

WYROK
z dnia 23 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. J..... G..... Przedsiębiorstwo Budowlane „JACK-BUD” J..... G....., 60-681 Poznań, Osiedle Bolesława Chrobrego Pawilon 110, 2. Wachelka INERGIS Spółka Akcyjna, 42-215 Częstochowa, ul. Kisielewskiego 18/28B** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II, 40-752 Katowice, ul. Medyków 16,**

przy udziale wykonawcy **Dan Pol M. P..... Spółka Jawna, 43-100 Tychy, ul. Murarska 28** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. J..... G..... Przedsiębiorstwo Budowlane „JACK-BUD” J..... G....., 60-681 Poznań, Osiedle Bolesława Chrobrego Pawilon 110, 2. Wachelka INERGIS Spółka Akcyjna, 42-215 Częstochowa, ul. Kisielewskiego 18/28B** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. J..... G..... Przedsiębiorstwo Budowlane „JACK-BUD” J..... G....., 60-681 Poznań, Osiedle Bolesława Chrobrego Pawilon 110, 2. Wachelka INERGIS Spółka Akcyjna, 42-215 Częstochowa, ul. Kisielewskiego 18/28B tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II w Katowicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. *Poprawa jakości powietrza poprzez kompleksową termomodernizację obiektu Górnośląskiego Centrum Zdrowia Dziecka w Katowicach.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22.11.2012 r., pozycja 246859.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. J..... G....., Przedsiębiorstwo Budowlane „JACK-BUD” J..... G....., Poznań, 2. Wachelka INERGIS Spółka Akcyjna, Częstochowa, zwani dalej „odwołującym” wnieśli odwołanie wobec sprzecznych z prawem czynności zamawiającego polegających na naruszeniu Pzp:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie uznanie jego oferty, jako odrzuconej w sytuacji, gdy nie wystąpiły przesłanki uzasadniające wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) art. 26 ust. 1 i 3 oraz art. 25 przez brak wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów zawierających wyliczenia współczynników przenikalności ciepła dla wszystkich typów okien ujętych w dokumentacji budowlanej;
- 3) art. 91 przez wybór, jako najkorzystniejszej oferty spółki „DAN POL” M. P..... sp. j. z siedzibą w Tychach w sytuacji, gdy zgodnie z kryteriami ocen najkorzystniejszą ofertą jest oferta odwołującego;

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i wynikającego z tego uznania oferty odwołującego, jako odrzuconej,
 - b) ponownego dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
 - c) wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej,
 - d) ewentualnie w przypadku uznania, że w ofercie odwołującego znajdują się braki, o których mowa w art. 26 Pzp, wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów zawierających wyliczenia współczynników przenikalności ciepła dla wszystkich typów okien ujętych w dokumentacji budowlanej i po upływie terminu określonego do dokonania tej czynności, ponownego dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert,
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Odwołujący wskazał, że interes we wniesieniu odwołania wynika z tego, iż oferta odwołującego zgodnie z kryteriami oceny przyjętymi przez zamawiającego (cena) jest ofertą najtańszą, zajmuje pierwsze miejsce w rankingu ofert (cena odwołującego wynosi 5.239.000,00 zł, pozostałe oferty 6.391.080,00 zł oraz 7.244.700,00 zł), w przypadku braku wykluczenia odwołującego powinna być ona wybrana, jako najkorzystniejsza. W przypadku uwzględnienia odwołania i ponownego dokonania przez zamawiającego badania i oceny złożonych ofert, oferta odwołującego zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza, odwołujący będzie mógł zawrzeć z zamawiającym umowę na realizację zamówienia publicznego.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, a na skutek wykluczenia z postępowania może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania możliwości realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania, a więc uzyskania zysku w kalkulowanym w złożoną ofertę. Odwołujący wykazał, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał.

I. Podstawa wykluczenia odwołującego. Pismem z dnia 21 grudnia 2012 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o tym, że: 1) jako najkorzystniejsza została wybrana oferta „DAN POL” M. P..... sp. j. z siedzibą w Tychach, 2) odwołujący został wykluczony z postępowania, 3) konsorcjum - firma Budolana „MAZUR” S..... M..... zostało wykluczone z postępowania.

