

Sygn. akt: KIO 1028/16

WYROK
z dnia 29 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **J. M.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „Miszbud”, J. M. w Przybyłowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Poznaniu**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J. M.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „Miszbud”, J. M. w Przybyłowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. M.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „Miszbud”, J. M. w Przybyłowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **J. M.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „Miszbud”, J. M. w Przybyłowie** na rzecz **Komendy Wojewódzkiej Policji w Poznaniu** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „termomodernizacja budynków Komendy Powiatowej Policji w Turku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 kwietnia 2016 r., poz. 102606.

W dniu 7 czerwca 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę J. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Miszbud”, J. M. w Przybyłowie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego.

Wobec czynności odrzucenia własnej oferty, odwołujący wniósł w dniu 13 czerwca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę P. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana IZO-BUD, P. K. w Dopiewie, zwanego dalej „wykonawcą Izo-Bud”, która nie jest najkorzystniejszą w postępowaniu,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że nie jest ona niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Izo-Bud jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wraz z ofertą odwołującego,
- 4) dokonanie czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z rozstrzygnięciem zamawiającego, który odrzucił złożoną przez odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ. Argumentował, że zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że 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”. Należy podkreślić, że równoważność to rozwiązania funkcjonalne,

które nie są tożsame z opisem przedmiotu zamówienia, ale które powodują, że zamawiający uzyska efekt robót w pełni odpowiadający jego potrzebom i celowi zamówienia. Ponadto pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby ją pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Produktem równoważnym jest więc produkt, który posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. W ocenie odwołującego 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 niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i skutkować odrzuceniem na tej podstawie oferty odwołującego.

Odwołujący wywodził, że w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w odniesieniu do docieplenia ścian zewnętrznych zamawiający wskazał, iż wszystkie płaszczyzny ścian należy: „zazbroić systemową siatką z włókna szklanego i zaszpachlować odpowiednią zaprawą klejącą. W dalszej kolejności należy wzmocnić powierzchnie ścian w sąsiedztwie styku pionowych i poziomych naroży otworów okiennych i drzwiowych, poprzez zatopienie w zaprawie pasków siatki o wymiarach ok. 20x30 cm. Paski te powinny być ustawione pod kątem 45° do linii wyznaczonych przez krawędzie ościeży. W rejonie strefy wejściowej i cokołów należy dodatkowo zastosować siatkę z włókna szklanego np. Panzer”. Argumentował, że wymaganiami zamawiającego było, aby w rejonie strefy wejściowej i cokołów dodatkowo zastosować siatkę z włókna szklanego. Jedynie przykładowo wskazano na siatkę Dryvit Panzer. Co więcej zamawiający wskazał również na kryteria równoważności:

5.2. Docieplenie ścian zewnętrznych:

Jako rozwiązanie projektowe przyjęto docieplenie w systemie Drysulation firmy Dryvit
Składniki systemu:

zaprawa klejąca: odpowiednio dla danego systemu i rodzaju materiału do izolacji termicznej (styropianu i wełny mineralnej)

izolacja termiczna: styropian, wełna mineralna

siatka: odpowiednia do danego systemu cokół - wzmocniona

klej do siatki: odpowiedni dla danego systemu - biały (styropian)

grunt: odpowiedni do danego systemu

tynk mineralny: odpowiedni dla danego systemu - faktura baranek 2mm - styropian, wełna

farba silikonowa: odpowiednia dla danego systemu odporna na algi i grzyby - kolorystyka zgodnie z projektem

tynk akrylowy z kruszywem kwarcowym (cokół): odpowiedni dla danego systemu- kolorystyka zgodnie z projektem

Dopuszcza się wykonanie remontu wg technologii innego producenta, w systemie równoważnym do powyższego.

Odwołujący wywodził, że formułując kryteria równoważności zamawiający literalnie wskazał, iż wymaga zastosowania odpowiedniej siatki dla danego systemu - wzmocnionej w rejonie cokołów. Nie można zgodzić się więc z twierdzeniem zamawiającego jakoby oferta odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na zaferowanie jako „siatki wzmocnionej” siatki zbrojącej Eurovek LUX 165, która zapewnia lepsze parametry techniczne niż wymagane przez zamawiającego. Odpowiadając dnia 31.05.2016 r. na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień odwołujący dokładnie wskazał w jaki sposób zamierza wykorzystać zaferowaną przez siebie siatkę, załączając do wyjaśnień oświadczenie producenta zaferowanego systemu - firmy Kreisel. Z załączonego do wyjaśnień oświadczenia wyraźnie wynika, iż zaferowana przez odwołującego siatka zastosowana zgodnie z wytycznymi systemu Kreisel zapewni parametry lepsze od wskazanej przykładowo siatki Dryvit Panzer (330g/m² oraz wytrzymałość na uderzenia min. 10J), spełniając tym samym wszystkie wymagania postawione przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał także, że siatka pancerna, jak określa to zamawiający nie jest żadnym specjalnym rodzajem siatki, który różniłby się od siatki wzmocnionej o takich samych parametrach. O tzw. „pancerności” siatki z włókna szklanego świadczą jej parametry techniczne tj. zastosowana gramatura na 1 m² oraz jej wytrzymałość na uderzenia. W ocenie odwołującego decyzją zamawiającego o odrzuceniu jego oferty podyktowana jest rzeczywistym niedopuszczeniem rozwiązań równoważnych. Odwołujący zaferował inny system wykonania niż wskazywał na to zamawiający w związku z czym na obecnym etapie zamawiający dąży do wyboru oferty, która preferowany przez niego system oferuje.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

W dniu 16 czerwca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pochodzące od wykonawcy P. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana IZO-BUD, P. K. . Zgłaszający przystąpienie wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 30 maja 2016 r. skierowane do

odwołującego do złożenia wyjaśnień, wyjaśnienia odwołującego z 31 maja 2016 r. wraz z załącznikami, pisma Wydziału Inwestycji i Remontów zamawiającego z 24 maja i 3 czerwca 2016 r., zawiadomienie zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej z 7 czerwca 2016 r., odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron oraz zgłaszającego przystąpienie złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia z 16 czerwca 2016 r., złożone przez wykonawcę P. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana IZO-BUD, P. K., było nieskuteczne z uwagi na nieprzekazanie odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia, co jest jednym z warunków formalnych zgłoszenia przystąpienia, wynikających z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Z przywołanego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, że obowiązkiem wykonawcy, który zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego jest przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia zarówno zamawiającemu jak i odwołującemu. W trakcie posiedzenia Izby w dniu 28 czerwca 2016 r. odwołujący oświadczył, że nie otrzymał od wykonawcy Izo-Bud żadnej kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W tej sytuacji to na zgłaszającym przystąpienie, stosownie do art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, spoczywał ciężar wykazania faktu przesłania kopii zgłoszenia do odwołującego. Zgodnie bowiem z przywoływanym przepisem, *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.* Ponieważ zgłaszający przystąpienie spornego faktu nie wykazał, należało przyjąć, że kopia zgłoszenia przystąpienia nie została odwołującemu przekazana. Przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu jest jednym z elementów formalnych zgłoszenia przystąpienia. Nieprzesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu należało uznać za brak formalny zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (w przeciwieństwie do instytucji usunięcia

braków formalnych odwołania – art. 187 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe skutkowało koniecznością uznania za bezskuteczne zgłoszenia przystąpienia wykonawcy P. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana IZO-BUD, P. K. do analizowanego postępowania odwoławczego. Podzielono w omawianym zakresie również stanowisko wyrażane w piśmiennictwie, zgodnie z którym *Wobec braku przepisów ustalających zasady uzupełniania braków formalnych w interwencji ubocznej ich ewentualne wystąpienie sankcjonowane będzie odrzuceniem interwencji* (por. *Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz LEX 2010, Komentarz do art. 185 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.*).

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia własnej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest *termomodernizacja budynków Komendy Powiatowej Policji w Turku*. Zamawiający wskazał także, że szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia został określony w dokumentacji wykonawczej stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ (pkt II.1 SIWZ).

W znajdującym się w załączniku nr 10 do SIWZ przedmiarze robót ujęto m.in. następujące pozycje:

- a) *poz. 114, d.5.2, KNR 0-28 2623-06, Przyklejenie jednej warstwy siatki na słupach i murkach, 82,226 m²,*
- b) *poz. 115, d.5.2, KNR 0-28 2623-06, Przyklejenie warstwy pancernej siatki na ścianach - dodatkowa siatka w strefie wejścia. Siatka zbrojeniowa pancerna systemowa, 39,312 m².*

Na stanowiącym część załącznika nr 10 do SIWZ rysunku DS.02.02.4801 znajduje się opis wzmocnienia dodatkowego w systemie Dryvit, zgodnie z którym w przypadku wzmocnienia dodatkowego należy użyć m.in. siatkę wzmacniającą standard oraz siatkę wzmacniającą Panzer. Na rysunku tym znajduje się również opis wzmocnienia standardowego, które obejmuje jedynie siatkę wzmacniającą standard.

W stanowiącym część załącznika nr 10 do SIWZ opisie projekcie techniczno-budowlanym znajdują się następujące postanowienia:

5.2. Docieplenie ścian zewnętrznych:

Jako rozwiązanie projektowe przyjęto docieplenie w systemie Drysulation firmy Dryvit

Składniki systemu:

zaprawa klejąca: odpowiednio dla danego systemu i rodzaju materiału do izolacji termicznej (styropianu i wełny mineralnej)

izolacja termiczna: styropian, wełna mineralna

siatka: odpowiednia do danego systemu cokół - wzmocniona

klej do siatki: odpowiedni dla danego systemu - biały (styropian)

grunt: odpowiedni do danego systemu

tynk mineralny: odpowiedni dla danego systemu - faktura baranek 2mm – styropian, wełna

farba silikonowa: odpowiednia dla danego systemu odporna na algi i grzyby - kolorystyka zgodnie z projektem

tynk akrylowy z kruszywem kwarcowym (cokół): odpowiedni dla danego systemu- kolorystyka zgodnie z projektem

Dopuszcza się wykonanie remontu wg technologii innego producenta, w systemie równoważnym do powyższego. (...)

Wszystkie płaszczyzny ścian zazbroić systemową siatką z włókna szklanego i zaszpachlować odpowiednią zaprawą klejącą. W dalszej kolejności należy wzmocnić powierzchnie ścian w sąsiedztwie styku pionowych i poziomych naroży otworów okiennych i drzwiowych, poprzez zatopienie w zaprawie pasków siatki o wymiarach ok. 20x30 cm. Paski te powinny być ustawione pod kątem 45° do linii wyznaczonych przez krawędzie ościeży. W rejonie strefy wejściowej i cokołów należy dodatkowo zastosować siatkę z włókna szklanego np. Panzer.

Załącznik nr 1 do SIWZ (wzór formularza ofertowego) obejmuje m.in. zestawienie materiałów, które wykonawcy zobowiązani byli wypełnić. W wzorze tym znajduje się wzmianka, zgodnie z którą w zestawieniu *należy wyszczególnić wszystkie niżej wymienione w tabeli materiały składowe dla oferowanego systemu. Zamawiający nie dopuszcza używania materiałów z systemów dociepleń innych producentów niż zaoferowany przez Wykonawcę w formularzu ofertowym. Wykonawca może zaoferować tylko jeden system*

docieplenia. W tabeli, jako materiały składowe systemu, należało wymienić m.in. siatkę zbrojącą standard (poz. 4) i siatkę zbrojącą wzmocnioną (pancerną) (poz. 5).

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. odwołujący. Odwołujący w zestawieniu materiałów wskazał, że jako siatkę zbrojącą wzmocnioną (pancerną) zastosuje siatkę zbrojącą Kreisel 165 biała. Do oferty załączono deklarację zgodności nr 03/2015 Zakładu Produkcyjnego Proxim sp. z o.o. w Lublinie, odnoszącą się do siatki z włókna szklanego Eurowek LUX 165.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 30 maja 2016 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że *odwołujący zaoferował wykonanie ocieplenia firmy Kreisel. Z treści zestawienia materiałów zawartego w formularzu ofertowym wynika, że odwołujący zaoferował jako siatkę wzmocnioną (pancerną), siatkę zbrojącą 165 białą firmy Kreisel,. Natomiast z załączonego do oferty dokumentu wynika, że producentem siatki zbrojącej 165, nazwa handlowa Eurowek LUX 165 jest firma Proxim sp. z o.o. z Lublin, nadto gramatura tej siatki – 165 g/m² – nie wskazuje na to by była ona siatką pancerną. Czy oferowana siatka (...) jest siatką pancerną systemu Kreisel?*

W aktach sprawy znajduje się pismo Wydziału Inwestycji i Remontów zamawiającego skierowane do sekcji ds. zamówień publicznych z 3 czerwca 2016 r. W piśmie tym, informuje się, że rozwiązanie polegające na zastąpieniu siatki pancernej podwójną siatką zwykłą o gr. 165 g/m² jest sprzeczne z założeniami przyjętymi przez zamawiającego. Technologia zaoferowana przez odwołującego (2 siatka standardowa) sprawia, że faktycznie uzyskany i wskazany przez nią parametr 330 g/m² można by porównać do parametrów dodatkowej siatki pancernej tj. 330 g/m², jednakże technologia montażu siatki pancernej nakazuje, że należy ją układać jako pierwszą na „styk” i dopiero na nią zakłada się siatkę standardową (zgodnie z przedmiarem). Tak więc w ten sposób uzyskujemy nie tylko mocniejsze podłoże ale wskazany jako równoważny przez tą firmę parametr 330g/m² zostaje podwyższony do minimum 495 g/m².

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 31 maja 2016 r. Oświadczył, że złożona przez niego oferta w pełni *zaspokaja wymóg zamawiającego pod względem wytrzymałości, wzmocnienia w rejonach strefy wejściowej i cokołu. Złożona oferta dotyczyła wykonania elewacji w systemie Kreisel, który przewiduje montowanie siatki podwójnie w strefach wymagających wyższych parametrów wytrzymałościowych. Takie rozwiązanie jest zgodne z aprobatą techniczną ETA-07/192 i posiada I kategorię wytrzymałości, najwyższą możliwą do uzyskania w systemie europejskim, osiągając wytrzymałość na uderzenia min. 10 J + perfotest (test na przebicie). Zaproponowane w*

ofercie rozwiązanie, montowana podwójnie siatka zbrojąca o gramaturze 165 g/m² znajdującej się w systemie Kreisel, jest zatem zgodne z wymaganiami zamawiającego i odpowiada pod względem technicznym wskazanej jako przykład siatce Panzer, przewyższając ją pod względem gramatury 330 g/m² > 275 g/m². Jednocześnie oświadczył, że siatka Eurowek LUX 165 jest elementem systemu ociepleń Kreisel zaproponowanego w ofercie. Do wyjaśnień załączono oświadczenie pana B. P., dyrektora technicznego Kreisel Technika Budowlana sp. z o.o., w którym informuje on, że siatka o gramaturze 165 g/m² zastosowana zgodnie z wytycznymi systemu i z aprobatą techniczną ETA-07/192 w podwójnej warstwie jest równoznaczna (pod względem wytrzymałości na uderzenia systemu) ze stosowaniem siatki pancerniej. Oba systemy tym samym osiągają tę samą wytrzymałości na uderzenia min 10 J + test na przebicie (perfotest) (tabela 5 i 6 ww. aprobaty technicznej). Nadmienia, że kategoria wytrzymałości na uderzenia (I) jest najwyższą kategorią wytrzymałości możliwą do zyskania w europejskim systemie dopuszczeń systemów ociepleń. Oświadcza, że siatka Eurowek LUX 165 stanowi część systemów ociepleń Turbo firmy Kreisel. Na system ociepleń z użyciem ww. siatki będzie udzielona gwarancja na jakość i trwałość systemu.

Następnie ustalono, że zamawiający w dniu 7 czerwca 2016 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał m.in. na postanowienia pkt 5.2 opisu technicznego – budowlanego. Wskazał, że informacje na temat wymogu zastosowania siatki wzmocnionej – pancerniej, będącej składnikiem systemu docieplenia zostały zawarte w poz. 115 przedmiaru oraz w zestawieniu materiałów formularza ofertowego. Wobec wątpliwości co do gramatury siatki oraz jej przynależności do systemu Kreisel wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień. Odwołujący złożył wyjaśnienia, że oferowana siatka Eurowek LUX 165 nie jest siatką pancerną, że zamierza oferowaną siatkę ułożyć podwójnie, a także że siatka ta stanowi element systemu Kreisel. Taka oferta jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Ponadto zaoferowanie wykonania warstwy zbrojącej w strefie cokołowej w odmienny sposób niż opisał to zamawiający jest równoznaczne ze złożeniem oferty wariantowej. Wykonawcy przysługiwało prawo złożenia wniosku o dopuszczenie takiego sposobu wykonania warstwy zbrojącej strefy cokołowej. Zaakceptowanie przez zamawiającego tego rozwiązania umożliwiłoby innym wykonawcom złożenie porównywalnych ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przypomnienia wymaga, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Izba oddaliła odwołanie, gdyż nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu. Treść oferty nie była sporna pomiędzy stronami. Odwołujący zaoferował wykonanie docieplenia ścian zewnętrznych w rejonie cokołów w ten sposób, że zamierzał zastosować podwójną siatkę standardową Eurowek Lux 165 o gramaturze 165 g/m². Powyższe wynikało jednoznacznie z treści wyjaśnień odwołującego z 30 maja 2016 r., jak i zostało przyznane w trakcie rozprawy.

Sporną pomiędzy stronami okazała się treść SIWZ. Izba stwierdziła, że zamawiający w pozycji 114 przedmiaru przewidział wykonanie robót polegających na *przyklejeniu jednej warstwy siatki na słupach i murkach*. W kolejnej zaś pozycji 115 przedmiaru robót wskazano na następujący element robót: *Przyklejenie warstwy pancernej siatki na ścianach - dodatkowa siatka w strefie wejścia. Siatka zbrojeniowa pancerna systemowa*. Jak wynikało z opisu powoływanych pozycji zamawiający oczekiwał zatem zastosowania siatki standardowej oraz – w rejonie cokołów – siatki wzmocnionej (pancernej) jako dodatkowej. Konieczność użycia siatki wzmocnionej (pancernej) wynikała także z zestawienia materiałów, stanowiącego element wzoru formularza ofertowego. W zestawieniu tym, jako materiały składowe systemu, zamawiający wymienił m.in. siatkę zbrojącą standard (poz. 4) i siatkę zbrojącą wzmocnioną (pancerną) (poz. 5). Wreszcie konieczność użycia takiego elementu wynikała także z rysunku, DS.02.02.4801, na którym znajdował się opis wzmocnienia dodatkowego w systemie Dryvit, zgodnie z którym w przypadku wzmocnienia dodatkowego należało użyć m.in. siatkę wzmacniającą standard oraz siatkę wzmacniającą Panzer.

W ocenie Izby powyższych ustaleń w zakresie treści SIWZ nie zmieniały zapisy pkt 5.2. projektu budowlanego, na który powoływał się odwołujący. W opisie robót można było wyczytać m.in., że obowiązkiem wykonawcy było *„zazbroić systemową siatką z włókna szklanego i zaszpachlować odpowiednią zaprawą klejącą. W dalszej kolejności należy wzmocnić powierzchnie ścian w sąsiedztwie styku pionowych i poziomych naroży otworów okiennych i drzwiowych, poprzez zatopienie w zaprawie pasków siatki o wymiarach ok. 20x30 cm. Paski te powinny być ustawione pod kątem 45° do linii wyznaczonych przez krawędzie ościeży. W rejonie strefy wejściowej i cokołów należy dodatkowo zastosować siatkę z włókna szklanego np. Panzer”*. Zatem również z tych postanowień wynikało, że należało użyć systemowej siatki z włókna szklanego (standardowej), a w rejonie cokołów należało użyć – jako dodatkowej - siatki z włókna szklanego np. Panzer. W tym zakresie

zamawiający posłużył się nazwą własną siatki zbrojącej Panzer. Siatka ta, jak wynikało z dowodów załączonych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie charakteryzowała się gramaturą 280 g/m^2 (s. 3 Europejskiej Aprobaty Technicznej ETA-07/0042). Nie było sporne pomiędzy stronami, że ze względu na ww. gramaturę siatka ta była siatką wzmocnioną (pancerną). Gramatura siatki standardowej (systemowej) w systemie referencyjnym wynosiła 150 g/m^2 (s. 3 Europejskiej Aprobaty Technicznej ETA-07/0042). Zatem łączna gramatura siatek zbrojących, jakie należało użyć w rejonie cokołów, wedle systemu referencyjnego, wynosić miała 430 g/m^2 ($280 \text{ g/m}^2 + 150 \text{ g/m}^2$). Tymczasem łączna gramatura siatek zbrojących w rejonie cokołów w systemie zaoferowanym przez odwołującego kształtowała się na poziomie 330 g/m^2 ($2 \times 165 \text{ g/m}^2$). Nie można było się zgodzić zatem ze stanowiskiem odwołującego przedstawionym w wyjaśnieniach z 30 maja 2016 r. i w odwołaniu, że zaoferowane przez niego rozwiązanie cechowało się większą gramaturą i że zapewniało zamawiającemu lepsze parametry techniczne.

Owszem należało zgodzić się z odwołującym, że zamawiający opisując dodatkową siatkę w rejonie cokołów podał jedynie przykładowo nazwę Panzer. Można było zaoferować rozwiązanie równoważne i zaoferować dodatkową siatkę innych producentów, jednak w ocenie Izby powinna to być siatka wzmocniona (pancerna), a nie standardowa. Zamawiający we wszystkich przywołanych wyżej postanowieniach SIWZ, w tym również w postanowieniach określających równoważność, wskazał bowiem, że obowiązkowym elementem systemu jest siatka wzmocniona w strefie cokołów.

Zdaniem Izby odwołujący wyrwał z kontekstu postanowienia początkowej części pkt 5.2. projektu. Zamawiający w tym postanowieniu jedynie wymienił elementy referencyjnego systemu Dryvit dopuszczając technologie innego producenta w systemie równoważnym. Jako jeden z elementów tego systemu wymieniono siatkę systemową, a w rejonie cokołów - siatkę wzmocnioną. Jednakże postanowienie to nie stanowiło opisu technologii wykonania zbrojenia w strefie cokołowej. Intencją zamawiającego było jedynie wskazanie elementów systemu. Z powyższego jednak żadną miarą nie można było wnioskować, że w strefie cokołów nie należy użyć także siatki standardowej. Na konieczność takiej interpretacji tego punktu jednoznacznie wskazywały: dalsze fragmenty tego samego postanowienia, przedmiar robót, wzór wykazu materiałów i rysunek DS.02.02.4801.

Zaoferowane przez odwołującego rozwiązanie nie odpowiadało zatem treści SIWZ, gdyż wbrew postanowieniom w SIWZ nie zakładało użycia w strefie cokołów siatki wzmocnionej (pancernej).

Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja odwołującego, jakoby o równoważności zaoferowanego systemu miał świadczyć fakt, że system ten miał cechować się I kategorią wytrzymałości na uderzenia. Jak wyjaśniono wcześniej, zamawiający opisując kryteria, których spełnienie będzie oznaczać spełnienie równoważności, przesądził o

konieczności zastosowania w strefie cokołów siatki pancernej występującej jako dodatkowa obok siatki standardowej. Nie wskazano Izbie postanowienia SIWZ, w którym zamawiający wskazałby, iż za rozwiązanie równoważne do opisanego w projekcie zostanie uznany system cechujący się I kategorią odporności na uderzenia. Po drugie, odwołujący nie zdołał wykazać, że zaoferowany przez niego system cechuje się I kategorią odporności na uderzenia. Z pisma pana B. P. z firmy Kreisler – Technika Budowlana sp. z o.o. (załącznik do odwołania) wynikało, że siatka o gramaturze 165 g/m² zastosowana zgodnie z wytycznymi systemu i z aprobatą ETA-07/192 w podwójnej warstwie jest równoważna (pod względem wytrzymałości na uderzenia) ze stosowaniem siatki pancernej. Jednakże siatka Eurowek LUX 165 nie została wymieniona w treści przywoływanej aprobaty. Aprobata ta potwierdzała osiągnięcie przez system Kreisel określonych w niej parametrów w razie użycia następujących siatek: Vertex R117 A101, Vertex R131 A101, Vertex R167 A 101, Rednet CB 330 Nova (s. 25 aprobaty ETA -07/0192, stanowiąca załącznik do odpowiedzi na odwołanie). Zatem treść tej aprobaty nie świadczyła, o tym, że rozwiązanie zaoferowane przez odwołującego zagwarantuje I kategorię wytrzymałości na uderzenia. Aprobata tę, jako dokument pochodzący od niezależnego podmiotu, uznano za bardziej wiarygodną od oświadczenia przedstawiciela firmy Kreisel, zainteresowanego w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego. Ponadto dostrzeżenia wymagało, że nawet w ocenie pana P. system zaoferowany miał być równoważny do referencyjnego jedynie „pod względem wytrzymałości na uderzenia”, a więc nie pod każdym względem. Tymczasem w treści samego odwołania odwołujący przyznał, że o tzw. „pancerności” siatki z włókna szklanego świadczą jej parametry techniczne wymieniając wśród nich m.in. zastosowaną gramaturę na 1 m².

Biorąc powyższe pod uwagę czynność odrzucenia oferty odwołującego należało uznać za prawidłową. Izba stwierdziła bowiem, że treść oferty odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ. W konsekwencji uznano, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ani art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Za chybiony uznano natomiast zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem powołanym przez odwołującego, *zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Udzielenie zamówienia publicznego następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Odwołujący nie wykazał, aby zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia. Zatem zarzut należało uznać za chybiony.

Przy wyrokowaniu pominięto, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, wydruk ze strony internetowej firmy MAJSTER-POL zawierający kartę techniczną produktu STYROLEP Z oraz fotografie pisma Wydziału Inwestycji i Remontów zamawiającego z 24 maja 2016 r., które odwołujący złożył w trakcie posiedzenia Izby. Dokumenty te odnosiły się do oceny

przez zamawiającego oferty wykonawcy Zakład Usług Budowlano-Remontowych „Rembud”. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Gdyby jednak uznać, że takie zarzuty zostały podniesione w odwołaniu, do czego brak podstaw, to biorąc pod uwagę, iż wartość przedmiotowego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, rozpoznawanie takich zarzutów było niedopuszczalne (art. 180 ust. 2 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp).

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień*

publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: