

Sygn. akt: KIO/UZP 1519 /09

Sygn. akt: KIO/UZP 1520 /09

WYROK
z dnia 3 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2009 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Konsorcjum: WARBUD S.A. (pełnomocnik), Qumak-Sekom S.A., Al Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa,**
- B. Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie, Al A. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków** protestów:

A. z dnia 21 września 2009 r.

B. z dnia 21 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A. (pełnomocnik), Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 Wrobis S.A., ul Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania

odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1519 /09 i KIO/UZP 1520/09 po stronie Zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: WARBUD S.A., Qumak-Sekom S.A., Al Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1520 /09 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: WARBUD S.A., Qumak-Sekom S.A., Al Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa oraz Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: WARBUD S.A., Qumak-Sekom S.A., Al Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa,**
 - B** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 356 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt sześć złotych, zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A** kwoty **2 178 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące sto siedemdziesiąt osiem złotych, zero groszy) przez **Konsorcjum: WARBUD S.A., Qumak-Sekom S.A., Al Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** na rzecz **Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie, Al A. Mickiewicza 30,**

30-059 Kraków stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu i dojazdu na posiedzenie,

B kwoty **2 178 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące sto siedemdziesiąt osiem złotych, zero groszy) przez **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** na rzecz **Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie, Al A. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu i dojazdu na posiedzenie,

3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx

B kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx

4) dokonać zwrotu kwoty **35 538 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty **17 769 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: WARBUD S.A. (pełnomocnik), Qumak-Sekom S.A., Al Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa,**

B kwoty **17 769 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa.**

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

Zamawiający: Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu

nieograniczonego na "budowę Centrum Komputerowego (Centrum Informatyki) AGH - budynku dydaktycznego WEAliE w Krakowie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S-126836 w dniu 8 maja 2009 r.

W dniu 11 września 2009 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: Warbud S.A. Qumak-Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej Konsorcjum Warbud. Zamawiający poinformował również, iż wykluczył z postępowania 7 wykonawców i odrzucił oferty 9 wykonawców, w tym:

- Skanska S.A. ul. Gen. J. Zajączka 9 01-518 Warszawa – wykluczył na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp z powodu braku umowy NDI zaoferowanego systemu okablowania strukturalnego, potwierdzającej możliwość udzielenia 25-letniej gwarancji producenta na okablowanie strukturalne oraz odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności treści oferty z siwz, wynikającej z zaoferowania okładzin elewacyjnych, które nie spełniają parametrów równoważności, a ponadto ich zastosowanie spowodowałoby konieczność wprowadzenia istotnych zmian projektowych w dokumentacji,
- Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 Wrobis S.A. – wykluczył na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp z powodu braku umowy NDI zaoferowanego systemu okablowania strukturalnego, potwierdzającej możliwość udzielenia 25-letniej gwarancji producenta na okablowanie strukturalne oraz odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności treści oferty z siwz wynikającej z braku zestawienia materiałów do kosztorysu ofertowego nr 744 „okładziny zewnętrzne” (pkt 7.1.3 i 13.8 siwz).

Oferty obu ww. wykonawców zostały odrzucone również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ zostały złożone przez wykonawców wykluczonych z postępowania. Zamawiający wyjaśnił, iż nie wzywał ww. wykonawców do uzupełnienia niezłożonych dokumentów, ponieważ oferty tych wykonawców podlegały odrzuceniu.

A. Sygn. akt: KIO/UZP 1519 /09,

Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 Wrobis S.A. (zwane dalej Konsorcjum Mostostal) wniosło protest wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Warbud oraz wobec wykluczenia protestującego Konsorcjum Mostostal z postępowania i odrzucenia jego oferty, a także wobec zaniechania wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentów w trybie

przewidzianym w ustawie Pzp. Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2-4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 26 ust. 3 i 4 Pzp i przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zmianami) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 w zw. z art. 92 ust. 1 Pzp. Wykonawca wniósł w proteście o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia protestującego i odrzucenia jego oferty, wezwanie protestującego do uzupełnienia dokumentów, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wybór oferty protestującego jako najkorzystniejszej. Podniósł w uzasadnieniu, że z uwagi na:

- ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia,
- treść wyjaśnień zamawiającego z dnia 26 maja 2009 r. (odpowieź na pytanie 10, 11,12) potwierdzającą pomocniczy charakter przedmiarów robót, dopuszczenie możliwości pominięcia pozycji w zestawieniu materiałów i urządzeń oraz dokonywaną ocenę ww. zestawienia pod względem zgodności (równoważności) z materiałami i urządzeniami zastosowanymi w dokumentacji projektowej,

nie dołączenie kosztorysu rzeczowego (zestawienia materiałów i urządzeń) nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wykonawca wyjaśnił, że skoro dopuszczalne jest pominięcie pozycji to dopuszczalne jest tym bardziej pominięcie całego zestawienia. Wobec niezasadnego odrzucenia oferty brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy jako niespełniającego warunku udziału w postępowaniu - zamawiający winien wezwać protestującego do uzupełnienia dokumentu wymaganego w pkt 7.1.4 siwz (certyfikat lub umowa instalatora oferowanego systemu okablowania strukturalnego).

Konsorcjum Warbud zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się na skutek wniesienia ww. protestu. Przystępujący wniósł o oddalenie protestu. Stwierdził, że zamawiający zgodnie z obowiązującymi przepisami dokonał wykluczenia protestującego i odrzucenia jego oferty. Protestujący nie załączył do swojej oferty zestawienia materiałów do kosztorysu ofertowego nr 744 "Okładziny zewnętrzne", wymaganego w pkt. 13.8 siwz. Wymóg powyższy potwierdzają również odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców udzielone pismem z dnia 22 maja 2009r. (pkt. 11-13), pismem z dnia 26 maja 2009r. (pkt. 3 i 11), pismem z dnia 29 maja 2009r. (pkt 30). Zdaniem odwołującego oczywiste jest, że nie można utożsamiać pominięcia pozycji czy popełnienia błędu w zestawieniu z brakiem załączenia zestawienia, gdyż uniemożliwia to dokonanie oceny przez zamawiającego czy zaoferowane materiały i urządzenia są równoważne z materiałami i urządzeniami zastosowanymi w dokumentacji projektowej.