Jako podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania zamawiający wskazał następującą okoliczność: *mimo wezwania do uzupełnienia oferty, Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ofercie w/w Wykonawcy brak wyliczeń współczynników przenikalności ciepła dla wszystkich typów okien ujętych w dokumentacji budowlanej.*

Przedstawione sformułowanie stanowi jedyne uzasadnienie zamawiającego. Pismo, którym odwołujący został poinformowany o czynnościach zawierało 2 strony, z czego pierwsza była stroną tekstową, a druga tabelką zawierającą zestawienie ofert.

II. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Odnosząc się do podstawy wykluczenia z postępowania odwołujący wskazał, że został wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w dniu 17 grudnia 2012 r. W wezwaniu wskazane zostało, że odwołujący powinien dostarczyć następujące dokumenty:

- 1) wykaz robót budowlanych z zakresie dotyczącym wykazania wiedzy i doświadczenia,
- 2) dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie robót, o których mowa w pkt 1,
- 3) aktualną informację z KRK,
- 4) protokoły obliczeniowe dla typów stolarki okiennej.

Termin na uzupełnienie dokumentów został wyznaczony do dnia 20.12.2012 r. i został dotrzymany, odwołujący przedłożył wszystkie wymagane dokumenty. Wraz z pismem z dnia 19.12.2012 r. odwołujący przesłał zamawiającemu następujące dokumenty: wykaz robót budowlanych wraz z referencjami, aktualną informację z KRK, protokoły obliczeniowe dla typów stolarki okiennej opracowane według PN-EN ISO 10077-1 2006-2012 potwierdzające, że oferowana stolarka okienna spełnia wymagania projektowe; czym uczynił zadość wezwaniu zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że należało uznać, iż spełnił wymogi postawione przez zamawiającego i w terminie uzupełnił braki wskazane w wezwaniu z dnia 17 grudnia 2012 r. Nadto podkreślił, że odpowiednie dokumenty obliczeniowe zostały zawarte również w samej ofercie odwołującego, jednakże czyniąc zadość wezwaniu zamawiającego dokonał ponownych obliczeń i przedłożył ich wyniki.

Na zakończenie omawiania kwestii wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów wskazał, że nie został on nigdy wezwany do uzupełnienia dokumentów zawierających wyliczenia współczynników przenikalności ciepła dla wszystkich typów okien ujętych w dokumentacji budowlanej. Jednocześnie podkreślił, że dokument taki jak protokół obliczeniowy dotyczący elementów wskazanych w zdaniu poprzednim, w ogóle nie istnieje w obrocie, a powszechnie stosowane są certyfikaty, deklaracje zgodności i aprobaty

techniczne dostarczane przez producentów stolarki okiennej.

W przypadku gdyby zamawiający kwestionował, że przedłożona dokumentacja odpowiada dokumentacji wskazanej w wezwaniu z dnia 17 grudnia 2012 r., wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność zakresu dokumentów żądanych przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 17 grudnia 2012 r. oraz zakresu dokumentów przekazanych przez odwołującego wraz z pismem z dnia 19 grudnia 2012 r. oraz oceny, czy złożona przez odwołującego dokumentacja odpowiada wymogom postawionym przez zamawiającego.

Reasumując, odwołujący uznał, że wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym brak podstaw do wykluczenia. Skutkiem uznania jest konieczność badania i oceny oferty odwołującego, a w rezultacie uznania jej za najkorzystniejszą.

III. Ponowna ocena i wybór oferty. W związku z tym, że oferta odwołującego winna zostać poddana badaniu i ocenie, jako oferta niepodlegająca odrzuceniu, konieczne jest podkreślenie, iż jest ona ofertą najkorzystniejszą zgodnie z przyjętymi przez zamawiającego kryteriami. Zgodnie z rozdziale XIII SIWZ jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest cena.

W rankingu ofert według cen, na pierwszym miejscu powinna znaleźć się oferta odwołującego, gdyż zaoferował on wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 5.239.000,00 zł. Kolejne oferty wynosiły 6.391.080,00 zł oraz 7.244.700,00 zł.

