

Sygn. akt KIO/1530/10
KIO/1531/10
KIO/1535/10

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Katarzyna Ronikier-Dolańska
Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **22 lipca 2010 roku** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Przemysław Jędrzejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Jędrzejczyk, 41-219 Sosnowiec, ul. Łomżyńska 1/1

B. Agnieszkę Wiśniowską, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: P.H.U. „AGBUD” Agnieszka Wiśniowska, 33-380 Krynica Zdrój, ul. Piłsudskiego 39-49

C. Ekokaloria PKB Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytowo-akcyjną, 25-214 Kielce, ul. Hanke Bosaka 9

od czynności zamawiającego **Samodzielnego Publicznego Szpitala Miejskiego w Sosnowcu, 41-219 Sosnowiec, ul. Szpitalna 1.**

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

orzeka:

1. oddala odwołanie wniesione przez Przemysława Jędrzejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Jędrzejczyk, 41-219 Sosnowiec, ul. Łomżyńska 1/1
2. oddala odwołanie wniesione przez Agnieszkę Wiśniowską, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: P.H.U. „AGBUD” Agnieszka Wiśniowska, 33-380 Krynica Zdrój, ul. Piłsudskiego 39-49
3. oddala odwołanie wniesione przez Ekokaloria PKB Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytowo-akcyjną, 25-214 Kielce, ul. Hanke Bosaka 9
4. Kosztami postępowania obciąża Przemysława Jędrzejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Jędrzejczyk, 41-219 Sosnowiec, ul. Łomżyńska 1/1, Agnieszkę Wiśniowską, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: P.H.U. „AGBUD” Agnieszka Wiśniowska, 33-380 Krynica Zdrój, ul. Piłsudskiego 39-49, Ekokaloria PKB Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytowo-akcyjną, 25-214 Kielce, ul. Hanke Bosaka 9

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przemysława Jędrzejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Jędrzejczyk, 41-219 Sosnowiec, ul. Łomżyńska 1/1**
 - B koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **P.H.U. Agnieszkę Wiśniowską, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: P.H.U. „AGBUD” Agnieszka Wiśniowska, 33-380 Krynica Zdrój, ul. Piłsudskiego 39-49**
 - C koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Ekokaloria PKB Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytowo-akcyjną, 25-214 Kielce, ul. Hanke Bosaka**

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Miejski w Sosnowcu, 41-219 Sosnowiec, ul. Szpitalna 1 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. Szpital przyjazny środowisku – proekologiczne zmiany budowlane w budynku Szpitala Miejskiego – termomodernizacja – modernizacja gospodarki cieplnej budynków Szpitala Miejskiego zlokalizowanego w Sosnowcu przy ul. Zegadłowicza 3.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 21 lipca 2010 roku wykonawca Przemysław Jędrzejczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Jędrzejczyk, 41-219 Sosnowiec, ul. Łomżyńska 1/1 wniósł odwołanie od czynności zamawiającego podjętej w toku postępowania, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego się. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że jest całkowicie zgodna z wymaganiami SIWZ,
- art. 87 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wyjaśnienia domniemanych niezgodności oferty odwołującego się z treścią SIWZ,
- art. 7 ust. 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu - oferty odwołującego się.

Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego się
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako bezwzględnie wadliwej,
- dokonanie wyboru oferty odwołującego się w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący się podniósł, iż w dniu 16 lipca 2010 roku zamawiający poinformował odwołującego się o odrzuceniu jego oferty z następujących powodów:

I. W kosztorysie Ocieplenie ścian zewnętrznych i dachu: Poz. 11 brak krotności, Zamawiający wymagał krotność 55, Poz. 12 brak krotności, Zamawiający wymagał krotność 10,, Poz. 17 brak krotności, Zamawiający wymagał krotność 2, Poz. 21 brak krotności, Zamawiający wymagał krotność 10, Poz. 24 brak krotności, Zamawiający wymagał krotność 4, Poz. 36 brak krotności, Zamawiający wymagał krotność 14,

Poz. 258 brak krotności, Zamawiający wymagał krotność 64, W kosztorysie Instalacja wewnętrzna co. - segment B poz. 35 jest Zawory grzejnikowe o śr. nominalnej 15 mm, Zamawiający wymagał Głowice termostatyczne o zakresie nastaw 6-28,(...)"

