

**WYROK**

**z dnia 23 kwietnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący** – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Rafał Komoń**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 kwietnia 2012 r.** przez **wykonawcę Grażynę Marcinkowską prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą ZANID Grażyna Marcinkowska ul. Fabryczna 10, 53 - 609 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Akademię Medyczną im. Piastów Śląskich we Wrocławiu ul. Pasteura 1, 50-367 Wrocław**,

przy udziale wykonawcy **Tadeusza Fliegera prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TAWO Tadeusz Flieger, ul. Grochowska nr 12, 60-277 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie,**

- 1.1. nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Tadeusza Fliegera prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TAWO Tadeusz Flieger**,
- 1.2. nakazuje powtórzenie czynności badania, oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Akademię Medyczną im. Piastów**

**Śląskich we Wrocławiu ul. Pasteura 1, 50-367 Wrocław,**

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego wykonawcę **Grażynę Marcinkowską prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą ZANID Grażyna Marcinkowska ul. Fabryczna 10, 53 - 609 Wrocław,** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od zamawiającego **Akademii Medycznej im. Piastów Śląskich we Wrocławiu ul. Pasteura 1, 50-367 Wrocław,** na rzecz odwołującego wykonawcy **Grażyny Marcinkowskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ZANID Grażyna Marcinkowska ul. Fabryczna 10, 53 - 609 Wrocław,** kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu.**

**Przewodniczący:**

.....

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na „Dostawę, montaż, podłączenie do istniejących instalacji i uruchomienie dygestoriów we wskazanych pomieszczeniach budynku A, B, C, D Zintegrowanego Centrum Edukacji i Innowacji Wydziału Farmaceutycznego Akademii Medycznej we Wrocławiu przy ul. Borowskiej 213, w ramach realizacji projektu: Budowa i wyposażenie Zintegrowanego Centrum Edukacji i Innowacji Wydziału Farmaceutycznego Akademii Medycznej we Wrocławiu” (Dz. Urz. UE z 04.01.2012, numer ogłoszenia: 2012/S 1-001422), w dniu 10 kwietnia 2012 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę Grażynę Marcinkowską prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą ZANID Grażyna Marcinkowska z siedzibą we Wrocławiu, (dalej także ZANID), w kopii doręczone zamawiającemu przed upływem ustawowego terminu określonego art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia drogą elektroniczną w dniu 2 kwietnia 2012 r. o wyborze oferty wykonawcy Tadeusza Fliegera prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TAWO Tadeusz Flieger z siedzibą w Poznaniu (dalej także TAWO), podczas, gdy - jak utrzymywał odwołujący - oferta ta podlegała odrzuceniu, a firma TAWO wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec podjętych, niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Akademii Medycznej im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), tj.: art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1, a co za tym idzie naruszenie art. 7 ust. 1.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zawarł instrukcję przygotowania oferty oraz wymagania, jakie powinny spełnić zamówione dostawy.

1. Zgodnie z pkt-em 6 SIWZ, część III „Opis przedmiotu zamówienia”: „(...) Błat dygestoryjny: wykonany z ceramiki technicznej monolitycznej, z podniesionym obrzeżem (...) odporny na zaplamienie wg normy EN ISO 10545-14 w kategorii 5 lub równoważnej. (...) Zastosować należy blat, o jakości potwierdzonej następującymi dokumentami (dołączyć do oferty kopie poświadczone przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem):

- a. karta produktu ceramiki litej,
- b. certyfikat lub świadectwo wydane przez niezależną od producenta, instytucję badawczą, potwierdzające spełnienie w/w norm (...).

Odwołujący stwierdził, że o ile można by uznać, iż załączony przez wybranego wykonawcę TAWO Tadeusza Fliegera wynik badania porównawczego chemoodporności próbek spełnia wymagania normy EN ISO 10545-14 - to brak jest analizy kategorii, w jakiej powyższą normę badana próbka wypełnia. Brak jest, zatem dokumentu, potwierdzającego spełnianie normy EN ISO 10545-14 w kategorii 5. Sytuacja ta zaniepokoiła zamawiającego i dnia 10.03.2012 r. zwrócił się do firmy TAWO o uzupełnienie takiego dokumentu, pisząc: „(...) Prosimy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dokumentów w terminie do dnia 29.03.2012 r. (...)” Żądanego dokumentu jednak zamawiający nie otrzymał. Firma TAWO wyjaśniła natomiast, że: „(...) nawet płytki ceramiczne stosowane w tak zwanym budownictwie komunalnym wg normy PN-EN ISO 10545-14 są odporne na plamienia w kat. 4 i 5 - to tym bardziej normom tym odpowiada ceramika laboratoryjna monolityczna, a więc dziwi nas zadawanie pytania w tym zakresie.”