Mając powyższe na uwadze uznał, że zamawiający dokonując wyboru, jako najkorzystniejszej oferty „DAN POL” M. P..... sp. j. z siedzibą w Tychach, naruszył postanowienia art. 91 Pzp, gdyż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą wg kryteriów wskazanych w SIWZ.

IV. Termin na wniesienie odwołania. Zamawiający poinformował odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty spółki „DAN POL” M. P..... sp. j. z siedzibą w Tychach oraz o wykluczeniu odwołującego, faksem w dniu 21 grudnia 2012 r., pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 26 grudnia 2012 r. Z uwagi na fakt, że upływ terminu przypadł w dzień wolny od pracy, zgodnie z art. 115 Kc termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 27 grudnia 2012 r. i został dochowany przez odwołującego. Mając powyższe na uwadze wniósł jak w *petitum*.

W odpowiedzi na odwołanie, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pisma przedstawił chronologicznie czynności dokonane w toku

postępowania, w tym w szczególności w zakresie objętym odwołaniem, podając, co następuje.

W dniu 21 grudnia 2012 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zamawiający podtrzymując decyzję, co do wystąpienia przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania wskazał, że w piśmie z dnia 4 grudnia 2012 r. udzielił odpowiedzi na zapytania wykonawców z dnia 28 listopada 2012 r., w tym na pytanie jednego z wykonawców o treści: *prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga zamontowania stolarki PCV sześciokomorowej o współczynniku przenikania $U=1,1$ WE/m²K dla wkładu szybowego, oprócz okien na granicy stref pożarowych (elewacja wschodnia i zachodnia) które muszą być wykonane w klasie odporności pożarowej EI 60 - podając treść: Nie. Zgodnie z projektem punkt 5.3. Wszystkie okna należy wymienić na stolarkę okienną z ramami PCV sześciokomorowymi o średnioważonym współczynniku przenikania ciepła $U=1,1$ W/m²K oprócz okien na granicy stref pożarowych (elewacja wschodnia i zachodnia), które muszą być wykonane w klasie odporności pożarowej EI 60, oraz w punkcie 7 projektu okno zewnętrzne $U=1,12$ W/m²K (średnioważone dla całego okna).*

Jednocześnie zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp dokonał zmiany SIWZ oraz ogłoszenia żądając od wykonawców załączenia do oferty protokołów obliczeniowych dla typów stolarki opracowanych wg PN-EN ISO 10077-1 2006-2012 potwierdzających, że oferowana stolarka okienna spełnia wymagania projektowe, tj. stolarka z ramami PCV sześciokomorowymi o średnioważonym współczynniku przenikania ciepła min. $U=1,1$ W/m² oprócz okien na granicy stref pożarowych (elewacja wschodnia i zachodnia), które muszą być wykonane w klasie odporności pożarowej EI 60 - zgodnie z wymaganiami zawartymi w dokumentacji projektowej zadania (dowód: pismo zamawiającego z dnia 04.12.2012 r. - załącznik nr 1).

Powyższy wymóg w zakresie parametrów stolarki PCV podyktowany został specyfiką przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności faktem, że przedmiotowe zamówienie polega na wykonaniu kompleksowej termomodernizacji obiektu Górnośląskiego Centrum Zdrowia Dziecka, które w zasadniczej części finansowane jest ze środków Unii Europejskiej - Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego. Środki te zostaną przyznane zamawiającemu po zrealizowaniu warunku zapisanego w dokumentacji projektowej, to jest osiągnięciu wyników opracowanego audytu energetycznego. Audyt ten został oparty na założeniu, że na obiekcie Szpitala zostanie zamontowana stolarka PCV sześciokomorowa o średnioważonym współczynniku przenikania ciepła min. $U= 1,1$ W/m²K oprócz okien na granicy stref pożarowych

(elewacja wschodnia i zachodnia), które muszą być wykonane w klasie odporności ogniowej pożarowej EI 60. Zamontowanie określonej stolarki warunkuje spełnienie wymagań audytu, a w efekcie uzyskanie środków finansowych. Osiągnięcie założeń audytu energetycznego jest kluczowym elementem w przedmiotowym zamówieniu, a oferta wybranego wykonawcy musi w pełni odpowiadać wymogom dokumentacji przetargowej opracowanej na podstawie audytu energetycznego. Podane w dokumentacji projektowej oraz SIWZ parametry wobec stolarki PCV są niestandardowe i istotnie obostrzone wobec *normalnie* dostępnej i produkowanej na rynku stolarki PCV. Zamawiający, aby mieć pewność, że oferowana stolarka PCV spełnia wymogi dokumentacji przetargowej, zażądał od wykonawców załączenia do oferty wyżej powołanych protokołów obliczeniowych dla typów stolarki okiennej opracowanych wg PN-EN ISO 10077-1 potwierdzających, że oferowana stolarka okienna spełnia wymagania projektowe. Typy stolarki okiennej zamawiający określił i podał wszystkim wykonawcom w dokumentacji przetargowej (dowód: projekt budowlany - rysunek nr 11 - załącznik nr 2).

W toku badania i oceny ofert (złożono trzy oferty) zamawiający zauważył braki w dwóch ofertach, w tym również odwołującego. Do oferty złożonej przez konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” J..... G..... - Wachelka Inergis S.A. w zakresie dotyczącym stolarki PCV załączone zostały dokumenty, które nie były żądanymi przez zamawiającymi protokołami obliczeniowymi sporządzonymi wg PN-EN ISO 10077-1 (dowód: wyciąg z oferty odwołującego - załącznik nr 3).

W związku z powyższym, zamawiający na mocy art. 26 ust. 3 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia w wyznaczonym terminie brakujących dokumentów. Aby spełnić warunek udziału w postępowaniu przetargowym, tym samym uchronić się przed groźbą wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty, odwołujący zobowiązany był do złożenia między innymi wspomnianego „protokołu obliczeniowego dla typów stolarki okiennej opracowanego wg PN-EN ISO 10077-1 2006-2012 potwierdzającego, że oferowana stolarka okienna spełnia wymagania projektowe tj.: stolarka z ramami PCV sześciokomorowymi o średnioważonym współczynniku ciepła min. $U=1,1 \text{ W/m}^2$ oprócz okien na granicy stref pożarowych (elewacja wschodnia i zachodnia), które muszą być wykonane w klasie odporności pożarowej EI 60” (dowód: pismo zamawiającego z dnia 17.12.2012 r. - załącznik nr 4).

Z treści art. 26 ust. 3 Pzp wynika, że obowiązek żądania uzupełnienia dokumentów zachodzi w sytuacjach, gdy wykonawcy nie złożyli oświadczeń lub dokumentów lub, gdy wykonawcy złożyli dokumenty ale zawierające błędy.

W dniu 20 grudnia 2012 r. odwołujący dokonał uzupełnienia oferty. Wśród uzupełnionych dokumentów złożył jednostronicowe zestawienie tabelaryczne stolarki, które nie zawiera

wszystkich wymaganych przez zamawiającego, zgodnie z dokumentacją techniczną, typów stolarki oraz brak jest obliczeń współczynników przenikania ciepła według wskazanej przez zamawiającego normy. W otrzymanym zestawieniu tabelarycznym przesłanym przez odwołującego nie zostały uwzględnione m.in. następujące typy stolarki okiennej:

- 06 - symbol wg dokumentacji budowlanej
- 07 - symbol wg dokumentacji budowlanej
- 08 - symbol wg dokumentacji budowlanej
- 09 - symbol wg dokumentacji budowlanej

- 011 - symbol wg dokumentacji budowlanej - (dowód: dokument przedłożony przez odwołującego w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów - załącznik nr 5).