Tymczasem - w kosztorysie odwołującego się załączonym do oferty w pozycjach oznaczonych numerami:

11 - widnieje krotność 55,

12 -widnieje krotność 10,

17 - widnieje krotność 2,

21 -widnieje krotność 10,

24 - widnieje krotność 4,

36 - zgodnie z podaną przez Zamawiającego w przedmiarze robót podstawą wyceny - KNR 0-19/0928-11 krotność nie była wymagana, nie ma też takiego zapisu w przedmiarze robót dostarczonym przez Zamawiającego,

258 - widnieje krotność 3, która jest zgodna z krotnością = 3 zapisaną w pozycji nr 258 przedmiaru robót dostarczonego przez Zamawiającego.

35 - widnieje zapis: M głowice termostatyczne o zakresie nast. 6-28 st. C.

Wszystkie wymienione przez Zamawiającego w tym punkcie niezgodności nie potwierdzają stanu faktycznego jaki stwierdza Odwołujący w swoim kosztorysie załączonym do oferty, zatem Zamawiający dokonał w tym zakresie błędnej oceny.

II. „(...) Wykonawca zastosował System GREINTPLAST jako system równoważny; grubość zaprawy tynk. 1 mm, Zamawiający wymagał Baumit Mineral M; grubość zaprawy tynk. min. 1,5 mm. Ponadto wykazany materiał jest niezgodny z kartą katalogową producenta. Poz. 49, 51, 59, 72, 74, 104, 106, 143, 145, 173, 175, 193, 195, 220, 222, 246, 248, 265, 267, 287, 289, 325, 327, 363, 365, jest grubość zaprawy tynk. 1 mm. Zamawiający wymagał grubość zaprawy tynk. min.1,5 mm, (...)"

W tym przypadku Zamawiający nie dołożył należytej staranności i mimo, że przepis daje taką możliwość nie zażądał od Odwołującego się złożenia wyjaśnień. Odwołujący posiada dokument producenta potwierdzający, że produkuje on tynki mineralne **GREINTPLAST** o grubości uziarnienia nie mniejszej niż 1,5 mm. Posiada również dla tego wyrobu: Deklarację zgodności nr A/0609, Attest Higieniczny HK/B/1775/14/2006 ważny do 2012.02.22.

III. „(...) Poz. 81, 113, 153, 183, 204, 231, 256, 275, 296, 373, jest grubość zaprawy tynk. 1 mm; Materiały: płyty styropianowe FS15. zamawiający wymagał grubość zaprawy tynk. min. 1,5 mm; Materiały: płyty styropianowe FS30.(...)"

Płyty styropianowe o symbolu FS30 stosuje się do izolacji stropów pod wylewki betonowe, stropodachów, posadzek hal przemysłowych i magazynów oraz w budownictwie drogowym i konstrukcjach inżynierskich.

Płyty styropianowe o symbolu FS15 stosuje się do docieplania ścian metodą lekką-mokrą lub jako element izolacyjny i konstrukcyjny w klejonych płytach warstwowych. Wszystkie wymienione pozycje kosztorysowe dotyczą ocieplenia ścian, zatem zastosowane płyty styropianowe o symbolu FS 15 są właściwe.

W tym przypadku również Zamawiający nie dołożył należytej staranności i mimo, że przepis daje taką możliwość, nie zażądał od Odwołującego się złożenia wyjaśnień.

IV. Stwierdzony przez Zamawiającego brak w opisie pozycji kosztorysowych:

nr 138, 361 słowa „żaluzja Z1”,

nr 139 słowa „żaluzja Z2”,

nr 140 słowa „żaluzja Z3”

przy spełnieniu wszystkich innych wymogów dotyczących obmiaru, właściwości materiału, krotności i poprawnej wyceny - pozwalał Zamawiającemu na zakwalifikowanie i dokonanie poprawienia jako oczywistej omyłki pisarskiej. Z takiej możliwości Zamawiający jednak z niewiadomych powodów nie skorzystał.

V. Stwierdzony przez Zamawiającego brak w pozycji kosztorysowej nr 8 i 7 Obmiaru dodatkowego - jednej próby był możliwy do poprawienia przez Zamawiającego w oparciu o wycenę 335 m próby szczelności w pozycji 7 kosztorysu oraz 585 m w pozycji 8 kosztorysu załączonego do oferty.

VI. Stwierdzony przez Zamawiającego w kosztorysie Instalacja wewnętrzna c.o. -segment B w pozycji 62 jednostki miary - „m”, zamiast wymaganego „m²” przy spełnieniu wszystkich innych wymogów dotyczących obmiaru, właściwości materiału i poprawnej wyceny - pozwalał Zamawiającemu na zakwalifikowanie i dokonanie poprawienia jako oczywistej omyłki pisarskiej. Z takiej możliwości Zamawiający jednak z niewiadomych powodów nie skorzystał.

W ocenie odwołującego zamawiający zaniechał możliwości dokładnego wyjaśnienia kwestii zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, wprowadzając samodzielne domniemanie niezgodności oferty Odwołującego, pomimo oświadczenia Odwołującego się o wykonaniu przedmiotowego zamówienia na warunkach określonych w SIWZ. Zamawiający nie powinien przecież rezygnować z wyjaśnienia niejasnych części oferty z góry zakładając, iż na pewno zmienią one jej treść. Art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp należy bowiem interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty, w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne/nieważne. Poza tym, biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert, art. 87 ust. 1 ustawy, należy odczytywać nie tylko jako uprawnienie zależne od uznania Zamawiającego, lecz jako

kompetencję Zamawiającego, a zatem prawo do żądania wyjaśnień połączone z obowiązkiem ich zażądania w celu zachowania należytej staranności w przeprowadzeniu badania i oceny oferty.

KIO/1531/10

Wykonawca – Agnieszka Wiśniowska, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Agnieszka Wiśniowska, 33-380 Krynica Zdrój, ul. Piłsudskiego 39/49 – wnioś odwołanie na czynności zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu i wnioś o:

1, uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty firmy „DAN-POL” s.j. z siedzibą w Tychach przy ul. Murarskiej 28,
- unieważnienie decyzji dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego,
- ponowne badanie i ocenę ofert.
- odrzucenie oferty firmy „DAN-POL” s.j. z siedzibą w Tychach przy ul. Murarskiej 28, jako niezgodnej z treścią SIWZ,
- wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w kryterium podanym w SIWZ.

2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący się przedstawił szereg zarzutów i argumentów na uzasadnienie bezprawności zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty DAN-POL s.j.

Ponadto – w odniesieniu do bezprawności odrzucenia oferty odwołującego się odwołujący się podniósł, co następuje:

Odwołujący się podniósł, że zarzut związany z brakiem równoważności zastosowanego systemu ocieplenia jest tylko opinią Zamawiającego. Zamawiający zarzuca odwołującemu, że tynk CT-137 występuje tylko w wersji do malowania lub w kolorze białym. Zamawiający nie skontaktował się z przedstawicielem producenta lub nie zajrzał do aprobat technicznych systemów. Jako dowód odwołujący się przedstawił aprobaty techniczne (Załącznik nr 4), z których wynika, że producent wykonuje tynk, który został zastosowany w ofercie odwołującego a spełnia warunki stawiane przez Zamawiającego w SIWZ. Ponadto przedstawiamy oświadczenie producenta o równoważności systemu z dnia 17.05.2010r. (Załącznik nr 5) oraz dodatkowe wyjaśnienia dotyczące kolorystyki (Załącznik nr 6).

W ofercie odwołującego jako jedynej zastosowano tynk o uziarnieniu 1,5mm. Pozostali wykonawcy zastosowali tynk o uziarnieniu 1,0mm lub 2,0mm. Zamawiający nie dokonał zatem rzetelnej oceny ofert po raz kolejny łamiąc zasady uczciwej konkurencji zaniechał czynności i nie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) związanych z równoważnością systemu dociepleniowego, a sam ten fakt nie może być podstawą do odrzucenia oferty odwołującego.

W projekcie i w ofercie występują 2 pary systemów: Baumit Mineral M a odwołującego Ceresit Ceretherm Wool Classic oraz Baumit Mineral S a odwołującego Ceresit Ceretherm Classic. Zamawiający natomiast w uzasadnieniu odrzucenia odwołującego po pierwsze wypisał listę pozycji pomieszaną, ponieważ część odnosi się do jednej z pary systemów, część do drugiej, część do malowania oraz przy tym pominął w ogóle część pozycji z przedmiaru odnośnie tych systemów. Zamawiający najpierw pisze o systemie Ceretherm Wool Classic a później przytacza zapis odwołującego z kosztorysu dla drugiego systemu, pisząc Ceresit Ceretherm Classic.

Odwołujący się przedstawił poprawną – w jego przekonaniu - klasyfikację i podział pozycji kosztorysowych i przedmiarowych przy zamianie systemów równoważnych:

1. Baumit Mineral S -> Ceresit Ceretherm Classic poz. z kosztorysu: 59, 81, 113, 153, 183,204,231,256,275,296,373.
2. Baumit Mineral M -> Ceresit Ceretherm Wool Classic poz. z kosztorysu: 49,51,72,74, 104, 106, 143, 145, 173,175, 193, 195,220,222,246,248,265,267,287,289, 325,327,363,365.
3. Malowanie farbą akrylową poz. z kosztorysu: 52, 60, 75, 82, 107, 114, 146, 154, 176, 184,196, 205, 223, 232, 249, 257, 268, 276, 290, 297, 328, 366, 374.

Przedstawiając oświadczenia producenta oraz aprobaty techniczne odwołujący się udowadnia, że stawiany mu zarzut odnośnie braku równoważności systemu dociepleniowego jest całkowicie bezzasadny i powinien zostać w całości oddalony.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego pisze, że: „Wykonawca w dołączonym kosztorysie ofertowym nie przewidział malowania tynku mineralnego CT 137”, chociaż sam napisał udzielając odpowiedzi, że ma być barwiony w masie, czyli malowania nie ma, dlatego pozycje związane z malowaniem zostały przez odwołującego „wyzerowane” co jest zgodne z zapisami SIWZ rozdział XI pkt 4: „*Wstawianie w pozycji kosztorysu ofertowego zera jako wartości pozycji traktowane będzie jako upust kupiecki*”. Zatem oferta odwołującego została sporządzona zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz technologią wykonania zaproponowanego systemu, z resztą jako jedyna.

Drugi zarzut stawiany ofercie odwołującego w ocenie odwołującego się również jest bezzasadny. Pismem z dnia 01.07.2010 r. Zamawiający wezwał odwołującego do udowodnienia równoważności tym razem w sprawie grzejników. Zamawiający w

dokumentacji wymagał zastosowania grzejników CosmoNova a odwołujący zastosował PURMO. Są to grzejniki produkowane przez ten sam kołcem Retting Heating sp. z o.o. w oparciu o te same normy na co przedstawił deklaracje zgodności obydwu typów grzejników (Załącznik nr 7 i 8) oraz przekazał korespondencję (załącznik nr 9).

Odwołujący się podniósł, że dla żadnych grzejników dostępnych na rynku, w tym wymaganych CosmoNova oraz zastosowanych w ofercie PURMO nie ma i nie wydaje się aprobat technicznych zatem wymaganie przez Zamawiającego ich przedstawienia jest z góry niewykonalne. Ponadto żądanie przedstawienia przeliczenia nastaw dla zastosowanych w ofercie grzejników wiąże się z wykonaniem nowego projektu. Pomijając fakt, że wykonanie takiego projektu zależne jest od parametrów kotłowni, która jeszcze nie istnieje a Zamawiający nie dołączył do dokumentacji przetargowej projektu kotłowni, jest niemożliwe do wykonania to na dodatek zaprojektowane grzejniki są z nastawą 1-5 w skali od 1 do 7. Zatem nawet gdyby zastosowane przez odwołującego grzejniki różniły się mocą o kilka Wat (wielkość pomijana przez projektantów) to i tak przy zmianie nastawy spełniają wymagania stawiane w SIWZ. Nastawa wykonywana jest ręcznie, nie elektronicznie i jest to wartość umowna w zależności od osoby wykonującej tą czynność. Dokładność tego ustawienia jest z pewną tolerancją i w zależności od tego, pod jakim kątem patrzy się na głowicę może ona być w rzeczywistości powyżej lub poniżej wymaganej wartości. Odwołujący się przedstawił oświadczenia producenta informujące o równoważności zastosowanych przez odwołującego grzejnikach oraz zestawienie porównawcze obydwu systemów (w załączniku nr 9). Przedstawił również atest higieniczny wraz z oświadczeniem Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego dopuszczające do stosowania w jednostkach takich jak Zamawiający. Zamawiający dokonując oceny oferty opierał się, jak sam napisał, na opinii projektanta, nie biorąc pod uwagę żadnego z oświadczeń producenta.

KIO/1535/10

Wykonawca Ekokaloria PKB Sp. z o.o. S.K.A., 25-214 Kielce, ul. Hauke Bosaka 9 wniósł odwołanie na czynności zamawiającego niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu:

- 1) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 13 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 3) zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia z naruszeniem art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wraz z ofertą odwołującego;
- 4) nakazanie Zamawiającemu poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego na podstawie faktury przedłożonej na rozprawie.

Odwołujący się podniósł, że Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty naruszył art. 7 ust. 3 ustawy, gdyż za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta Wykonawcy, który został wyłoniony niezgodnie z przepisami ustawy. Najkorzystniejszą ofertą jest bowiem oferta odwołującego się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

W doktrynie (por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck 2009,) podkreśla się, że oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odmiennosc ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia.

Oznacza to, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Oczekiwania i interesy Zamawiającego zaspokaja oferta Odwołującego. Oferta ta obejmuje bowiem cały zakres zamówienia, a ujęte w ofercie roboty i materiały odpowiadają wielkościom określonym w siwz. Oferta Odwołującego spełnia również narzucone przez Zamawiającego warunki realizacji zamówienia oraz wszelkie inne wymagania istotne dla wykonania przedmiotu zamówienia.

W tym stanie faktycznym nie ma zatem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego jeżeli jej treść zaspokaja interesy Zamawiającego, a co najwyżej można uznać, że w jej treści zawarte są omyłki, o których mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy. We wskazanych przez Zamawiającego, w piśmie z dnia 16 lipca 2010r., pozycjach mamy do czynienia z takimi omyłkami. W pozycjach tych zawarto bowiem jedynie odmienny, czy też niekompletny opis materiałów użytych do realizacji zamówienia. Natomiast ilości materiałów i robót są zgodne z

wymaganiami zawartymi w siwz. Ponieważ omyłki te nie powodują niezgodności treści oferty z siwz, tym samym uznać należy, że brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Konstrukcja przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wskazuje, że Zamawiający jest zobowiązany do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, o ile nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Nie budzi wątpliwości, iż ustawodawca, wprowadzając ten przepis, miał przede wszystkim na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego, tak jak to miało miejsce w niniejszej sprawie.

Takie rozumienie przepisu prezentowane jest również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jako nieistotną należy uznać niezgodność polegającą na odmiennym opisie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia oraz materiałów użytych do realizacji zamówienia, jeżeli poprawienie omyłek nie powoduje ani zmiany ilości robót, ani też ich ceny. O istotnej zmianie treści oferty można by mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy.

Skoro zatem w ofercie Odwołującego zawarte są omyłki w znaczeniu, jakie temu pojęciu nadaje art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, to Zamawiający był zobowiązany do poprawienia ich.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wszyscy odwołujący się w przedmiotowym postępowaniu mają interes w uzyskaniu zamówienia, uprawniający ich do wnoszenia środków odwoławczych, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO/1530/10

Odwołanie jest niezasadne.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał zaoferowania systemu Baumit Mineral M lub równoważnego, grubość zaprawy tynkowej od 1,5 mm do 6 mm.

W złożonej przez siebie ofercie odwołujący się zaoferował wykonanie prac w systemie Greinplast z tynkiem mineralnym o uziarnieniu 1 mm i jest to okoliczność bezsporna.

Odwołujący się podnosił, iż w tym przypadku zamawiający winien był zażądać od odwołującego się złożenia wyjaśnień. Odwołujący się posiada dokument potwierdzający, że produkuje on tynki mineralne GREINPLAST o grubości uziarnienia nie mniejszej niż 1,5 mm.

Zamawiający podnosił, że producent, którego produkt zaoferował odwołujący się posiada w swoim asortymencie tynki mineralne o uziarnieniu: 1,5 mm; 2 mm, 2,5 mm oraz 3 mm. Zamawiający, aby móc samodzielnie dokonać poprawy w ofercie odwołującego się, musiałby zwrócić się do niego z pytaniem, na jaki rodzaj tynku ma dokonać poprawy (czy na tynk o uziarnieniu 1,5 mm, 2 mm, 2,5 mm czy też 3 mm).

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty, z wyjątkiem poprawiania omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie. W ocenie Izby dokonanie zmiany w ofercie wykracza poza wykazanie, w jaki sposób należy rozumieć treść oferty. Z kolei dokonanie poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie jest możliwe z uwagi na to, iż zamawiający nie dysponuje danymi pozwalającymi na samodzielną zmianę rodzaju tynku w ofercie odwołującego się. Elementem istotnym w procesie dokonywania poprawy omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest to, iż zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak więc zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone. W przedmiotowej sprawie niemożliwym byłoby dokonanie poprawy bez wcześniejszego uzgodnienia z odwołującym się, jaką grubość tynku chciał w istocie zaoferować.

Izba nie uznała także za zasadny zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego się z powodu zaoferowania przez odwołującego się płyt styropianowych FS15 zamiast wymaganych FS30.

Zamawiający w dokumentacji projektowej wskazał wykonawcom, że ocieplenie ścian przyziemia należy wykonać z płyty termoizolacyjnej ze styropianu o podwyższonej odporności na wilgoć i korozję biologiczną o gęstości minimum FS30 lub polistyrenu ekstrudowanego, gr. 5 cm.

Odwołujący się zaoferował płyty FS15 i jest to okoliczność bezsporna. Odwołujący się przyznał ten fakt zarówno w odwołaniu, jak i w toku rozprawy.

Izba stwierdza, iż opis przedmiotu zamówienia, w tym również opis sposobu wykonania tego przedmiotu, jest obowiązkiem zamawiającego. Wykonawcy nie mogą samodzielnie zmieniać sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, nawet jeżeli uważają, że wymagania w zakresie tego wykonania są nieadekwatne do samego przedmiotu zamówienia bądź też z innych względów nieuzasadnione.

W ocenie Izby nie ma również wątpliwości co do tego, że zamawiający w sposób wyraźny, nie budzący wątpliwości, wskazał płyty o gęstości minimum FS30 lub polistyren ekstrudowany o gr. 5 cm. Wynika to z zapisu Projektu budowlano-wykonawczego – rys. D-8. Nie sposób również uznać za zasadną argumentacji odwołującego się, iż zamawiający winien wezwać go o udzielenie wyjaśnień w zakresie tej części oferty. Odwołujący się złożył wyraźne, nie wymagające wyjaśnienia oświadczenie woli co do rodzaju zaoferowanych płyt i stanowisko to konsekwentnie podtrzymywał w toku postępowania.

W pozostałym zakresie Izba uznała zasadność zarzutów odwołującego się. Wskazane nieprawidłowości w kosztorysie odwołującego się w pozycjach 138, 361, 139, 140 oraz w kosztorysie – Instalacja wewnętrzna c.o. – segment B w pozycji 62 są oczywistą omyłką pisarską, które zamawiający obowiązany jest poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby odwołujący się uzasadnił również brak próby w pozycji kosztorysowej nr 8 i 7 Obmiaru dodatkowego. Zamawiający uznał zaś za zasadny zarzut I odwołania. Jednakże z uwagi na fakt, że uwzględnienie dwóch spośród sześciu zgłaszanych zarzutów jest równoznaczne z zasadnością decyzji zamawiającego co do odrzucenia oferty odwołującego się, Izba oddaliła odwołanie.

KIO/1531/10

Odwołanie jest niezasadne.

Zarzuty odwołania dotyczyły niezasadności wyboru oferty Dan Pol M. Piechota S.j. jako oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego się.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego się.

Z powyższego wynika, iż postępowaniu, w którym wartość zamówienia jest niższa od tzw. progów unijnych, odwołanie nie przysługuje na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu wartość zamówienia nie przekracza tych wartości, odwołanie przysługuje jedynie wobec czynności wskazanych wyżej.

Izba pozostawiła zatem bez rozpoznania zarzuty dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wskazał w projekcie na system Baunit Mineral S i Baunit Mineral M jako systemy dociepleń. Wykonawcy, którzy zaoferowali inne systemy winny, byli wykazać ich równoważność względem rozwiązania przyjętego w projekcie.

Przewidziane przez zamawiającego systemy należą do systemów niepalnych i fakt ten nie został zakwestionowany przez żadną ze stron.

Odwołujący się zaoferował systemy Ceresit Ceretherm Wool Classic oraz Ceresit Ceretherm Classic z wykończeniem w tynkach mineralnych bez malowania powłoką malarską.

Zgodnie z aprobatą techniczną AT-15-3717/2008 strona 13, tablica 15, pozycja 8 „Zestaw wyrobów do wykonywania ociepleń systemem Ceresit Ceretherm Wool Classic posiada klasyfikację ogniową jako system niepalny z wyprawą tynkarską grubości 1,5 mm i powłoką malarską.

Zaoferowanie przez odwołującego się tynku bez malowania oznacza, iż przyjęte rozwiązanie nie będzie posiadało cechy niepalności i jako takie nie jest równoważne z systemem zastosowanym w projekcie.

Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. „Równoważność” oznacza możliwość uzyskania efektu założonego przez zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych poprzez dopuszczenie ofert opartych na równoważnych ustaleniach.

W rozpoznawanej sprawie nie sposób mówić o równoważności systemu zaprojektowanego i zaoferowanego w sytuacji, gdy w przypadku tego drugiego zabrakło tak istotnej cechy, jaką jest niepalność tynku.

W ocenie Izby o istnieniu równoważności nie przesądza pismo producenta Henkel Polska Sp. z o.o. z dnia 17 maja 2010 roku, w którym potwierdza się równoważność systemu Ceresit Ceretherm Wool Classic z systemem Baunit Mineral. Wymóg równoważności pomiędzy obydwojema rodzajami systemu byłby spełniony, gdyby wykonawca pokrył zaoferowany przez siebie produkt powłoką malarską. Odwołujący się zaoferował system bez malowania i okoliczności tej nie zaprzeczył w toku postępowania.

W pozostałym zakresie Izba uznała za zasadne zarzuty podniesione w odwołaniu. W szczególności brak jest podstaw do przyjęcia, że przyjęte przez odwołującego się rozwiązanie uniemożliwia uzyskanie kolorystyki przewidzianej w projekcie budowlanym.

Powyższe wynika z pisma Henkel Polska Sp. z o.o. z dnia 19 lipca 2010 roku, gdzie producent stwierdza, iż otrzymał liczne zapytania co do możliwości produkcji tynku CT 137 w kolorystyce jak w dokumentacji technicznej i informuje, że produkcja tynku CT 137 w podanej kolorystyce jest jak najbardziej możliwa. Producent powołał się w rzeczonym piśmie na przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, toteż nieuzasadnionym są twierdzenia, iż nie wiadomo, o co odwołujący się w istocie zapytał. Należy zwrócić uwagę, że Henkel Polska Sp. z o.o. przyznaje, że o kolorystykę pytało go wielu wykonawców. Miał zatem dane z wielu źródeł co do wymogów zamawiającego w zakresie kolorystyki.

Izba uznała za zasadny zarzut odnoszący się do nie wykazania równoważności zaoferowanych przez odwołującego się grzejników PURMO z przewidzianymi przez zamawiającego grzejnikami CosmoNova. Zamawiający dwukrotnie – pismami z dnia 1 lipca 2010 roku i 7 lipca 2010 roku – zwracał się do odwołującego się o wykazanie równoważności zaoferowanych grzejników. Odwołujący się każdorazowo udzielił szczegółowych odpowiedzi na zadane pytania, załączył część żądanych dokumentów i wyjaśnił, z jakich powodów nie może przekazać pozostałych dokumentów. Swoje stanowisko odwołujący się poparł oświadczeniami producenta.

W ocenie Izby przedstawione wyjaśnienia należy uznać za wystarczające. Nie bez znaczenia jest fakt, iż w dokumentacji projektowej brak jest informacji na temat mocy grzejników, które to dane stały się podstawą opinii projektanta, odmawiającej stwierdzenia równoważności grzejników zaoferowanych przez zamawiającego. Odwołujący się nie może ponosić konsekwencji nie zamieszczenia w dokumentacji postępowania wszystkich niezbędnych informacji niezbędnych do właściwego sporządzenia oferty.

Pomimo uznania części podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba nie uwzględniła odwołania ze względu na fakt przyznania, iż odwołujący się nie zaoferował rozwiązania równoważnego przewidzianemu w projekcie systemowi Baunit Mineral S i M. Stanowisko takie oznacza, że treść oferty odwołującego się nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w związku z czym czynność odrzucenia oferty była zasadna.

KIO/1535/10

Odwołanie jest niezasadne.

W ocenie Izby brak jest podstaw do nakazania zamawiającemu poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, iż odwołujący się w ofercie zawarł informację, iż oferuje ocieplenie ościeży z zastosowaniem tynku Baunit o uziarnieniu 1mm i ocieplenie ścian z zastosowaniem systemu Baunit o uziarnieniu 1,5mm, przy czym tynku o uziarnieniu 1,5mm

nie ma w ofercie firmy Baumit. Producent ten oferuje natomiast tynk mineralny o uziarnieniu 1mm, 2mm i 3 mm.

Odwołujący się podnosił, iż zamawiający odrzucając jego ofertę użył zwrotu nie występującego ani w siwz, ani w projekcie techniczno-budowlanym: „zaprawa tynkarska o strukturze”. W ocenie odwołującego się zwrot ten dotyczył grubości zaprawy tynkarskiej i grubość ta została określona jako 1,5mm i jest to wielkość sztywna. Odwołujący się na dowód powyższego wskazał na projekt budowlano-techniczny (nr rys. D-6), gdzie wskazano, że wyprawa z cienkowarstwowego tynku strukturalnego ma mieć grubość 1,5 mm oraz na aprobaty techniczne, z których wynika, iż żądany przez zamawiającego i zaoferowany przez odwołującego się tynk nie występuje z uziarnieniem jednorodnym, ale z uziarnieniem niejednorodnym, w którym grubość ziarna waha się od 0-1,5mm, 0-2mm, 0-3mm, a minimalna grubość warstwy wynosi 1,5mm.

W ocenie Izby brak jest podstaw do jednoznacznego twierdzenia, iż zamawiający określając grubość tynku miał na myśli grubość zaprawy tynkarskiej, nie zaś grubość uziarnienia. W opozycji do stanowiska odwołującego się stoi bowiem zapis pkt 2.2.7 Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, gdzie mowa jest o uziarnieniu i jednocześnie podana jest jego grubość: od 1,5 do 6 mm.

Niejednoznaczność zapisów dokumentacji postępowania może co najwyżej prowadzić do stwierdzenia, iż wykonawca, który dostosował się do jednego z zapisów, nie może ponosić negatywnych dla siebie konsekwencji w sytuacji, gdy w innym miejscu dokumentacji znajduje się zapis nie odpowiadający zapisowi, który zastosował wykonawca.

W rozpoznawanym przypadku nie mamy jednak do czynienia z taką sytuacją. Odwołujący się zaoferował bowiem strukturę BaumitBayosan SEP baranek o grubości 1mm, czyli o grubości, która nie występuje ani przy założeniu, że zamawiający określił grubość zaprawy tynkarskiej ani też w sytuacji, gdy chodziłoby o grubość uziarnienia.

W przypadku tym brak jest podstaw do nakazania zamawiającemu dokonania poprawienia oferty odwołującego się, albowiem zaoferowany tynk występuje z uziarnieniem o różnorodnej grubości wskazanej w kilku zakresach, natomiast jego minimalną grubość wynosi 1,5mm. Użycie sformułowania „minimalna” przy określeniu grubości warstwy tynkowej oznacza, iż warstwa ta występuje również w różnych grubościach, nie mniejszych niż 1,5mm. Zamawiający nie jest uprawniony do tego, by samodzielnie wybrać jedną spośród wielu dostępnych warstw tynku i poprawić w ten sposób ofertę odwołującego się.

Procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty, z wyjątkiem poprawiania omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie. W ocenie Izby dokonanie zmiany w ofercie wykracza poza wykazanie,

w jaki sposób należy rozumieć treść oferty. Z kolei dokonanie poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie jest możliwe z uwagi na to, iż zamawiający nie dysponuje danymi pozwalającymi na samodzielny zmianę rodzaju tynku w ofercie odwołującego się. Elementem istotnym w procesie dokonywania poprawy omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest to, iż zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak więc zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone. W przedmiotowej sprawie niemożliwym byłoby dokonanie poprawy bez wcześniejszego uzgodnienia z odwołującym się, jaką grubość tynku chciał w istocie zaoferować.

Izba nie zgadza się z odwołującym się, iż art. 87 ust. 1 ustawy Pzp uprawnia do negocjacji zamawiającego i wykonawcy w zakresie określonym w ust. 2 tegoż artykułu. W trakcie procedury uzyskiwania i oceny wyjaśnień niedozwolone są jakiegokolwiek negocjacje dotyczące oferty, co wprost wynika ze wskazanego przepisu.

W pozostałym zakresie Izba zarzuty odwołania uznała za zasadne. Jak już wyżej wskazano sam fakt zaoferowania przez odwołującego się tynku o grubości 1,5mm, nie można uznać za niewłaściwe w sytuacji braku jednoznaczności, czy chodzi o grubość warstwy tynkowej, czy o grubość uziarnienia. Z aprobat technicznych tynku BaumiBayoson SEP baranek wynika, iż występuje on w warstwie o grubości 1,5mm.

Izba stwierdziła również zasadność żądań odwołującego się w zakresie dotyczącym styropianu (poz. 59, 81, 113, 183, 204, 231) oraz okien (poz. 68, 69, 101, 102, 281). Poprawienie omyłek w kosztorysie we wskazanych pozycjach wymagałoby bowiem jedynie zmiany oznaczenia styropianu na FS30 zamiast FS20 oraz dopisaniu symbolu EI 60 przy oknach. Dokonanie powyższych zmian byłoby możliwe z uwagi na fakt, iż zamawiający dysponował danymi umożliwiającymi dokonanie takiej poprawy. Izba nie nakazała wszakże zamawiającemu dokonania poprawek z uwagi na nieuwzględnienie całości zarzutów, co w konsekwencji prowadzi do zasadności odrzucenia oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....