Odwołujący argumentował, że oferent był zobowiązany załączyć do oferty certyfikat lub świadectwo potwierdzające spełnianie norm. Wykonawca TAWO nie zrobił tego - udzielił natomiast wyjaśnień, z których wynika, że skoro inny materiał (bez związku z przedmiotem zamówienia) jest odporny na plamienia w kat. 4 i 5, to ten zaoferowany też na pewno jest odporny w kat. 5. Niewłaściwe wydało się odwołującemu, że takie wyjaśnienie zastępuje zamawiającemu certyfikat, czy świadectwo, zwłaszcza, że inni oferenci, na podstawie SIWZ byli zobowiązani taki certyfikat, bądź świadectwo niezależnej instytucji badawczej przedstawić. Z powyżej opisanej okoliczności, odwołujący wywiódł zarzut naruszenia przez zamawiającego dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz zignorowania nakazów ustanowionych w treści art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro Zamawiający żądał dokumentów - a ich nie otrzymał (zarówno w złożonej ofercie jak i poprzez uzupełnienie dokumentów) - miał obowiązek wykluczyć oferenta z postępowania.

2. W punkcie 6 SIWZ, część III „Opis przedmiotu zamówienia” znalazł się wymóg załączenia dokumentu dotyczącego gwarancji producenta blatów z ceramiki litej: „(...) Zastosować należy blat o jakości potwierdzonej następującymi dokumentami (dołączyć do oferty kopie poświadczone przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem): (...) Gwarancja na

blaty z ceramiki litej udzielana przez producenta na okres minimum 30 lat." Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 10 marca 2012 r. o uzupełnienie dokumentu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - ponieważ firma TAWO takiego dokumentu nie złożyła. Mimo wezwania - zamawiający żądanego dokumentu nie otrzymał. W wyjaśnieniu firmy TAWO podano, iż gwarancji na blaty z ceramiki litej udziela firma TAWO: „(...) Firma Tawo Tadeusz Flieger, jako producent dygestoriów, udziela na blaty dygestoryjne z ceramiki laboratoryjnej monolitycznej 30 lat gwarancji licząc od daty przekazania dygestoriów do eksploatacji.(...)”

Wymogiem zamawiającego było, aby gwarancja na blaty wynosiła 30 lat, ale była udzielana przez producenta blatów, nie zaś oferenta. Oferent - firma TAWO w załączonym oświadczeniu stwierdza, że jest producentem dygestoriów, a nie producentem blatów. Z danych oferty wynika, że producentem blatów jest firma Keraplan Gres Antiacido - Dorno. Odwołujący zaznaczał, że oświadczenie firmy TAWO nie jest oświadczeniem producenta blatów. Nie może więc zostać zaakceptowane przez zamawiającego, w świetle zapisów SIWZ. Na etapie oceny ofert, nie wolno bowiem zamawiającemu zmieniać wymagań zawartych w SIWZ. Jeśli żądał dokumentu - musi go otrzymać. Jeśli jednak takiego dokumentu nie otrzyma, powinien konsekwentnie, zgodnie z ustawą Pzp reagować. W opisanym przypadku żądanego dokumentu zamawiający nie otrzymał, czego skutkiem winno być wykluczenie firmy TAWO z przetargu na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

3. wymaganiem zamawiającego było zapewnienie kontroli przepływu powietrza w dygestorium w konkretny sposób. Pkt 13 SIWZ, część III „Opis przedmiotu zamówienia”, definiuje żądania zamawiającego w kwestii Systemu Kontroli Przepływu Powietrza: „(...) System kontroli przepływu powietrza musi posiadać:

- a. wyświetlacz optyczny (zielona dioda) - gdy jest prawidłowy przepływ powietrza, a tym samym bezpieczna praca w dygestorium,
6. wyświetlacz optyczny (żółta dioda) - gdy jest zbyt wysoki przepływ powietrza,
- c. wyświetlacz optyczny (czerwona dioda) oraz alarm akustyczny - gdy jest zbyt mały przepływ powietrza (...).”