Jak wynika z powołanej przez zamawiającego PN-EN ISO 10077 „Ciepłne właściwości użytkowe okien, drzwi i żaluzji, Obliczanie współczynnika przenikania ciepła” współczynnik przenikania ciepła dla okien oblicza się na podstawie wzorów, np.:

$$U_w = (A_g \cdot U_g + A_f \cdot U_f + l_g \cdot \Psi_g) / (A_g + A_f)$$

Gdzie:

U_w -współczynnik przenikania ciepła dla całego okna

U_g - współczynnik przenikania ciepła dla oszklenia

U_f - współczynnik przenikania ciepła dla ram

A_g - pole powierzchni szyby

A_f - pole powierzchni ramy (projektowana powierzchnia)

l_g - łączna długość oszklenia

Ψ_g - liniowy współczynnik przenikania ciepła

(dowód: PN-EN ISO 10077-1 - załącznik nr 6).

Protokół obliczeń opracowany wg PN-EN ISO 10077-1 musi zawierać wyżej powołane dane, tymczasem w dokumencie przedłożonym przez odwołującego brak jakichkolwiek danych wymaganych ww. normą.

Nadto zamawiający stwierdził, że oferowana przez odwołującego stolarka jest niezgodna z wymogami zamawiającego. W dokumentacji projektowej, jak również w piśmie z dnia 04.12.2012 r. zamawiający wskazywał, że *wymaga okien PCV (...) oprócz okien na granicy stref pożarowych (elewacja wschodnia i zachodnia), które muszą być wykonane w klasie odporności pożarowej EI 60*. Zgodnie z zestawieniem okien i drzwi - załącznik nr 2 - są to okna 026 (ilość modularna 17 szt.) i 027 (drzwi 1 szt.).

Tymczasem odwołujący (pozycja 25 i 26 zestawienia tabelarycznego stolarki) w miejsce

wymaganej stolarki w klasie odporności ogniowej EI 60, oferuje zamawiającemu zwykłą stolarkę taką samą jak pozostała, a więc stolarkę z PCV.

Zamawiający wskazał, że oferowana przez odwołującego stolarka PCV nie spełnia również wymogu podanego w dokumentacji przetargowej, w tym w piśmie z dnia 04.12.2012r. zgodnie, z którym zamawiający żądał, aby oferowana mu stolarka okienna była stolarką PCV za ramami sześciokomorowymi. Odwołujący zaoferował stolarkę PCV z ramą pięciokomorową (dowód: opinia rzeczoznawcy budowlanego - załącznik nr 7, opinia techniczna OT XII/2012 - załącznik nr 8).

Zamawiający stwierdził również, że aprobatą techniczną na stolarkę PCV systemu Brüggmann, którą zaoferował odwołujący, była ważna do 29.11.2012 r. i nie została odnowiona. Odwołujący nie ma więc możliwości dostarczenia wyrobu, dopuszczonego do stosowania w budownictwie (dowód: aprobatą techniczną ITB AT-15-5357/2007 - załącznik nr 9).

Odwołujący, mimo wezwania go do uzupełnienia oferty (nie jest prawdą, że wykonawca nie został wezwany do uzupełnienia oferty - co zarzuca w odwołaniu), nie uzupełnił skutecznie wymaganych dokumentów, gdyż złożone dokumenty (zestawienie tabelaryczne) nie spełniają wymagań zawartych w SIWZ, a oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia warunków dokumentacji przetargowej wymaganych w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Poprawa jakości powietrza poprzez kompleksową termomodernizację obiektu Górnośląskiego Centrum Zdrowia Dziecka w Katowicach”.

Zamawiający podniósł również, że zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający może wezwać wykonawców do uzupełnienia brakującego dokumentu tylko jeden raz. Potwierdza to zarówno orzecznictwo sądowe, jak i jednolite w tej mierze orzecznictwo KIO. I tak w uchwale KIO z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. akt KIO/KU 83/10/ Izba wskazała, że: *zasadą jest, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów może mieć miejsce tylko raz, (...) zasada ta dotyczy wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu*. Takie samo stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 11.04.2011 r., I C Ca 142/11.

Reasumując, zamawiający wskazał, że wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu należy do wykonawcy, zaś w razie jego niewykonania wykonawca może jednokrotnie, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego poprawić wadliwy dokument przez złożenie brakującego lub przedstawienie poprawnego dokumentu, czego odwołujący nie uczynił.

W świetle powyżej przedstawionej argumentacji, wniosek o oddalenie odwołania jest w pełni

zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca Dan Pol M. P..... Spółka Jawna, Tychy, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wobec zachowania ustawowych wymagań związanych z przystąpieniem, uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego (zwany w uzasadnieniu też „przystępującym”). Wniósł w piśmie procesowym o odrzucenie odwołania wobec podpisania przez Tadeusza Kwiatkowskiego, niewłaściwie umocowanego do tej czynności przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co wynika z załączonych do odwołania pełnomocnictw (- z dnia 03.12.2010 r. udzielonego przez Wachelka INERGIS S.A. dla Przedsiębiorstwa Budowlanego „Jack-Bud” J..... G....., - z dnia 05.09.2012 r. udzielonego przez Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” J..... G..... dla T..... K.....).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Zamawiający w odpowiedzi na zapytanie jednego z wykonawców, postanowił: *Zgodnie z projektem punkt 5.3. Wszystkie okna należy wymienić na stolarkę okienną z ramami PCV sześciokomorowymi o średnioważonym współczynniku przenikania ciepła $U=1,1 \text{ W/m}^2\text{K}$ oprócz okien na granicy stref pożarowych (elewacja wschodnia i zachodnia), które muszą być wykonane w klasie odporności pożarowej EI 60 oraz w punkcie 7 projektu okno zewnętrzne $U=1,12 \text{ W/m}^2\text{K}$ (średnioważone dla całego okna). Zamawiający dokonał w dniu 4 grudnia 2012 r. zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej SIWZ, na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp - Sekcja III. pkt 6 wprowadzając wymóg: *Do oferty należy załączyć protokoły obliczeniowe dla typów stolarki opracowane wg PN-EN ISO 10077-1 2006-2012 potwierdzające, że oferowana stolarka okienna spełnia wymagania projektowe, tj. stolarka z ramami PCV sześciokomorowymi o średnioważonym współczynniku ciepła min. $U=1,1 \text{ W/m}^2$ oprócz okien na granicy stref pożarowych (elewacja wschodnia i zachodnia), które muszą być wykonane w klasie odporności pożarowej EI 60.**

Odwołujący załączył do oferty *Załącznik do potwierdzenia zamówienia z etykietami na wyrób gotowy ze znakiem CE*, norma europejska: EN 14351-1, nazwa wyrobu: okna i drzwi balkonowe PCV, SUNLINE PROSTY, wskazujący: wodoszczelność E 1500, przepuszczalność powietrza: C, odporność na obciążenie wiatrem: 5 i współczynnik tłumienia akustycznego Rw: U w przedziale od 0,97 do 1,10 firmy ZPHU ALSECCO Sp. z o.o. w Nysie.

Pismem z dnia 17 grudnia 2012 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia dokumentów podmiotowych potwierdzających: - brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania (KRK), - spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wykaz robót, dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone) oraz przedmiotowych potwierdzających: że oferowane dostawy w ramach robót budowlanych spełniają wymagania zamawiającego, tj. *protokołów obliczeniowych dla typów stolarki opracowanych wg PN-EN ISO 10077-1 2006-2012 potwierdzających, iż oferowana stolarka okienna spełnia wymagania projektowe, tj. stolarka z ramami PCV sześciokomorowymi o średnioważonym współczynniku ciepła min. $U=1,1 \text{ W/m}^2$ oprócz okien na granicy stref pożarowych (elewacja wschodnia i zachodnia), które muszą być wykonane w klasie odporności pożarowej EI 60.*

Odwołujący złożył w terminie, w zakresie objętym odwołaniem (lit. d wezwania): ponownie ofertę handlową *Załącznik do potwierdzenia zamówienia z etykietami na wyrób gotowy ze znakiem CE*, norma europejska: EN 14351-1, nazwa wyrobu: okna i drzwi balkonowe PCV SUNLINE PROSTY, wskazujący: wodoszczelność E 1500, przepuszczalność powietrza: C, odporność na obciążenie wiatrem: 5 i współczynnik tłumienia akustycznego Rw: U w skali od 0,97 do 1,10 (ze średnią arytmetyczną dla 27 pozycji 1,04), firmy ZPHU ALSECCO Sp. z o.o. w Nysie. Złożył też tabelę ze znakiem logo Brüggmann; *Współczynniki przenikania ciepła dla okien wg PN-EN ISO 10077-1 2010-05; Profile: m.in. Rama - HO1200, Skrzydło - HO1720*, podając w drugiej kolumnie tabeli *Wymiary* i w trzeciej *Współczynnik przenikania ciepła U_w [$\text{W/m}^2\text{K}$]* w przedziale od 0,95 do 1,13.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, ze skutkiem uznania oferty za odrzuconą (ust. 4).

II. Rozpoznając odwołanie Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego, uznając, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu. Wniosek byłby zasadny, gdyby odwołujący nie uzupełnił pełnomocnictwa na wezwanie Prezesa KIO. W wyniku uzupełnienia odwołania (pełnomocnictwa z dnia 24 grudnia 2012 r. udzielone T..... K.....), nie zachodziły przesłanki odrzucenia odwołania.

Odwołanie, niepodlegające odrzuceniu na posiedzeniu, zostało rozpoznane na rozprawie. Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniające go do wniesienia odwołania (legitymacja czynna).

Na podstawie akt sprawy odwoławczej (odwołanie, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pisma i dowody składane na posiedzeniu i rozprawie oraz wyjaśnienia stron i uczestnika postępowania odwoławczego) ustalono stan faktyczny sprawy, jako niebędący kwestią sporną w postępowaniu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający przy wsparciu uczestnika postępowania odwoławczego (przystępującego) wykazał, mimo niewłaściwej podstawy prawnej zamieszczonej w piśmie z dnia 21 grudnia 2012 r. (nie podniesiono zarzutu w tym zakresie w odwołaniu), niepotwierdzenie wymagań zamawiającego w zakresie zaoferowanych dostaw okien w realizacji robót budowlanych - *Poprawa jakości powietrza poprzez kompleksową termomodernizację obiektu Górnośląskiego Centrum Zdrowia Dziecka w Katowicach*.

Zamawiający wymagał protokołów obliczeniowych dla typów stolarki okiennej opracowanych wg normy PN-EN ISO 10077-1, stolarki z ramami PCV sześciokomorowymi o średnioważonym współczynniku przenikania ciepła min. $U=1,1 \text{ W/m}^2\text{K}$ oraz okien na granicy stref pożarowych (elewacja wschodnia i zachodnia) wykonanych w klasie odporności pożarowej EI 60. W normie w pkt 5 opisano obliczanie współczynnika przenikania ciepła dla poszczególnych okien - pojedynczych, podwójnych, zespolonych, dla oszklenia, z żaluzją zewnętrzną oraz drzwi, podając przy tym wzory obliczeniowe. Odwołujący nie zamieścił protokołów w ofercie, co jest niesporne. Na wezwanie zamawiającego dołączył w zakresie protokołów obliczeniowych tabelaryczne zestawienia wymiarów stolarki dla poszczególnych 27 pozycji.

Zamawiający wykazał, że w zestawieniu tabelarycznym nie zostały uwzględnione typy stolarki okiennej - symbole według dokumentacji budowlanej: 06, 07, 08, 09, 011. Z wymiarów podanych przez odwołującego, nie mógł obliczyć współczynnika przenikania ciepła. Z opracowania złożonego przez zamawiającego wynika, że wymagane według dokumentacji budowlanej okna o symbolach 06, 07, 08, 09 i 011 - nie znajdują odzwierciedlenia w zestawieniu tabelarycznym odwołującego, ze względu na różnice w wymiarach. Okna: 06, 07 odwołujący oferuje w pozycjach 6 i 7 zamiast 2400 mm 2200 mm; 08, 09 odwołujący oferuje w pozycjach 8 i 9 2900 mm, zamiast 2070 mm; 011 odwołujący oferuje zamiast 3600 mm 2379 mm.

Z opinii technicznej (OT XII/2012) w zakresie rozwiązań stolarki okiennej w budynku zamawiającego (opr. P..... K....., E..... K....., K..... R.....), złożonej na rozprawie

przez zamawiającego, wynika, że rozwiązania techniczne dotyczące stolarki okiennej na profilach PCV firmy Brüggmann, kolekcja Sunline Prosty (fabryka okien Alsecco), okno posiadające kształtownik ościeżnicy o symbolu HO 1200 oraz kształtownik skrzydła o symbolu HO 1720 posiada zróżnicowaną liczbę komór. Ościeżnica o symbolu HO 1200 jest ościeżnicą 7 komorową. Skrzydło okienne o symbolu KO 1720 jest skrzydłem 5 komorowym. W opinii przedstawiono wnioski, że stolarka okienna (ościeżnice i okno) firmy Brüggmann, typ Sunline Prosty nie spełnia wymagań okna 6-komorowego (wymaganie niespełnione dla skrzydła okiennego o symbolu HO 1720 5 komorowego). Ze względu na rodzaj stosowanego materiału, z którego są wykonane profile, uzyskanie odporności ogniowej EI 60 dla okien PCV jest praktycznie niemożliwe. Według autorów opracowania, na podstawie rozeznania rynkowego, nie istnieje system profili PCV spełniający wymagania zakładanej w projekcie klasy odporności ogniowej na poziomie EI 60 i posiadający stosowne dopuszczenie do powszechnego stosowania w budownictwie, zgodnie z obowiązującymi w naszym kraju przepisami prawa.

Z przedstawionego materiału wynika, że odwołujący nie potwierdził zgodności oferowanej stolarki okiennej z wymaganiami zamawiającego w zakresie: współczynników przenikania ciepła na podstawie protokołów obliczeniowych zgodnie ze wskazaną normą, z ramami PCV sześciokomorowymi oprócz okien na granicy stref pożarowych (elewacja wschodnia i zachodnia), wykonanych w klasie odporności pożarowej, a więc nie PCV.

Izba wskazuje, że przepis art. 25 ust. 1 Pzp w dwóch punktach określa oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: w pkt 1 - warunków udziału w postępowaniu, co skutkuje w razie nie wykazania spełniania zastosowaniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ze skutkiem z ust. 4 tego artykułu; w pkt 2 - przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert, skutkujące w razie braku potwierdzenia spełniania, zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przyjęcie podstawy prawnej odrzucenia oferty - art. 89 ust. 1 pkt 5 wobec zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 Pzp, jest błędem zamawiającego. Czynność faktyczna wynikająca z braku potwierdzenia, że oferowana stolarka okienna w zakresie wyliczenia współczynników przenikalności ciepła dla wszystkich typów okien ujętych w dokumentacji budowlanej (na podstawie protokołów obliczeniowych zgodnych z normą podaną przez zamawiającego) została dowiedziona na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego, co skutkuje zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wobec wykazanego braku zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zatem, mimo błędnej podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego, Izba uznała, że w związku z art. 192 ust. 2 Pzp (*Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*) odwołanie podlega oddaleniu wobec właściwie ustalonej podstawy faktycznej czynności dokonanej przez zamawiającego.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy, który nie złożył w określonym terminie wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub złożył zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie (...). Zgodnie z orzecnictwem i doktryną czynność ta jest jednokrotna.

Odwołujący został wezwany pismem z dnia 17 grudnia 2012 r. do złożenia *protokołów obliczeniowych dla typów stolarki opracowanych wg PN-EN ISO 10077-1 2006-2012 potwierdzających, że oferowana stolarka okienna spełnia wymagania projektowe, tj. stolarka z ramami PCV sześciokomorowymi o średnioważonym współczynniku ciepła min. $U=1,1$ W/m² oprócz okien na granicy stref pożarowych (elewacja wschodnia i zachodnia), które muszą być wykonane w klasie odporności pożarowej EI 60.*

Strona przeciwna odwołującemu skutecznie wykazała, że w złożonym w wyniku uzupełnienia materiale (zestawienie tabelaryczne) nie potwierdzono wymagań zamawiającego. Brak jest w ocenie Izby podstaw do powtórnego wezwania.

Odwołujący cofnął wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

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

Przewodniczący: