawidłowo lub z należyłą starannością.

Należy w tym miejscu wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 5 grudnia 2008 r. sygn. akt: XII Ga 391/08, w którym stwierdzono: „(..Wykonawcy oprócz referencji mogą przedkładać także inne dokumenty, z których treści można wywnioskować, iż przedmiot umowy został wykonany prawidłowo. Dokumentami takimi są przykładowo: protokoły bezusterkowego odebrania robót, kopie faktur wraz z dokumentami potwierdzającymi ich zapłacenie. Podkreślenia wymaga, że jakkolwiek protokoły odbioru robót mogą być dokumentami potwierdzającymi należyłą realizację robót, to niezwykle istotne jest by były to protokoły bezusterkowego odebrania robót.

Na gruncie umowy o roboty budowlane przyjąć należy, że niewykonanie zobowiązania wchodzi w grę, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Natomiast pozostałe wady świadczą o nienależyтым wykonaniu zobowiązania. Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, odstąpienie od umowy, a co za tym idzie rzutują na kwestie wymagalności roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty.

Wady zaś nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na uprawnienie inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia. Jak słusznie podkreśliła KIO

znamiennie jest, że Zamawiający nie wystawił referencji jednoznacznie potwierdzających fakt należytego wykonania umowy, a Wykonawca wybrany o to nie występował. W tym zakresie posługuje się jedynie protokołem odbioru budynku, który nie daje możliwości oceny, czy roboty zostały wykonane należycie.

Protokół odbioru robót tylko wtedy stanowi potwierdzenie należytego wykonania umowy, jeżeli jednoznacznie potwierdza to jego treść. Wykaz braków i usterek stanowiący zał. Nr 8 do protokołu stwierdza istnienie usterek, których data usunięcia została wyznaczona na 29 lipca 2008 r. Brak było przeszkód by Wykonawca złożył na dzień uzupełnienia dokumentów protokół usunięcia usterek. Wobec zaistnienia usterek stwierdzenie w protokole, że obiekt (co do zasady) odpowiada przeznaczeniu i spełnia wymogi prawa budowlanego oraz nadaje się do odbioru i użytkowania, zgodnie z przeznaczeniem, nie przesądza o należyтым wykonaniu zamówienia.

Zasadnym jest twierdzenie KIO, że Zamawiający jako inwestor przedmiotowego budynku nr 23 w G. przy ul. Jeleniogórskiej, bez wątplenia dysponuje wiedzą na temat, czy wybrany wykonawca należycie wykonał zamówienie, jednakże winno to jednoznacznie wynikać ze złożonych dokumentów oferty, co ma zabezpieczać jawność procedury udzielania zamówienia i umożliwiać korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawców, których interes prawny w związku z wyborem określonej oferty został naruszony."

Ponadto Odwołujący powołuje Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2010 r., wydany w analogicznym stanie faktycznym do przedmiotowego, w którym KIO orzekła, iż: „Izba wskazuje, że już sama językowa wykładnia obowiązującego przepisu rozporządzenia, przy jednoczesnym uwzględnieniu dotychczasowego brzmienia prowadzi do wniosku, iż dokumenty składane przez wykonawców wraz z ofertą na potwierdzenie posiadanej wiedzy i doświadczenia muszą potwierdzać wykonanie wykazanych robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, a zarazem wykonawca musi wykazać prawidłowe ukończenie tychże robót. Koniunkcja zawarta w tym przepisie pozwala na sformułowanie wniosku niezbędności kumulatywnego spełnienia dwóch warunków tj. realizacji roboty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej (co niewątpliwie potwierdzi Decyzja w przedmiocie wydania pozwolenia na użytkowanie) oraz prawidłowego ukończenia roboty budowlanej. W ocenie Izby istotnym jest również fakt, iż wykazanie przez wykonawców składających oferty w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego spełnienia wymagań ukształtowanych przez Zamawiającego ma znaczenie dalekosiężne, bowiem stanowi kluczowy element wyboru wykonawcy dającego gwarancję należytej realizacji zamówienia. Zamawiający zobowiązany do oceny dokumentów składanych przez wykonawców opiera się na przedstawionym

materiale i nie może domniemywać, że zostały wypełnione przesłanki niezbędne do oceny tych dokumentów przesłanki.

Biorąc pod uwagę powyższe, w opinii Odwołującego, Zamawiający nie mógł uznać, iż Polimex-Mostostal wykazał, uzupełniając dokumenty na wezwanie Zamawiającego, iż roboty potwierdzające wymagane doświadczenie wykonawcy zostały prawidłowo ukończone. Co więcej, analiza wszystkich posiadanych przez Zamawiającego w tej kwestii dokumentów winna zaowocować postawieniem zarzutu składania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

W konsekwencji powyższego, Zamawiający naruszył przepisy SIWZ, Ustawy i Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w związku z czym Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Pismem z dnia 19 września 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Polimex- Mostostal S.A. w W-wie wnosząc o oddalenie odwołania.

#### Skład orzekający Izby ustalił i zważył

#### Izba ustaliła co następuje

Przedmiotem sporu jest czy odwołujący się to jest Polimex-Mostostal S.A. w W-wie wykazując doświadczenie zawodowe złożył właściwy dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych, których posiadanie jest niezbędne do wykazania się wymaganym w SIWZ doświadczeniem zawodowym.

Dokumentem tym jest Referencja z dnia 09.06.2011r. wystawiona przez Zastępcę Prezydenta Miasta Gorzowa Wielkopolskiego dla konsorcjum wykonawców składającego się z firm Polimex-Mostostal S.A. w W-wie (lider) oraz firmy Ebud (partner), które było Generalnym Wykonawcą na zadaniu inwestycyjnym „Budowa Centrum Edukacji Artystycznej – Filharmonia Gorzowska”

Bowiem Zamawiający wypełniając wymóg art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 2) posiadania wiedzy i doświadczenia”, w pkt 6 Ad.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) sformułował następujące warunki doświadczenia zawodowego wymaganego od oferentów:

Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia ww. warunki (posiadania wiedzy i doświadczenia) jeżeli:

Ad.2. Wykaże się wykonaniem następujących robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- 1) co najmniej 1 roboty budowlanej obejmującej budowę obiektu użyteczności publicznej wg. Klasyfikacji PKOB 1-12-126-1263 o powierzchni netto minimum 20 000 m<sup>2</sup>, kubaturze min 90 000m<sup>3</sup> i wartości netto min 90mln zł.,
- 2) co najmniej 1 roboty budowlanej obejmującej budowę obiektu użyteczności publicznej w ramach której wykonano między innymi salę audytoryjną w układzie amfiteatralnym, schodkowym z minimum 500 miejscami siedzącymi.”

Ponadto Zamawiający w tymże punkcie SIWZ (str.7) zdefiniował rodzaje dokumentów, które będą potwierdzać wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie.

Sformułował powyższe w następujący sposób: „Pod pojęciem „ załączenie dokumentu potwierdzającego, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone” należy rozumieć protokoły odbioru robót, listy referencyjne lub opinie inwestorów potwierdzające, że prace wykonane zostały z należyłą starannością.”

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w związku z przedłożonymi do odwołania dokumentami Izba ustaliła następujący stan faktyczny co do dołączenia do oferty Polimex-Mostostal S.A. w W-wie dokumentów mających potwierdzić należyte wykonanie robót ujętych w wykazie.

1. Do oferty została przedłożona wyżej opisana Referencja z dnia 09.06.2011r. wystawiona przez Zastępcę Prezydenta Miasta Gorzowa Wielkopolskiego, w której opisano zakres wykonanych robót z podaniem ich rodzaju, powierzchni oraz stwierdzeniem w zakończeniu referencji ”Wartość zrealizowanych obiektów w ramach zadania inwestycyjnego opiewa na kwotę 131 100 000zł. brutto i była realizowana w okresie od 28.12.2008r. do 28.04.2011r. Zadanie zostało zrealizowane terminowo.
2. W dniu 09.08.2011r. Zamawiający w trybie art. 26 ust.3 ustawy PZP wezwał Polimex-Mostostal S.A. w W-wie do uzupełnienia wymaganych dokumentów, w zakresie

Budowy Centrum Edukacji Artystycznej – Filharmonia Gorzowska. Bowiem w ocenie zamawiającego załączone do oferty, a opisane powyżej Referencje nie zawierają potwierdzenia, że roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone.

3. W dniu 11.08.2011r. Polimex-Mostostal S.A. w wykonaniu wezwania Zamawiającego przedłożył do pisma przewodniego szereg dokumentów, które są wymagane ustawą prawo budowlane do uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu takie jak: dziennik budowy z wpisami kierownika budowy i inspektorów nadzoru potwierdzających zakończenie robót, decyzje o pozwoleniu na użytkowanie obiektu z dnia 27.04.2011r. W piśmie przewodnim do załączonych dokumentów Polimex-Mostostal S.A. wskazał, że decyzja o pozwoleniu na użytkowanie obiektu może być wydana gdy roboty budowlane zostały ukończone i wykonane zgodnie z projektem budowlanym.
4. W dniu 09.08.2011r. Zamawiający pismem L.dz. BIN/925/AK/11 wystąpił do Prezydenta Miasta Gorzowa Wielkopolskiego, wskazując na wystawioną Referencję dla konsorcjum, której liderem był Polimex- Mostostal S.A. w związku z budową Centrum Edukacji Artystycznej – Filharmonia Gorzowska o potwierdzenie, że przedmiotowe roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i dokumentacją projektową z należytą starannością i jakością, która nie budziła zastrzeżeń. W piśmie tym jednocześnie Zamawiający podkreślił, że zwraca się o potwierdzenie, ponieważ ma na uwadze doniesienia medialne dotyczące nieprawidłowości związanych z realizowaniem robót przez Polimex-Mostostal S.A. jako lidera Konsorcjum.
5. W dniu 11.08.2011r. pismem WIN I 7013/1066/2011.AS Zastępca Prezydenta Miasta Gorzowa Wielkopolskiego w odpowiedzi na powyżej opisane pismo ( pkt 4) potwierdził, że „roboty wykonane przez Wykonawcę Robót Polimex-Mostostal S.A. w ramach zadania „Budowa Centrum Edukacji Artystycznej – Filharmonia Gorzowska” wykonane zostały zgodnie ze sztuką budowlaną oraz prawidłowo ukończone pod względem celu jakiemu mają służyć. Jednocześnie informujemy, iż wydane zostało pozwolenie na użytkowanie przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla obiektów objętych niniejszym zamówieniem.
6. Na rozprawie do akt sprawy Odwołujący Skanska S.A. w W-wie złożyło wydruk medialny pt "Nie było zgody na zamianę betonu" z dnia 25 marca 2011r. jako dowód braku należytego wykonania umowy przez Polimex-Mostostal S.A. Z kolei Przystępujący Polimex-Mostostal dołączył opinię Inżyniera Kontraktu z dnia 29.07.2011r. w której pkt3 widnieje zapis "Będąc w posiadaniu powyższej informacji Zamawiający zatwierdził do realizacji koncepcję projektową i projekt budowlany, w którym dopuszczono beton zwykły."

### Izba zważyła co następuje

Przystępujący Polimex-Mostostal S.A. przedkładając Referencję wystawioną przez Prezydenta Miasta Gorzowa Wielkopolskiego z dnia 09.06.2011r. z tytułu Generalnego Wykonawstwa „Budowy Centrum Edukacji Artystycznej – Filharmonia” spełnił wymóg potwierdzenia należytego wykonania roboty zgodnie z pkt 6 Ad.2 SIWZ, a tym samym z wymogiem § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009r. Nr 226, poz.1817).

Powyżej przywołane zapisy SIWZ i ww. Rozporządzenia Prezesa R.M. wskazują, że potwierdzeniem wykonania robót jest dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Tak jak sformułowanie rozporządzenia „zgodnie z zasadami sztuki budowlanej” można interpretować w oparciu o przepisy prawa budowlanego w szeroko rozumianym znaczeniu to jest nie tylko w oparciu o przepisy ustawy prawo budowlane ale również w oparciu o przepisy wykonawcze do ustawy prawo budowlane. Tak sformułowanie prawidłowo ukończone jest pojęciem obejmującym nie tylko przepisy prawa budowlanego ( prawo administracyjne), ale również prawa cywilnego (kodeks cywilny).

Nie ma żadnych kwestii interpretacyjnych, jeżeli inwestor wystawiający dokument potwierdzający wykonanie posłuży się wprost sformułowaniem z ww. Rozporządzenia to jest „roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

Niemniej użycie innych sformułowań na potwierdzenie wykonania robót nie dyskwalifikuje dokumentu co do skuteczności celu jego wystawienia.

I tak w ocenie Izby użycie w dokumencie o tytule "Referencja" wystawionym przez inwestora w dniu 09.06.011r. powyżej cytowanego sformułowania „Zadanie zostało zrealizowane terminowo” oznacza, że roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną oraz prawidłowo ukończone. Bowiem powyższe sformułowanie zawiera w sobie potwierdzenie, że prace zostały wykonane (zadanie zostało zrealizowane) czyli zgodnie ze sztuką oraz terminowo czyli prawidłowo ukończone.

Niemniej ze znanych Zamawiającemu powodów, wezwano Polimex-Mostostal do wykazania w dokumencie, iż roboty wykonano zgodnie ze sztuka budowlaną i ukończono prawidłowo. W

tym zakresie Polimex-Mostostal przedłożył dokumenty w tym decyzję o pozwoleniu na użytkowanie.

Ostatecznie w dniu 11.08.2011r. na żądanie Zamawiającego wystawiono potwierdzenie dla referencji z dnia 09.06.2011r. w której użyto sformułowania „zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone pod względem celu jakiemu ma służyć”

W ocenie Izby dopisanie do sformułowania „prawidłowo ukończone” „pod względem celu jakiemu ma służyć” nie niweczy potwierdzenia, że inwestycja została przez wykonawcę prawidłowo ukończona, ponieważ każda inwestycja jest realizowana w określonym z góry celu i jeżeli inwestor stwierdza, że nastąpiło prawidłowe ukończenie inwestycji pod względem celu jakiemu ma służyć to oznacza osiągnięcie zamierzonego celu.

Co do przywołanych wyroków KIO to jest wyroku 02.10.2008r. o Sygn. akt KIO/UZP 995/08 to należy stwierdzić, że użyta argumentacja z tegoż wyroku do przedmiotowej sprawy jest bezużyteczna, ponieważ w stanie faktycznym przywołanej sprawy był wystawiony protokół odbioru robot z załącznikiem w postaci wykazu usterek do usunięcia w oznaczonym terminie, a w przedmiotowej sprawie był wystawiony dokument o nazwie „Referencja”, to jest dokument odczytywany z powodu samej nazwy jako dokument potwierdzający zadowolenie inwestora z wykonanych robót, a nie wzywający do usunięcia usterek.

Co do drugiego przywołanego Wyroku KIO z dnia 2 listopada 2010r. bez podania sygnatury akt to Izba może się tylko odnieść do cytatu z tego wyroku z powodu braku możliwości jego zidentyfikowania i zapoznania ze stanem faktycznym sprawy.

Odwołujący Skanska S.A. w W-wie podkreślił następujące fragmenty cytatu wyroku „Koniunkcja zawarta w tym przepisie pozwala na sformułowanie wniosku niezbędności kumulatywnego spełnienia dwóch warunków tj. realizacji roboty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej (co niewątpliwie potwierdzi Decyzja w przedmiocie wydania pozwolenia na użytkowanie) oraz prawidłowego ukończenia roboty budowlanej(...) Zamawiający zobowiązany do oceny dokumentów składanych przez wykonawców opiera się na przedstawionym materiale i nie może domniemywać, że zostały wypełnione przesłanki niezbędne do oceny tych dokumentów przesłanki.”

W ocenie Izby powyżej zacytowane fragmenty Wyroku, co do treści dokumentu potwierdzającego wykonanie roboty, zostały spełnione przez złożenie do oferty dokumentu z dnia 09.06.2011r., ponieważ nazwa tego dokumentu to „Referencja” a w treści końcowej dokumentu znajduje się zapis „Zadanie zostano zrealizowane terminowo” co wypełnia wymóg § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009r. Nr 226, poz.1817) w brzmieniu „zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

W związku z powyższym odwołanie Skanska S.A. w W-wie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy PZP oraz § 3 pkt 1 i pkt 2 w związku z § 5 ust.3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając w poczet kosztów postępowania kwotę 20.000,00zł wniesioną jako wpis od odwołania i zasądzając na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego

**Przewodniczący:**