Za wyrokiem ZA z dnia 10 lipca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/O-977/07 odwołujący wskazał, że w przypadku ceny o charakterze ryczałtowym żądanie przedstawienia jej na podstawie kosztorysu opartego na przedmiarze robót stanowi w istocie żądanie przedstawienia dokumentu określającego przedmiot zamówienia, który wykonawca zobowiązuje się wykonać za cenę ryczałtową. Zatem wszelkie odstępstwa od przedmiaru przygotowanego przez zamawiającego w specyfikacji, a zawarte w ofercie, stanowią o jej niezgodności z treścią specyfikacji. W sytuacji, gdy oferta podlega odrzuceniu zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający uwzględnił protest w całości, dzieląc argumentację Konsorcjum Mostostal. Uznał, że w świetle ryczałtowego charakteru wynagrodzenia nawet nie złożenie w ofercie zestawienia materiałów i urządzeń nie może skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z siwz. Stwierdził, że wobec powyższego zachodzi podstawa do wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt 7.1.4 siwz w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający zapowiedział powtórzenie oprotestowanej czynności.

Konsorcjum Warbud wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uwzględnienie protestu w zakresie zarzutu odrzucenia oferty Protestującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez uwzględnienie protestu w zakresie zarzutu zaniechania wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentów ,
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez odstąpienie od wymagania załączenia do oferty protestującego zestawienia materiałów.

Odwołujący podniósł, że konieczność załączenia do oferty zestawienia zastosowanych materiałów i urządzeń wynika wprost z postanowień w pkt 7.3 i pkt 13.8 specyfikacji. Zauważył, że przed upływem terminu składania ofert zamawiający wielokrotnie wyjaśniał w odpowiedziach na pytania wykonawców, że załączenie ww. zestawienia do kosztorysów jest niezbędne. Przywołał odpowiedź na pytanie nr 13 z dnia 22 maja 2009 r., pytanie nr 3 z dnia 26 maja 2009 r., pytanie nr 11 z dnia 26 maja 2009 r., pytanie nr 30 z dnia 29 maja 2009 r., pytanie nr 16 z dnia 24 czerwca 2009 r. W ocenie odwołującego zamawiający określił jednoznacznie, że zestawienie materiałów „należy” załączyć do oferty. Zdaniem odwołującego "jedynie pomocniczy charakter przedmiarów robót" oraz możliwość pominięcia określonej pozycji w zestawieniu materiałów nie zmienia faktu, że ww. dokument był wymagany. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia

oferty w każdym przypadku nie załączenia do oferty określonego, wymaganego zgodnie z treścią siwz, dokumentu jeśli stanowi on treść oferty i nie ma przy tym znaczenia, jaki charakter zamawiający przypisał dokumentowi o nazwie "zestawienie materiałów". Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 7 maja 2009 r. sygn. KIO/UZP 534/09, wyrok z dnia 31 października 2008 r. sygn. KIO/UZP 1119/08, wyrok z dnia 18 lipca 2008 r. sygn. KIO/UZP 685/08).

Odwołujący podniósł, że uwzględniając protest zamawiający, po terminie składania ofert, zmienił katalog wymaganych dokumentów w odniesieniu do jednego z wykonawców, co jest przejawem nierównego traktowania i naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Wskazał, że argumentacja protestującego o możliwości wnioskowania zgodnie z zasadą a minori ad maius jest sprzeczna z podstawowymi zasadami logiki.

Zdaniem odwołującego nie załączenie do oferty zestawienia materiałów nie może być uznane za omyłkę, w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Skoro zamawiający dopuścił możliwość dokonywania zmian w przedmiarach robót, poprzez zaoferowanie materiałów równoważnych, to nie można dokonać poprawienia ww. błędu bez ingerencji wykonawcy. Charakter ceny nie ma tu znaczenia, gdyż istotą problemu jest zgodność treści oferty z treścią siwz. Podkreślił, że brak zestawienia materiałów nie jest wyłącznie brakiem formalnym, gdyż zestawienie to stanowi część oferty - deklarację co do sposobu wykonania zamówienia, a tym samym treść zobowiązania wykonawcy. Przywołał orzeczenia KIO: wyrok z dnia 25 stycznia 2008 r. sygn. KIO/UZP109/07, wyrok z dnia 8 lutego 2008 r. sygn. KIO/UZP 37/08, KIO/UZP 40/08.

Konsorcjum Mostostal zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał w uzasadnieniu, że brak zestawienia materiałów do kosztorysu ofertowego nr 744 „okładziny zewnętrzne” dotyczy faktycznie barku kilku pozycji, gdyż pozostałe wszystkie zestawienia materiałów i urządzeń zostały złożone w ofercie. Zauważył, że pozycje scalone i kalkulacje indywidualne nie musiały zawierać zestawień materiałów. Oświadczył, że w przypadku kosztorysu nr 744 wszystkie pozycje były liczone jako pozycje scalone i kalkulacje indywidualne, a nazwy materiałów są wpisane w opisie pozycji, zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

B. Sygn. akt: KIO/UZP 1520 /09,

Wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł protest wobec wykluczenia i odrzucenia jego oferty oraz wobec wyboru oferty Konsorcjum Warbud jako

najkorzystniejszej. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 22 ust. 2, art. 24 ust. 1 pkt. 10, art. 24 ust. 2 pkt. 3, art. 24 ust. 4, art. 25 ust. 1 pkt. 2, art. 26 ust. 3 i ust. 4, art. 36 ust. 2 pkt. 4, art. 38 ust. 4, art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 Pzp oraz postanowień siwz w pkt. 3.2, pkt. 3.3, pkt. 6.2.2,d, pkt 6.2.2.3, pkt. 7.1.4, pkt 13.10 i pkt 13.11.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, o powtórzenie czynności oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do podstawy wykluczenia, wskazanej w zawiadomieniu, odwołujący wskazał, że w treści siwz w pkt. 3.2 zamawiający wymagał udzielenia gwarancji na instalację sieci strukturalnych - certyfikatu producenta okablowania udzielonego bezpośrednio końcowemu użytkownikowi stanowiącego 25-letnie zobowiązanie gwarancyjne dotrzymania parametrów jakościowych i materiałowych. W pkt. 7.1 siwz zamawiający wymagał przedłożenia w ofercie "Certyfikatu lub umowy instalatora oferowanego systemu okablowania strukturalnego". Powyższe oznacza, że zamawiający dopuścił alternatywnie dwa niezależne dokumenty. Odwołujący przedstawił certyfikaty instalatora (firmy AMP NETCONNECT) zgodnie z siwz - dla jednej osoby posiadającej uprawnienia do projektowania i certyfikowania i dwóch osób posiadających uprawnienia do instalowania (w systemie AMP NETCONNECT), co spełnia ww. wymagania. Przedstawił również własne oświadczenie, w którym zobowiązał się do udzielenia 25-letniej gwarancji na okablowanie strukturalne oraz zobowiązanie producenta okablowania, do udzielenia takiej gwarancji po wykonaniu ww. instalacji. Podkreślił, że zamawiający w razie wątpliwości mógł wezwać odwołującego do uzupełnienia Umowy NDI. Odwołujący zauważył, że Konsorcjum: Warbud złożyło w ofercie wyłącznie umowę NDI, w której nie ma mowy o 25-letniej gwarancji, ani o możliwości jej udzielenia. Podobnie w ofercie Konsorcjum Budimex-Dromex przedstawiono umowę NDI wraz z załącznikiem, który nie został podpisany. Wobec powyższego, zdaniem odwołującego jego oferta została złożona zgodnie z wymaganiami, co potwierdził sam zamawiający w protokole postępowania (DRUK ZP-17).

Odwołujący podniósł, że zmiana wymagań zawartych w siwz, po otwarciu ofert, stanowi nadużycie art. 38 ust. 4 Pzp, a tym samym możliwość bezzasadnego zastosowania względem odwołującego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt. 3, art. 24 ust. 4, a w konsekwencji art. 25 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp.

Odnosząc się do podstawy odrzucenia oferty, odwołujący podniósł, że w pkt. 3.3 siwz zamawiający dopuścił możliwość składania ofert równoważnych, a w pkt. 13.10 - zastosowanie równoważnych zamienników materiałów i urządzeń pod warunkiem, że te materiały i urządzenia są istotnie równoważne z określonymi w dokumentacji technicznej,

przy czym zaoferowanie urządzeń lub materiałów równoważnych nie mogło prowadzić do zmiany projektu. Zdaniem odwołującego, z powyższego wynika, że inne parametry mogły być zmienne przy zachowaniu właściwości danego materiału w kontekście dokumentacji projektowej i przeznaczenia w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oraz zgodnie z obowiązującymi normami i standardami.

Zamawiający określił znakiem towarowym płyty elewacyjne jako płyty Fibre C np. firmy Rieder, dołączając dane techniczne producenta z karty katalogowej, dlatego też należało domniemywać, iż zastosowanie materiału o podobnych lub zbliżonych parametrach, ale nie zmieniające projektu, będzie zaakceptowane jako rozwiązanie równoważne. W ofercie odwołującego zastosowano płyty elewacyjne HPL, które nie wpływają na zmianę projektu, mają zbliżone lub nawet lepsze parametry, a tym samym są „istotnie równoważne”. Ponadto zdaniem odwołującego zamontowanie okładziny z płyt HPL nie powoduje konieczności zmian projektowych, co wynika z podstawowych parametrów tego materiału.

Odwołujący zauważył, że zamawiający uznał za równoważne wprowadzone przez innych wykonawców zamiennie urządzenia, np. zamianę żaluzji SELT na żaluzje WAREMA oraz wind osobowych OTIS na SCHINDLER mimo, iż parametry ww. urządzeń są inne od określonych w siwz (żaluzje: wymiary szyny głównej, grubość lameli, wymiary szyny dolnej, prowadnicy, rodzaj napędu i parametry taśmy podnoszącej, windy: udźwig, rodzaj sterowania, moc, wymiary nadszybia i podszybia, wysokość i szerokość kabiny).

W przypadkach zaoferowania przez innych wykonawców materiałów i urządzeń prowadzących do zmiany projektu, które zamawiający uznał za nierównoważne, korzystając z zapisów pkt. 13.11 siwz dokonał ich poprawy na podane w dokumentacji. W ofercie Konsorcjum Warbud zmiana dotyczyła central wentylacyjnych.

Odwołujący wskazał na brak definicji równoważności w ustawie Pzp i przytoczył próby definicji ww. pojęcia z piśmiennictwa i orzecznictwa (wyrok ZA z dnia 05.06.2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-711/03, wyrok KIO z dnia 21.05.2009 r., sygn. akt KIO/UZP/585/09, wyrok z dnia 21 maja 2009 r. KIO/UZP 588/09, wyrok z dnia 2009.04.09 sygn. akt KIO/UZP 408/09, wyrok z dnia 7 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 782/09). Stwierdził, iż zgodnie z pkt 13.11 siwz, w przypadku wątpliwości co do równoważności zaproponowanych w ofercie zamienników, zamawiający w porozumieniu z projektantem, na etapie badania oferty mógł wymagać wykazania (udokumentowania) równoważności, a w przypadku jej nie wykazania, zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp powinien poprawić ofertę w zakresie materiałów i urządzeń na podane w dokumentacji, bez zmiany wynagrodzenia. Zamawiający nie zastosował ww. procedury wobec oferty odwołującego mimo, iż wątpliwości dotyczyły materiałów i urządzeń zamiennych porównywalnych do oferty wybranej, którą zamawiający poprawił w tym trybie. Odwołujący zauważył, że części zaoferowanych przez wybrane Konsorcjum urządzeń zamiennych nie można było uznać za równoważne ze względu na konieczność

zmian w dokumentacji projektowej, wskazując jako przykłady zaoferowane centrale wentylacyjne w kosztorysie nr 757-11, Wentylacja Cz. II, w kosztorysie nr 757-III, Wentylacja Cz.III, w kosztorysie nr 757-111, Wentylacja Cz.III oraz wodomierz skrzydełkowy w kosztorysie nr 751,752 Wymiennikownia ciepła. Wskazał, że do wyjaśnień treści oferty nie wzywano również Konsorcjum Mostostal, co potwierdza łamanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bezstronności.

Do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia protestu zgłosiło przystąpienie Konsorcjum Warbud wnosząc o oddalenie protestu. Przystępujący wskazał, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią siwz – zaoferowany przedmiot zamówienia nie zapewnia realizacji zamówienia w sposób opisany w siwz. Zaoferowany materiał nie może być uznany za równoważny, gdyż nie posiada parametrów zgodnych z tymi jakich wymagał zamawiający. Jego zastosowanie spowodowałoby konieczność wprowadzenia istotnych zmian projektowych w dokumentacji, w tym modyfikacji wyrazu architektonicznego budynku. Wskazał, że możliwość żądania wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp występuje tylko w przypadku powstania wątpliwości. Zamawiający nie miał wątpliwości co do niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz. Niezgodność ta nie mogła zostać usunięta poprzez dokonanie poprawek, gdyż prowadziłoby to do istotnych zmian w treści oferty, co jest niedopuszczalne.

Do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia protestu zgłosiło również przystąpienie Konsorcjum Mostostal wnosząc o oddalenie protestu i popierając stanowisko zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający oddalił protest jako niezasadny. W uzasadnieniu stwierdził, że element elewacyjny ma podstawowe znaczenie dla wyrazu i jakości architektury. Płyty zaoferowane przez odwołującego powodują zmianę wyrazu architektonicznego i obniżenie jakości architektury. Stanowią de facto inny materiał, o znacznie (ok. czterokrotnie) niższej cenie. Dopuszczenie tego materiału jako równoważnego spowodowałoby, iż pozostali wykonawcy, którzy zaoferowali materiał zgodny z dokumentacją, nie byłoby w stanie konkurować na równych prawach. Jednocześnie w ocenie zamawiającego poprawienie treści oferty w tym zakresie nie jest możliwe w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż spowodowałoby istotną zmianę treści oferty, mającą wpływ na wynik przetargu.

Wykonawca wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Podtrzymał w odwołaniu zarzuty i argumentację zawartą w proteście. Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia

jego oferty, o nakazanie powtórzenia oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Stwierdził, iż wykazał posiadanie wymaganego potwierdzenia 25-letniej gwarancji na system okablowania strukturalnego, ponadto jego oferta jest zgodna z treścią siwz, a zaproponowane rozwiązanie równoważne spełnia zawarte w siwz kryteria równoważności.

W ocenie odwołującego zamawiający inaczej potraktował wybranego Konsorcjum wzywając je do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87. ust. 1, a następnie poprawiając w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 i pkt. 13.11 siwz, treść oferty. W takiej samej sytuacji odrzucił ofertę odwołującego bez żądania wyjaśnień. Zamawiający poprawił w ofercie Konsorcjum Warbud 53 omyłki. Wezwał do wyjaśnienia treści ofert również innych wykonawców. Nie wzywał natomiast wykonawców którzy złożyli dwie oferty najkorzystniejsze pod względem ceny, co potwierdza dążenie zamawiającego do wyboru oferty Konsorcjum Warbud.

Odwołujący wskazał, że płyty HPL są materiałem należącym do tej samej grupy materiałów budowlanych, co preferowane płyty Fibre C - są to okładziny elewacyjne. Stwierdził, iż w rozstrzygnięciu protestu zamawiający podał kolejne warunki równoważności tj. rodzaj materiału, mający znaczenie dla wyrazu i jakości architektury. Wskazał, że bezpodstawne są twierdzenia o niskiej jakości zaoferowanego materiału, który posiada certyfikat zgodności Nr ITB-1514/W określony jako laminat elewacyjny Kronoplan, posiadający Aprobata techniczną ITB AT-15-6135/2004 i Klasyfikację ogniową NP.-1275.4/P/07/MŻ z dnia 12.08.2008 r., Raport klasyfikacyjny w zakresie reakcji na ogień nr NP.-1275.3/P/07/MŻ. Podkreślił, że płyty HPL spełniają wszelkie wymagania wynikające z obowiązujących ustaw i rozporządzeń. Podniósł, że zamawiający nie odniósł się do podstawowych zarzutów zawartych w proteście. Działanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez dążenie konsekwentnie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Konsorcjum: Warbud przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wykonawca podniósł brak interesu prawnego odwołującego we wniesieniu odwołania oraz wskazał, że zamawiający opisał płyty elewacyjne w różny sposób w przedmiarach i w projekcie. Zamawiający określił rodzaj materiału, natomiast znakiem towarowym/nazwą producenta oznaczył przykładowy produkt. Za równoważne można zatem uznać produkty innych firm, ale musiały to być płyty z betonu architektonicznego zbrojonego włóknem szklanym, a nie płyty z dowolnego innego materiału. Podkreślił, że zmiana materiału w tym przypadku powoduje obniżenie ceny oferty o około 1,5 mln złotych.

Konsorcjum Mostostal przystąpiło do postępowania odwoławczego również po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego. Wskazał, że zaoferowany przez odwołującego produkt nie jest

materiałem włóknowo-betonowym lecz laminatem celulozowym, a zatem nie może być zaliczony do grupy produktów równoważnych. Podkreślił, iż możliwość złożenia wyjaśnień i poprawienia ewentualnej niezgodności treści oferty z siwz jako omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może mieć miejsca w przypadku zaoferowania produktów nie mieszczących się w klasie produktów wymaganych w siwz. Ponadto z uwagi na znaczną różnicę w cenie materiału nie można takiej omyłki uznać za nieistotną.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że obaj odwołujący legitymują się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Biorący udział w postępowaniu odwoławczym wykonawcy złożyli oferty, które zajmują trzy kolejne pozycje pod względem ustalonego w postępowaniu kryterium oceny ofert – najniższa cena z wagą 100%. Najtańszą ofertę złożył wykonawca Skanska S.A., drugą pod względem ceny – Konsorcjum Mostostal, a trzecią – Konsorcjum Warbud, przy czym dwie pierwsze oferty zostały odrzucone przez zamawiającego, a wykonawcy wykluczeni z postępowania, natomiast trzecia oferta została uznana za najkorzystniejszą. Biorąc pod uwagę powyższe, w przypadku potwierdzenia się, iż zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu Konsorcjum Warbud przepisy ustawy Pzp, które uwzględnił w rozstrzygnięciu protestu Konsorcjum Mostostal oraz jednocześnie potwierdzenia się podstaw do odrzucenia oferty odwołującego Skanska S.A., oferta złożona przez Konsorcjum Warbud pozostałaby najkorzystniejszą w postępowaniu, zgodnie z decyzją zamawiającego z dnia 11 września 2009 r. Konsorcjum Warbud wykazało interes prawny wnosząc samodzielnie odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez Konsorcjum Mostostal oraz przystępując do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wobec odwołania wniesionego przez Skanska S.A. Wykonawca Skanska S.A. złożył ofertę z najniższą ceną, a zatem w przypadku potwierdzenia się co najmniej zarzutów dotyczących niezasadnego odrzucenia oferty tego wykonawcy lub jego wykluczenia z postępowania, co podnosił odwołujący w proteście i odwołaniu, oferta tego wykonawcy podlegałaby uznaniu

za najkorzystniejszą. Wobec powyższego Izba uznała, że interes prawny odwołujących w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzucanego przez odwołujących naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

A. Sygn. akt: KIO/UZP 1519 /09,

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez uwzględnienie protestu w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający określił ryczałtowy sposób wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Rodzaj wynagrodzenia nie budził sporu, strony i uczestnicy postępowania przyznali ten fakt jako niesporny. Z treści pkt 7.1.3 siwz wynika, że wykonawcy zobowiązani byli złożyć w ofercie kosztorys ofertowy oraz stanowiący jego integralną część wykaz materiałów (z uwzględnieniem cen jednostkowych). Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 13.8 siwz wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do oferty kosztorysy ofertowe, które powinny zawierać wycenę co najmniej elementów robót z podaniem ich cen jednostkowych, opisem technologii wykonania robót oraz zestawienie zastosowanych materiałów i montowanych urządzeń wraz z ich cenami jednostkowymi. Zamawiający zastrzegł w specyfikacji (pkt 13.12), że kosztorysy ofertowe nie podlegają ocenie w zakresie: omyłek w obliczeniu ceny, innych niż wynikające z dokumentacji i przedmiarów ilości materiałów i urządzeń, zastosowania innych niż w przedmiarach podstaw wyceny, pominięcia którejkolwiek pozycji przedmiaru. Jak wskazał zamawiający w postanowieniu pkt 13.14 zestawienie materiałów i urządzeń miało być oceniane pod względem zgodności (równoważności) z zastosowanymi materiałami i urządzeniami w dokumentacji technicznej. Jednocześnie, w przypadku pominięcia pozycji zestawienia materiałów i urządzeń, wynikających z dokumentacji, w tym z przedmiarów i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wykonawca został zobowiązany na etapie realizacji zamówienia dostarczyć i wbudować materiały i urządzenia w ilości i rodzaju określonym w dokumentacji (pkt 13.15). W ramach wyjaśnień powyższych postanowień w trybie odpowiedzi na pytania wykonawców zamawiający nie dokonał ich modyfikacji lecz potwierdził treść zawartą w specyfikacji.

Konsorcjum Mostostal nie załączyło do swojej oferty zestawienia materiałów do kosztorysu ofertowego nr 744 "Okładziny zewnętrzne", co nie jest sporne w sprawie. Kosztorys ofertowy nr 744 jest kosztorysem częściowym dotyczącym wyłącznie „okładzin zewnętrznych”. W kosztorysie tym wykonawca w opisie poszczególnych pozycji zawarł rodzaj oferowanych materiałów.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Niezgodność treści oferty z treścią siwz, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z treścią wymagań zawartych w siwz wykonawcy byli zobowiązani złożyć w ofercie wraz z kosztorysem ofertowym zestawienie materiałów i urządzeń. Nie można pominąć jednak regulacji szczegółowych odnoszących się do tego obowiązku, które zamawiający zawarł w specyfikacji. Zamawiający dopuścił możliwość pominięcia pozycji, nie wskazując maksymalnej liczby pominiętych pozycji. Pominięcie zatem określonej liczby pozycji, niezależnie od faktu czy znajdują się w jednym kosztorysie częściowym czy w kilku kosztorysach częściowych, nadal stanowi pominięcie pozycji. Za brak zestawienia materiałów w ogóle w świetle ww. postanowienia można uznać jedynie niezłączenie zestawienia do żadnego z kosztorysów częściowych. Zestawienie materiałów i urządzeń nie było wymagane w celu zapewnienia wyceny robót dodatkowych, obniżenia wynagrodzenia w przypadku rezygnacji przez zamawiającego z części robót lub zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadkach określonych w umowie, co podnosił odwołujący, gdyż zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 13.13 podstawę do ww. rozliczeń stanowią kosztorysy ofertowe. Zestawienie materiałów i urządzeń miało stanowić podstawę do oceny równoważności zaoferowanych materiałów i urządzeń. Z tego punktu widzenia brak zestawienia do kosztorysu nr 744 nie skutkuje brakiem możliwości dokonania oceny treści oferty, ponieważ zaoferowane materiały zostały wskazane w opisie pozycji ww. kosztorysu. Taki sposób wskazania materiałów i urządzeń (w pozycjach kosztorysu) został dopuszczony przez zamawiającego w przypadku, gdy materiały występują tylko w pozycjach scalonych i kalkulacjach indywidualnych przedmiarów robót, co jednoznacznie wynika z treści wyjaśnień zamawiającego – odpowiedź na pytanie nr 134 zawarte w piśmie z dnia 24 czerwca 2009 r. Kalkulacja indywidualna została również przewidziana dla pozycji z tego przedmiaru w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych „Okładziny zewnętrzne”. W omówionym względzie kosztorys ofertowy złożony przez Konsorcjum Mostostal spełnia wymagania specyfikacji.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że zamawiający przewidział w specyfikacji sposób postępowania w przypadku pominięcia przez wykonawcę pozycji w zestawieniu wskazując, że wykonawca będzie wówczas zobowiązany do dostarczenia i wbudowania materiałów i urządzeń w ilości i rodzaju wskazanym w dokumentacji. Zatem dopuszczony przez zamawiającego brak pozycji w zestawieniu materiałów nie mógł stanowić podstawy do uznania oferty za niezgodną z treścią siwz.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że brak w ofercie osobnego dokumentu „zestawienie materiałów i urządzeń” do jednego z kosztorysów częściowych (nr 744) nie

może być uznany za brak oświadczenia wykonawcy (zobowiązania) co do sposobu wykonania zamówienia w danym zakresie i nie stanowi niezgodności treści oferty złożonej przez Konsorcjum Mostostal z treścią specyfikacji przedmiotowego zamówienia.

W tych okolicznościach nie można również uznać, że zamawiający odstąpił w przypadku oferty Konsorcjum Mostostal od wymagania zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącego załączenia do oferty protestującego zestawienia materiałów, co oznaczałoby naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez uwzględnienie protestu w zakresie zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum Mostostal do uzupełnienia dokumentów. Konsorcjum Mostostal nie kwestionowało braku złożenia w ofercie umowy NDI potwierdzającej możliwość udzielenia 25-letniej gwarancji producenta na okablowanie strukturalne – wymagane w pkt 3.2 i 7.1.4 siwz. Wobec stwierdzenia, że oferta złożona przez Konsorcjum Mostostal nie podlega odrzuceniu, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wymaganych dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, a których wykonawca nie złożył w ofercie.

B. Sygn. akt: KIO/UZP 1520 /09,

Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego Skanska S.A., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pkt. 13.10 specyfikacji zamawiający dopuścił możliwość zastosowania przez wykonawców równoważnych zamienników materiałów i urządzeń pod warunkiem, że materiały i urządzenia zaproponowane są „istotnie” równoważne z określonymi w dokumentacji technicznej. Jednocześnie zastrzegł, że zaoferowanie urządzeń lub materiałów równoważnych nie może prowadzić do zmiany projektu. Powyższe zostało potwierdzone przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie wykonawcy w piśmie z dnia 24 czerwca 2009r., w którym zamawiający wyjaśnił, iż „...dopuszcza się stosowanie rozwiązań równoważnych. Zamawiający nie zamierza stosować ograniczeń w tym względzie”. Zgodnie z pkt. 13.11 siwz, zamawiający przewidział tryb postępowania z ofertą w przypadku zaistnienia wątpliwości co do równoważności zaoferowanych materiałów lub urządzeń: „...zamawiający w porozumieniu z projektantem na etapie badania oferty może wymagać wykazania (udokumentowania) równoważności. W przypadku nie wykazania równoważności,

zamawiający zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp dokona poprawy materiałów i urządzeń na podane w dokumentacji bez zmiany wynagrodzenia."

W przedmiarze robót opisano pozycje dotyczące elewacji, jako: „Dostawa i montaż płyt elewacyjnych z betonu z włóknem szklanym w kolorze na konstrukcji wsporczej w technologii np. Fibre C f-my Rieder” (przedmiar nr 744, poz.2-5), natomiast w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych „Okładziny zewnętrzne” (PW/A - oz pkt 1.1), jako przedmiot specyfikacji, wskazano: dostawę, wykonanie i odbiór montażu: „płyty elewacyjnych z betonu z włóknem szklanym technologia FIBRE np. f-my Rieder”. W pkt 2.2 ww. specyfikacji technicznej wskazano jako „materiały” „płyty ściennie fibre C np. f-my Rieder lub równoważne” oraz w dalszej treści, że „fibre C” jest to „beton z włóknem szklanym”.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia równoważności. W ocenie Izby zwroty „lub równoważny” dodany do opisu produktu wskazanego za pomocą znaku towarowego/producenta oznacza, że zamawiający dopuszcza produkt zbliżony pod względem parametrów technicznych lub jakościowych do produktu oznaczonego producenta. Produkt „równoważny” nie oznacza identyczności z produktem wskazanym w specyfikacji, lecz musi posiadać zbliżone cechy i parametry, które są istotne dla zamawiającego. Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie.

Z treści przytoczonych wyżej opisów okładzin zewnętrznych, zawartych w dokumentacji technicznej przedmiotu zamówienia, wynika, że zamawiający określił wymagany rodzaj materiału jako „płyty elewacyjne wykonane z betonu z włóknem szklanym”, natomiast znakiem towarowym/nazwą producenta oznaczył przykładowy produkt. Zamawiający opisał wskazany rodzaj materiału poprzez podanie charakteryzujących go parametrów technicznych, nie zakreślając jednak granicznych parametrów technicznych równoważności. Za równoważne należy zatem uznać inne produkty danego rodzaju, które są „istotnie” równoważne. Zdaniem Izby oznacza to, że za równoważny, w tym przypadku, można uznać produkt, który co najmniej stanowi ten sam rodzaj materiału budowlanego tj. płyty z betonu z włóknem szklanym, wymaganej przez zamawiającego klasy A1. Parametr „klasy materiału budowlanego” należy uznać za istotny, biorąc pod uwagę choćby doświadczenie życiowe. Zamawiający dopuścił jako równoważne produkty wskazanego rodzaju - wykonane przez innych producentów. W treści pisma z dnia 29 września 2009 r. APA Czech-Duliński-Wróbel Agencja Projektowa ARCHITEKTURA Sp. z o.o. w Krakowie potwierdziła, że funkcjonuje na rynku co najmniej kilku producentów płyt elewacyjnych z betonu z włóknami szklanymi, któremu to twierdzeniu odwołujący nie zaprzeczył.

Odwołujący w swojej ofercie zaproponował, zamiast opisanych przez zamawiającego płyt elewacyjnych z betonu z włóknem szklanym typu Fibre C, okładziny HPL. Odwołujący twierdził, że zaoferowane płyty HPL są materiałem należącym do tej samej grupy materiałów budowlanych, co określone w siwz płyty Fibre C, a mianowicie są to „okładziny elewacyjne”.

Zdaniem Izby, odwołujący w sposób nieuzasadniony uogólnił określenie materiału użyte w specyfikacji przy jego opisie. Zamawiający nie określił w dokumentacji materiału przez użycie zwrotu „okładziny elewacyjnej”, lecz jednoznacznie wskazał rodzaj materiału jako płyty betonowe. Przykładowy produkt podany z nazwy posłużył wyłącznie do opisu parametrów. Zgodzić się należy z odwołującym, iż w przypadku zastosowania przez zamawiającego pojęcia „okładziny elewacyjnej” - o szerszym zakresie niż pojęcie „płyty z betonu z włóknem szklanym” należałoby uznać, że płyty HPL, niewątpliwie wykonane z innego materiału niż beton z włóknem szklanym, są materiałem równoważnym, gdyż stanowią rodzaj okładziny elewacyjnej.

Odwołujący twierdził także, że zaproponowany materiał posiada certyfikat zgodności Nr ITB-1514/W określony jako laminat elewacyjny Kronoplan, Aprobata techniczną ITB AT-15-6135/2004 i Klasyfikację ogniową NP.-1275.4/P/07/MŻ z dnia 12.08.2008 r., Raport klasyfikacyjny w zakresie reakcji na ogień nr NP-1275.3/P/07/MŻ oraz spełnia wszelkie wymagania wynikające z obowiązujących ustaw i rozporządzeń. Powyższe okoliczności nie były kwestionowane przez zamawiającego w postępowaniu i w ocenie Izby nie mają wpływu na ocenę zaoferowanego materiału pod kątem równoważności do materiału określonego w dokumentacji technicznej. W stosunku jednak do parametru, który, zdaniem Izby, słusznie wskazał zamawiający jako istotny tj. klasy materiału budowlanego (A1), odwołujący potwierdził, iż zaoferowane płyty posiadają klasę B2, co potwierdza brak równoważności.

Zważywszy na zastrzeżenie zawarte w specyfikacji, że „zaoferowanie urządzeń lub materiałów równoważnych nie może prowadzić do zmiany projektu”, Izba uznała, że ma ono istotne znaczenie dla oceny równoważności, jako tzw. parametr graniczny. Izba zgodziła się z twierdzeniem zamawiającego, iż zmianę projektu stanowi m.in. zmiana materiału budowlanego przewidzianego w projekcie jako elewacje z płyt z betonu z włóknem szklanym. Element elewacyjny ma podstawowe znaczenie dla wyrazu i jakości architektury. Powyższe przyznał również odwołujący w treści odwołania stwierdzając, że „elewacja budynku ...Spełnia również funkcję dekoracyjną nadając budynkowi odpowiedni wyraz architektoniczny.” Izba uznała, że przedłożone do akt sprawy przez odwołującego dokumenty: Opinia techniczna w sprawie ustalenia możliwości zastosowania płyt elewacyjnych HPL Kronoplan jako materiału równoważnego do płyt betonowych Fibre C Riedel na elewacji budynku Centrum Komputerowego AGH ul. Nawojki w Krakowie, opracowana przez rzeczoznawcę budowlanego Bogusława U. Zespołu Rzeczoznawców Budowlanych PZITB Oddział w Rzeszowie z czerwca 2009 r. oraz Opinia techniczna z zakresu ochrony przeciwpożarowej z dnia 15 czerwca 2009 r. opracowana przez rzeczoznawcę do spraw zabezpieczenia przeciwpożarowego mgr inż. Lucjana G. nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie równoważności zaoferowanych materiałów i ich wpływu na zmiany w projekcie, gdyż dotyczą płyt HPL o grubości 13 mm, podczas gdy przedmiotem

oferty odwołującego są płyty o grubości 8 mm, co wynika z treści kosztorysu nr 744 i zestawienia materiałów. Potwierdził ten fakt również odwołujący na rozprawie.

Próbki obu rodzajów materiału były przedmiotem oględzin przez Izbę w toku rozprawy. W ocenie Izby, materiał betonowy różni się w sposób wyraźny od materiału HPL fakturą i głębią koloru. Wygląd jest oczywiście kwestią oceny i preferencji. Decyzję w tym przedmiocie podjął zamawiający w ramach projektu, który określa jednoznacznie rodzaj materiału elewacyjnego. Fakt, iż płyty HPL należą do innej grupy materiałowej oraz konieczność wprowadzenia zmian projektowych w przypadku zastosowania płyt HPL (oraz różnice w podstawowych parametrach technicznych) zostały potwierdzone w sposób zbieżny i zgodny w opinii do kosztorysu ofertowego Firmy Skanska S.A. (kosztorys nr 744 – Okładziny zewnętrzne poz. 2, 3, 4, 5) i dokumencie „sprawdzenie kosztorysów ofertowych” opracowanych przez autora projektu, złożone przez zamawiającego oraz w Ocenie technicznej, wydanej przez Ośrodek Rzeczoznawstwa i Techniki Budowlanej Oddziału Warszawskiego Polskiego Związku Inżynierów i Techników Budownictwa z listopada 2009 r. opracowanej przez dr inż. Leopolda K., złożonej do akt sprawy przez przystępującego Konsorcjum Warbud.

Wobec dokonanych ustaleń, w świetle postanowień specyfikacji nie można uznać, iż zaoferowane przez odwołującego płyty HPL stanowią materiał budowlany istotnie równoważny do płyt betonowych z włóknem szklanym, opisanych przez zamawiającego w dokumentacji technicznej i nie powodują zmian w dokumentacji projektowej.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku zastosowania wobec oferty odwołującego art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz postanowienia zawartego w pkt 13.11 siwz, Izba uznała, iż zarzut ten jest nieuzasadniony. Stosownie do art. 87 ust. 1 Pzp zamawiający może żądać wyjaśnień treści oferty. Możliwość żądania wyjaśnień przeradza się w obowiązek wówczas, gdy treść oferty budzi wątpliwości, zawiera sprzeczne lub niejasne oświadczenia bądź informacje. Jak wyjaśnił zamawiający w przypadku oferty odwołującego zamawiający nie miał wątpliwości co do braku równoważności zaoferowanego materiału. Wobec uznania przez zamawiającego, iż płyty HPL nie są równoważne materiałowi określonymu w siwz, stosownie do treści postanowienia 13.11 był on zobowiązany do poprawienia materiałów na podane w dokumentacji, bez zmiany wynagrodzenia – zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co należy podkreślić. Wobec powyższego, odwołując się do treści wskazanego przepisu ustawy Pzp, poprawieniu w trybie pkt 13.11 siwz mogły podlegać tylko elementy skutkujące niezgodnością oferty z siwz – niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie treści oferty odwołującego w zakresie płyt elewacyjnych nie jest możliwe w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż niezgodność (błąd w treści oferty) ma istotny wpływ na wynik postępowania - jego poprawienie jest niedopuszczalne, jako powodujące istotną zmianę treści oferty.

Z porównania wyceny omawianych pozycji kosztorysu przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu wynika, że płyty HPL są około 4-krotnie tańsze od płyt betonowych z włóknem szklanym, a w skali przedmiotu zamówienia zaoferowanie ww. płyt skutkuje obniżeniem ceny oferty o około 1,5 mln złotych. Dokonanie poprawy powyższej niezgodności, jako innej omyłki w treści oferty, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie mieści się w hipotezie ww. przepisu, z uwagi na znaczną wagę omawianego błędu dla treści oferty.

W danym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez uniemożliwienie odwołującemu złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp lub niepoprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, a także nie zastosowania wobec odwołującego postanowienia zawartego w pkt. 13.11 siwz. Sam fakt, iż zamawiający wezwał w tym trybie, do wyjaśnienia treści złożonych ofert innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, w tym wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie dowodzi nierównego traktowania wykonawców przez zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu braku złożenia w ofercie umowy NDI potwierdzającej możliwość udzielenia 25-letniej gwarancji producenta na okablowanie strukturalne, Izba ustaliła i zważyła:

W pkt 3.2 siwz zamawiający wymagał udzielenia przez wykonawcę gwarancji m.in. na instalacje sieci strukturalnych na okres min. 25 lat i certyfikatu producenta okablowania udzielonego bezpośrednio końcowemu użytkownikowi i stanowiącego 25-letnie zobowiązanie gwarancyjne dotrzymania parametrów jakościowych i materiałowych oraz w pkt. 7.1.4 siwz przedłożenia przez wykonawców w ofercie "Certyfikatu lub umowy instalatora oferowanego systemu okablowania strukturalnego".

Odwołujący twierdził, iż przedstawione w jego ofercie certyfikaty instalatora (firmy AMP NETCONNECT) wystawione dla jednej osoby, posiadającej uprawnienia do projektowania i certyfikowania i dwóch osób, posiadających uprawnienia do instalowania (w systemie AMP NETCONNECT) spełniają powyższe wymaganie zamawiającego. Odwołujący złożył również w ofercie pismo Tyco Electronics z dnia 7 października 2008r. potwierdzające, iż „firma ADT Poland Sp. z o.o. spełniła wszystkie warunki, by posiadać status Licencjonowanego Przedsiębiorstwa Projektowania i Instalacji Tyco Electronics/AMP NETCONNECT wraz z ważną umową NDI oraz aktualnymi wszystkim załącznikami.”

Na wstępie Izba uznała, że certyfikaty przywołane przez odwołującego dotyczą warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych uprawnień osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca w celu wykonania zamówienia, określonego

w pkt 6.2.2 siwz i nie mają związku z wymaganiem dotyczącym zapewnienia gwarancji. Zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy, że umowa NDI jest dokumentem stanowiącym podstawę do wystawienia certyfikatu 25-letniej gwarancji systemowej producenta, w przypadku firmy Tyco Electronics/AMP NETCONNECT, której system okablowania zaoferował odwołujący. Powyższe jest związane z procedurą udzielania bezpłatnej gwarancji producenta oraz certyfikatu gwarancji systemowej, co zostało potwierdzone w treści pisma ww. firmy, które zamawiający złożył do akt sprawy. Z treści pisma Tyco Electronics/AMP NETCONNECT złożonego przez odwołującego w ofercie nie wynika, że firma ADT Poland Sp. z o.o. uzyskała wymienione w tym piśmie dokumenty. Okoliczność „spełniła wszystkie warunki” nie jest równoznaczna z posiadaniem zawartej umowy. Wobec powyższego Izba uznała, że odwołujący nie złożył w ofercie dokumentu wymaganego w pkt 7.1.4 siwz.

Biorąc pod uwagę, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 zamawiający nie miał obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentu. Wymagany dokument nie stanowi jednak dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie jest wymagany do potwierdzenia spełniania któregokolwiek z warunków, określonych w pkt 6 siwz. Dokument wymagany w pkt 7.1.4 to dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. W tych okolicznościach, wykonawca nie podlega wykluczeniu jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu, których katalog określa art. 22 ust. 1 Pzp, lecz oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że zamawiający wykluczając odwołującego wskazał nieprawidłową podstawę prawną, co nie zmienia faktu, że skoro oferta podlega odrzuceniu z innej przyczyny, to zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, określonego w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazane wyżej naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie miały i nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania, a zatem stosownie do dyspozycji przepisu art. 191 ust. 1a Pzp nie mogą stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

W ustalonych okolicznościach brak jest także podstaw do uznania, że zamawiający, poprzez przyjętą interpretację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie żądanych dokumentów (pkt 7.1.4 siwz), dokonał zmiany wymagań (treści specyfikacji) po otwarciu ofert, czym naruszył przepis art. 38 ust. 4 Pzp.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie wyboru oferty, której treść, w chwili jej złożenia była niezgodna z siwz, a cena nie przedstawiała 100 % wg kryterium oceny ofert, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp. Izba wzięła pod uwagę,

iż odwołujący nie podnosił w proteście i odwołaniu zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Konsorcjum Warbud lub odrzucenia oferty tego wykonawcy. W konsekwencji natomiast braku potwierdzenia się zarzutów dotyczących niezasadności odrzucenia oferty odwołującego Skanska S.A., brak jest podstaw do stwierdzenia, iż zamawiający w tym kontekście naruszył art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Izba nie rozpoznawała zarzutów w zakresie naruszenia art. 22 ust. 2, art. 25 ust. 1 pkt 2 art. 36 ust. 2 pkt. 4 Pzp w postępowaniu uznając, że są one spóźnione, gdyż dotyczą treści siwz i ogłoszenia, wobec których to czynności termin na wniesienie protestu i w konsekwencji odwołania, już upłynął.

Wskazane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3, art. 24 ust. 4 i art. 26 ust. 4 Pzp, Izba uznała za niezasadne w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, zważywszy przy tym, że nie zostały one poparte przez odwołującego jakąkolwiek argumentacją.

Omówione okoliczności sprawy uzasadniały oddalenie rozpoznanych odwołań jako pozbawionych uzasadnionych podstaw. Biorąc zatem za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł oraz koszty noclegu i dojazdu pełnomocników zamawiającego na posiedzenie Izby w łącznej wysokości 270,00 zł i 486,00 zł na podstawie faktur i kopii biletów złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....