Przedstawione wymagania, jak zaznaczał odwołujący - opisują parametry użytkowe wyświetlacza optycznego: dioda zielona, żółta oraz czerwona. Oferta firmy TAWO, na stronie 32, w rozdziale: DTR (Dokumentacja Techniczno Ruchowa) - Instrukcja Obsługi, pkt 2 „Budowa”, ppkt: „System kontroli przepływu powietrza i otwarcia okna przesuwne” zawiera informacje o interesującym zamawiającego rozwiązaniu: „Dygestorium wyposażone jest w system kontroli przepływu powietrza, który składa się z: (...) modułu sygnalizacyjnego umieszczonego na środku panelu sterowania wyposażonego w lampki kontrolne: zieloną oraz czerwoną, sygnalizator dźwiękowy wraz z wyłącznikiem. System nadzoruje przepływ

powietrza w dygestorium. Przy prawidłowej pracy wentylacji dygestorium zapalona jest zielona kontrolka sygnalizująca, w przypadku stwierdzenia spadku poziomu wentylacji poniżej zadanej wartości następuje alarm optyczny - zapala się czerwona kontrolka i alarm akustyczny. (...). W opisie systemu kontroli przepływu powietrza nie znalazła się żadna informacja o sygnalizacji zbyt wysokiego przepływu powietrza, która powinna uruchomić żółtą kontrolkę. System firmy TAWO takiej możliwości nie przewiduje. Oferowane rozwiązanie nie spełnia zatem wymagań zamawiającego. Treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Zamawiający w takim przypadku miał obowiązek odrzucić ofertę TAWO na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

4. W części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zamawiający opisał materiał, z jakiego ma zostać wykonany blat dygestoryjny: „(...) Powierzchnia blatu wykonana bez sztucznych barwników, wewnątrznie jednorodna, bez zastosowania tzw. glazury chemicznej i bez użycia materiału innego niż wnętrze blatu (...)”. Wynika z powyższego opisu, iż płyta użyta do wykonania blatu ma być między innymi nieglazurowana oraz wykonana z jednego materiału, jednolitego w całym przekroju blatu. Do oferty firmy TAWO, na wezwanie zamawiającego z dnia 10 marca 2012 r., załączony został test laboratoryjny płyty, z której wykonane zostaną blaty do dygestoriów. Na str. 2 testu znajduje się opis próbki: „(...) Glazurowana płyta ceramiczna o wymiarach (...)”. Zdaniem odwołującego, potwierdza to, iż badana próbka płyty, która zostanie użyta do wykonania blatów dygestoryjnych jest inna, niż chciał zamawiający. Żądana była płyta bez zastosowania tzw. glazury chemicznej, oferowana jest płyta glazurowana. Zamawiający musi oceniać zgodności treści oferty z treścią specyfikacji i podczas badania ofert reagować na wszelkie rozbieżności. Oprócz tego, że działa w ten sposób w swoim interesie, bo przecież sam wyartykułował żądania w SIWZ, to jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, która w przypadku niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji - nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty - w myśl art. 89 ust.1 pkt 2.

Odwołujący podkreślał, że zamawiający wystąpił do oferenta: firmy TAWO o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, wymagań określonych w SIWZ. Żądał uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie odpowiednich norm przez zastosowane materiały oraz gwarancji producenta na oferowane blaty na min. 30 lat (punkt 1 i 2 niniejszego odwołania). W ocenie odwołującego czynność zamawiającego była pozbawiona podstawy prawnej. O uzupełnienie dokumentów zamawiający występuje do wykonawców na podstawie art. 26 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zawsze w związku z art. 25 ust. 1 tej ustawy. Oznacza to, iż zamawiający żąda uzupełnienia dokumentów, które wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Dokumenty, których uzupełnienia żądał

zamawiający, nie zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie więc z przepisem art. 26 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający nie mógł wymagać uzupełnienia dokumentów, o których nie było mowy w ogłoszeniu o zamówieniu. Ze względu na brak dokumentów w ofercie firmy TAWO - potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, oferent powinien zostać z postępowania wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2012 r. do postępowania odwoławczego - drogą elektroniczną (w kopii przekazane stronom) - dnia 10 kwietnia 2012 r. zgłosił przystąpienie wykonawca wybrany - Tadeusz Flieger prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TAWO Tadeusz Flieger z siedzibą w Stęszewie (dalej także TAWO).

Zgłaszający przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a ponadto o odrzucenie oferty odwołującego firmy ZANID, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Zgłaszający przystąpienie przedstawił swoje stanowisko w odniesieniu do poszczególnych punktów odwołania.

Ad. 1. W ofercie TAWO został przedstawiony dokument równoważny w postaci protokołu z badania wykonanego w dniu 13 maja 2009 r. przez instytucję niezależną tj. środowiskowe Laboratorium Unikalnej Aparatury Chemicznej DAM w Poznaniu. Na wezwanie zamawiającego w odniesieniu do tego dokumentu, przedstawił wyjaśnienie z dnia 29 marca 2012 r. „iż zaoferowana przez nas ceramika spełnia warunki normy EN ISO 10545 -14 w kategorii 5. Podstawę tego oświadczenia stanowił dokument wystawiony przez Centro-Ceramiko z dnia 18.04.2008 r. Załączył test laboratoryjny Nr 3674/08.

Ad. 2. Za nieprawdziwe przyjął twierdzenie odwołującego, jakoby zamawiający żądał od oferenta aby przedstawił gwarancję producentów blatów z ceramiki litej, gdyż żądanie brzmiało „Gwarancja udzielana na blaty z ceramiki litej udzielana przez producenta na okres minimum 30 lat.” Taki dokument firma TAWO dostarczyła. Bezpodstawnym byłoby żądanie od oferentów tak długiej gwarancji na blaty dygestoryjne - od podmiotu nie będącego stroną w postępowaniu przetargowym.

Ad. 3. Za nietrafne i nieodpowiadające stanowi rzeczywistości - poczytał zarzuty, że firma TAWO w zaoferowanych dygestoriach przedstawiła rozwiązania niezgodne z SIWZ. Zgłaszający przystąpienie powoływał się na okoliczność, iż punkcie 3.2 formularza oferty stwierdził, że „wykonamy przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ oraz jej zmianami.” Dodatkowo, potwierdzeniem tego, że firma TAWO taki układ sygnalizacji zastosuje, w ofercie (...) jest pismo z dnia 27 marca 2012 r., w którym sprecyzował, że zastosowany układ w pełni

spełnia żądane parametry w SIWZ. Opisany w SIWZ system kontroli przepływu powietrza jest produktem handlowym firmy Schneider Electronic GmbH typ FM100, przystosowanym do powszechnego stosowania przez producentów w różnych modelach dygestoriów. Załączona w ofercie standardowa DTR na dygestoria firmy TAWO wcale nie dowodzi, jak utrzymywał zgłaszający przystąpienie, że system kontroli powietrza, który również jest zgodny z normą, miał być zastosowany w zaofiarowanych dygestoriach, a jest tylko informacją dla rozwiązań seryjnych. W punkcie 9 DTR określono „szczegółowe parametry produktu oraz wyposażenia określa specyfikacja kontraktu. Niniejszy dokument nie stanowi oferty handlowej. Zastrzega się odstępstwa od niniejszej dokumentacji wynikające ze stałej modernizacji produktu.”

Ad. 4. Załączony przez firmę TAWO dokument wystawiony przez Centro Ceramiko z dnia 17.04.2008 r. - test laboratoryjny, w ocenie zgłaszającego przystąpienie, nie potwierdza, że powierzchnia próbki blatu jest wykonana z zastosowaniem tzw. glazury chemicznej w dodatku z zastosowaniem barwników sztucznych. Zewnętrzną powierzchnie blatów produkowanych przez firmę Keraplan stanowi glazura utworzona na powierzchni w wyniku procesu technologicznego prowadzonego w wysokiej temperaturze, powyżej 1200 stopni C.

Ponadto zgłaszający przystąpienie uzasadnił swoje żądanie odrzucenia oferty firmy ZANID Grażyna Marcinkowska.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Tadeusza Fliegera prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TAWO Tadeusz Flieger z siedzibą w Poznaniu do udziału w sprawie, po stronie zamawiającego. Żądanie odrzucenia oferty firmy ZANID Grażyna Marcinkowska, było bezprzedmiotowe, gdyż wykonawca zgłaszający przystąpienie, nie może podnosić nowych zarzutów przeciwko odwołującemu, kwestionującemu dokonany wybór oferty.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów przedstawionych w odwołaniu, podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie z dnia 2 kwietnia 2012 r. o wyborze oferty Tadeusza Fliegera prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TAWO z siedzibą w Poznaniu.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 kwietnia 2012 r. zakwestionował stanowisko odwołującego, że nie było podstaw, aby wzywać wykonawcę TAWO do uzupełnienia dokumentów, które nie zostały wskazane w treści ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem zamawiającego, z art. 41 ustawy Pzp, nie wynika obowiązek określenia wymagań jakie przedmiot zamówienia ma spełniać oraz podania dokumentów potwierdzających spełnienie tych wymagań - w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów odwołania, zamawiający wyjaśniał, przywołując jednocześnie tezy ze wskazanych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, że:



Ad. 1. Wbrew twierdzeniom odwołującego, pismem z 10 marca 2012 r. nie wzywał wykonawcy TAWO do uzupełnienia oferty w zakresie dotyczącym spełnienia przez oferowany blat normy EN ISO 10545-14 w kategorii 5. Dodał, iż pismem z dnia 28 marca 2012 r. wezwał wykonawcę TAWO na podstawie art. 87 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w sprawie przywołanej normy ISO. Zatem co do zasady, za bezpodstawny poczytał zarzut zaniechania przez wykonawcę TAWO uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - w zakresie wskazywanym przez odwołującego.

Podkreślał, że wbrew stanowisku odwołującego - oferta wykonawcy TAWO zawierała wymagane przez zamawiającego potwierdzenie spełnienia przez oferowane produkty normy EN ISO 30545-14 (załączone do oferty zaświadczenie dra Andrzeja Kowalewskiego). Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia z dnia 29 marca 2012 r., w zestawieniu z treścią oferty pozwalały zamawiającemu na uznanie, iż wykonawca ten potwierdził w sposób należyty spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego. W szczególności podnosił, że analiza normy PN-EN ISO 10545-14 pod nazwą: „*Płytki i płyty ceramiczne - Oznaczenie odporności na płamienie*” - pozwala na przyjęcie, iż oświadczenie załączone do oferty wykonawcy TAWO (str. 26) na zgodność z ww. w normą, jak i odpowiedź z dnia 29 marca 2012 r., potwierdzają całkowicie zgodność oferowanego produktu z wymaganiami tej normy. Środki testujące wymienione w normie, tj. zielony środek płamiący w lekkim oleju, czerwony środek płamiący w lekkim oleju, płamy o utleniającym działaniu chemicznym (jod, roztwór alkoholowy 13 g/l, olej z oliwek) oraz dopuszczone środki czyszczące, tj. ciepła woda +50°C (±5), substancje z pH 6,5-10, rozpuszczalnik i: kwas solny 3%, wodorotlenek potasu - roztwór 200 g/l i aceton - wymienione są w ww. świadectwie z badań i to w dużo wyższych, niż wymagane stężeniach. Świadectwo to wymienia także wiele bardziej agresywnych substancji chemicznych, na które również blat wykazał odporność. Tym samym, zasadnym było stwierdzenie, iż wykonawca TAWO spełnił powyżej opisany warunek. Biorąc pod uwagę powyższe, postawiony w tym zakresie zarzut uznał za bezzasadny.

Ad. 2. W punkcie 6 SIWZ, część III „Opis przedmiotu zamówienia” znalazł się wymóg dotyczący gwarancji na oferowane blaty z ceramiki: *Gwarancja na blaty z ceramiki litej udzielona przez producenta na okres minimum 30 lat*”. Pismem z dnia 10 marca 2012 roku zamawiający wezwał wykonawcę TAWO do wyjaśnienia oraz uzupełnienia oferty również w zakresie powyższego wymagania, określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca TAWO przekazał zamawiającemu wraz z pismem z dnia 12 marca 2012 roku, oświadczenie własne o udzieleniu gwarancji na blaty z ceramiki litej na okres 30 lat. Zamawiający zaznaczał, że jego wymaganiem objęte było posiadanie gwarancji na dostarczane blaty, przy czym literalna treść opisu przedmiotu zamówienia nie pozwala na stwierdzenie, iż warunkiem bezwzględny było dostarczenie gwarancji producenta blatów. Ponadto, zamawiający nie zastrzegł wymaganej formy składanego w tym zakresie

dokumentu. Tym samym, za wystarczające uznał oświadczenie wykonawcy, które potwierdzało w sposób należyty, iż dostarczane blaty objęte są gwarancją na wymagany w specyfikacji okres - przez co cel zawartego w specyfikacji postanowienia został osiągnięty. Na poparcie swoich twierdzeń, przytoczył następujące stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej:

*„W żadnym razie formalizm ustawy przejawiający się w określeniu sposobu potwierdzania i dokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie jest wartością samą w sobie, ale pełni jedynie rolę służebną dla zapewnienia realizacji zasad opisanych powyżej, a adekwatne przepisy powinny być interpretowane i stosowane z uwzględnieniem nadrzędnych celów ustawy, tj. ochronie i utrzymaniu w postępowaniu ofert prawidłowych, złożonych przez wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu...). Natomiast z pewnością realizacją ww. zasad nie jest „biurokratyczne”, sprzeczne z zasadami ustawy egzekwowanie stosowania przepisów skutkujących wykluczeniem w stosunku do wykonawców rzeczywiście spełniających warunki udziału w postępowaniu, gdy z przedłożonych przez nich oświadczeń i dokumentów wynika potwierdzenie ich spełniania.”*

*„Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego nie miała uzasadnienia w ocenie merytorycznej oferty, a stała się skutkiem sformalizowanego podejścia do zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu wyłonienie wykonawcy, który zaoferował najkorzystniejszą ofertę za realizację przedmiotu zamówienia. W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty wykonawcy, który złożył ofertę rzetelnie przygotowaną, odpowiadającą zakresowi wymaganych prac.”*

Zamawiający podsumował, że wykonawca TAWO złożył ofertę spełniającą wymagania SIWZ, a domaganie się gwarancji producenta blatu - w miejsce gwarancji samego dostawcy - w ocenie zamawiającego, jest bezzasadne i wykracza poza treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym wykluczenie wykonawcy z powodów opisanych przez odwołującego naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 Pzp.

Ad. 3. W cytowanym przez odwołującego punkcie 13 opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający określił wymagania co do charakterystyki dostarczanych dygestoriów w zakresie Systemu Kontroli Przepływu Powietrza. Zarazem w treści punktu 5.m) opisu przedmiotu zamówienia zamieszczono następującą treść: *„Parametry oferowanego urządzenia muszą być potwierdzone dołączonym do ofert oryginalnym prospektem producenta. Zamawiający dopuszcza załączenie prospektów w języku angielskim, francuskim lub niemieckim. Do oferty należy również dołączyć wymagane certyfikaty i autoryzację producenta.”* Dodatkowo wykonawca w treści oferty zobowiązany był do

złożenia oświadczenia o treści: „Zobowiązuję się do wykonania całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmian.”

Zamawiający polecał uwadze Izby, że wykonawca TAWO potwierdził w treści oferty wolę zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, w tym także zgodnie z treścią punktu 13. Załączona przez tego wykonawcę „DTR Instrukcja Obsługi” wyraźnie wskazuje (strona pierwsza instrukcji) na charakter ramowy zawartego w nim opisu technicznego („dotyczy: dygestoria standardowe”). Zamawiający stwierdził, że miał świadomość konieczności dostosowania przez wykonawców oferowanych na rynku urządzeń do potrzeb tego konkretnego postępowania. W tym zakresie - przytoczył także opinie orzecznictwa wyrażane w podobnych sprawach: „oczywistym jest, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogli zaoferować w niniejszym postępowaniu produkt dedykowany, uwzględniający specyficzne potrzeby zamawiającego.” Zamawiający wytykał rażąca wadliwość przyjętego przez odwołującego założenia, iż oferowane przez wykonawców produkty, muszą istnieć w dacie składania ofert i posiadać wymagane przez zamawiającego cechy. Zamawiający nakładałby tym samym na wykonawców całkowicie nieuzasadnione żądanie wyprodukowania (na potrzeby złożenia oferty) wyrobów o charakterze unikatowym, posiadających cechy szczegółowo opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W opinii zamawiającego, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyraźnie się podnosi, iż w zakresie oceny spełniania przez oferowany produkt, czy usługę wymagań stawianych przez zamawiającego istotnym jest spełnianie tych wymagań nie przez produkt rzeczywiście istniejący w dacie składania oferty, co przez produkt oferowany (i dostarczany zamawiającemu w trakcie wykonywania umowy). Jak przykładowo podnosiła Izba: „Zamawiający argumentował jedynie, że odwołujący nie mógł w dniu otwarcia ofert zaoferować tynku Greinplast, ponieważ nie występował on wtedy w obrocie, również nie zaoferował tynku innego producenta - bo nie wskazał innej nazwy. Jednak w ocenie Izby, Odwołujący jednoznacznie z ofercie zaoferował tynk o grubości wymaganej przez Zamawiającego. Nie może ulegać wątpliwości że taki właśnie tynk jest zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, i jest wyraźnie wymieniony w ofercie odwołującego. Nazwa producenta ma drugorzędne znaczenie - w dniu montażu elewacji może już być dostępny już tynk Greinplast ale Odwołujący, zgodnie ze swoją ofertą może również zaoferować tynk wymaganej grubości dowolnego producenta; jedyny wymóg to taki, by był on zgodny z całym systemem elewacji, i obowiązek zapewnienia takiej zgodności ciąży na Odwołującym.”

Zamawiający argumentował, że ograniczenie opisu przedmiotu zamówienia poprzez żądanie dostarczenia wyłącznie produktów już obecnych na rynku byłoby rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 Pzp. Powołał się na stanowisko Prezesa UZP: „Wymaganie postawione w SIWZ przez zamawiającego, że nie dopuszcza sytuacji, w której zostanie mu zaoferowane nowe oprogramowanie modułowe do zarządzania, stworzone na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego nie jest obiektywnie uzasadnione potrzebami zamawiającego. Jeżeli oprogramowanie stworzone na potrzeby tegoż postępowania spełniałoby wszystkie określone przez zamawiającego w SIWZ wymagania funkcjonalne, techniczne i systemowe to nie ma powodów, aby w jakikolwiek sposób ograniczyć możliwość jego zaoferowania w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę, który je stworzył wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania. (...) Zatem poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia - oprogramowania modułowego do zarządzania, iż „zamawiający nie dopuszcza sytuacji wytworzenia nowego oprogramowania na rzecz realizacji niniejszego postępowania przetargowego” naruszył on przepis art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust 1 ustawy.” Biorąc pod wagę powyższe, zamawiający oceniał, że wykonawca TAWO potwierdził wystarczająco wolę dostarczenia produktów zgodnych z wymaganiami SIWZ.

Ad. 4. W części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zamawiający opisał materiał, z jakiego ma zostać wykonany blat dygestoryjny: „Powierzchnia blatu wykonana bez sztucznych barwników - wewnątrz jednorodna, bez zastosowania tzw. glazury chemicznej i bez użycia materiału innego niż wewnątrz blatu (...)”. Odwołujący zarzucał, że do oferty wykonawcy TAWO, na wezwanie zamawiającego z dnia 10 marca 2012 roku, załączony został test laboratoryjny płyty, z której wykonane zostaną blaty do dygestoriów. Na stronie 2 testu znajduje się następujący opis próbki: „Glazurowana płyta ceramiczna o wymiarach”, W ocenie odwołującego, powyższe określenie potwierdza złożenie przez wykonawcę TAWO oferty niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zgodził się z powyższym i podnosił, iż w toku badania i oceny ofert - potwierdził zgodność oferty wykonawcy TAWO z przywołanymi wymaganiami SIWZ. Zaznaczał, że w ofercie wykonawcy TAWO nie ma informacji o wykonaniu blatu z zastosowaniem tzw. glazury chemicznej. W dokumentach złożonych przez TAWO na wezwanie zamawiającego z dnia 10 marca 2012 r. w załączonym raporcie z badań jest zawarty opis w języku angielskim: „glazed ceramic slabs”, przetłumaczony przez tego wykonawcę, jako: „glazurowana płyta ceramiczna.” Zwracał uwagę, iż wykonawca TAWO zaoferował blat wykonany z ceramiki litej firmy Keraplan. Na stronie internetowej producenta blatów Keraplan w opisie blatu, (przetłumaczonym z języka angielskiego) znajdują się następujące sformułowania: „Keraplan jest firmą z 30 letnim doświadczeniem w produkcji monolitycznych płyt ceramicznych (kamionkowych). (...) Wszystkie produkty Keraplan™ w tym blaty kuchenne, zlewy i miski są wykonane z kamionki stanowiącej kompozycję gliny, kwarcu, skalenia i innych naturalnych materiałów, dokładnie połączonych i wypalanych w temperaturze + 1240 st. C. W przeciwieństwie do innych produktów ceramicznych, produkty Keraplan™ są wypalane w procesie jednokrotnego wypalania, które powoduje ich odpowiednią trwałość.”

Podnosił, że odwołujący, w treści swojej oferty - zaproponował wykonanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem blatów producenta Fridurit. Dodatkowo w treści oferty odwołującego, w umieszczonym na str. 37-38 certyfikacie (charakterystyka litej ceramiki monolitycznej), przy ocenie odporności chemicznej wg normy BN ISO 10545-13 jest także

mowa o „glazurowanej powierzchni”. Natomiast na stronie internetowej dystrybutora blatów Fridurit zamieszczono następujące wskazania: *„Lita ceramika techniczna (LCT) to spiek ceramiczny w pojęciu technicznym. Blaty i zlewy wypalane są w temperaturze 1280° C. Materiał ceramiczny bardzo wysokiej jakości, o jednorodnej, zamkniętej strukturze i bardzo wysokiej odporności chemicznej w całym przekroju. Glazura utworzona na powierzchni jest wynikiem wysokiej temperatury spiekania.”* Jak podają powyższe opisy, oba materiały (oferowane przez wykonawcę TAWO oraz odwołującego) są wykonywane w podobny sposób. Oba spełniają także wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż glazura powstała w procesie wypalania jest glazurą technologiczną, tworzącą się na skutek spiekania, czyli nie jest tzw. „glazurą chemiczną”. Tym samym zarzut niezgodności oferowanego przez wykonawcę TAWO blatu z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest bezpodstawny.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty wybranej firmy TAWO, oferty odwołującego, oferty wykonawcy DC Habitat Sp. z o.o., pism zamawiającego z żądaniem wyjaśnień oraz udzielonych przez wykonawcę TAWO wyjaśnień - stanowiących odpowiedź na wezwanie. Pisma z dnia 2 marca 2012 r. informującego o wyniku przetargu. Akt sprawy odwoławczej Sygn. KIO 759/12. Wnioskowanych w sprawie dowodów: pisma bez daty – firmy Keraplan – dotyczącego technologii wytwarzania ceramiki laboratoryjnej oraz sprawozdań z prac „Badania porównawcze blatów ceramicznych (...) mebli laboratoryjnych,” przeprowadzonych przez AGH w Krakowie, z 20.04.2012 r. – jako stanowisk stron w danej sprawie.

Ponadto izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, oraz uczestnika, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zamówienie obejmuje - „dostawę, montaż, podłączenie do istniejących instalacji i uruchomienie dygestoriów we wskazanych pomieszczeniach budynku A, B, C, D Zintegrowanego Centrum Edukacji i Innowacji Wydziału Farmaceutycznego Akademii Medycznej we Wrocławiu przy ul. Borowskiej 213, w ramach realizacji projektu: Budowa i wyposażenie Zintegrowanego Centrum Edukacji i Innowacji Wydziału Farmaceutycznego Akademii Medycznej we Wrocławiu.”

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała poniższe wymagania.

W części 1 SIWZ Instrukcji dla wykonawców (SIWZ-IDW) pkt 3.5)a) wykonawca udzieli gwarancji na urządzenia z serwisem na okres minimum 36 miesięcy.

W § 4 ust. 3 wzoru umowy wykonawca zobowiązany był udzielić zamawiającemu 36-miesięcznej gwarancji na przedmiot umowy.

Punkt 10.3.1. SIWZ-IDW- Formularz oferty – (przewidywał) oświadczenie woli wykonawcy zgodne z treścią SIWZ, zawierające cenę (...).

Punkt 10.3.4. SIWZ-IDW. W celu potwierdzenia parametrów oferowanego urządzenia - Wykonawca dołączy do oferty oryginalne prospekty producenta (...). Do oferty należy również dołączyć wymagane certyfikaty (kopie poświadczane przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem):

- a) znak bezpieczeństwa CE producenta dygestorium lub równoważny,
- b) kartę produktu ceramiki litej (blat dygestoryjny), potwierdzającą spełnienie wymogów opisanych w pkt 6 (blat dygestoryjny) część III SIWZ.

Punkt 12.2) SIWZ-IDW. „Opisy pozycji przedstawione w „Tabeli ceny” są podane dla celów informacyjnych i na ich podstawie Zamawiający określi, czy sprzęt oferowany przez Wykonawcę spełnia wymogi Zamawiającego.”

W załączniku nr 2 do SIWZ-IDW „Tabela ceny,” w kolumnie 4 wykonawca zobowiązany był potwierdzić „zgodność wykonania z opisem przedmiotu zamówienia.”

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiono w części III SIWZ.

Część III SIWZ pkt 2.5). Opis przedmiotu zamówienia.

lit. b) Okres gwarancji na przedmiot zamówienia (...) wynosi 36 miesięcy.

lit. k) Wykonawca dostarczy instrukcje, opisy techniczne i schematy w języku polskim, konieczne do prawidłowego korzystania z przedmiotu zamówienia.

lit. l) Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć wszystkie karty gwarancyjne dotyczące dostarczonego przedmiotu zamówienia.

lit. m) Parametry oferowanego urządzenia muszą być potwierdzone dołączonym do ofert oryginalnym prospektem producenta (...). Do oferty należy dołączyć wymagane certyfikaty i autoryzację producenta.

Zgodnie z pkt-em 6 SIWZ, część III „Opis przedmiotu zamówienia”: „(...) Blat dygestoryjny: wykonany z ceramiki technicznej monolitycznej, z podniesionym obrzeżem (...). Blat jednorodny, odporny (w całym przekroju) na wszelkie kwasy, zasady, rozpuszczalniki, barwniki (...), odporny na zaplamięnie wg normy EN ISO 10545-14 w kategorii 5 lub równoważnej. Powierzchnia blatu wykonana bez sztucznych barwników wewnątrz jednorodna, bez zastosowania tzw. glazury chemicznej i bez użycia materiału innego niż wnętrze blatu. (...) Zastosować należy blat, o jakości potwierdzonej następującymi

dokumentami (dołączyć do oferty kopie poświadczone przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem):

- a. karta produktu ceramiki litej,
- b. certyfikat lub świadectwo wydane przez niezależną od producenta, instytucję badawczą, potwierdzające spełnienie w/w norm (...).

Gwarancja udzielana na blaty z ceramiki litej udzielana przez producenta na okres minimum 30 lat.

Pkt 13 SIWZ, część III „Opis przedmiotu zamówienia”, System Kontroli Przepływu Powietrza:

„(...) System kontroli przepływu powietrza musi posiadać:

- a. wyświetlacz optyczny (zielona dioda) - gdy jest prawidłowy przepływ powietrza, a tym samym bezpieczna praca w dygestorium,
- b. wyświetlacz optyczny (żółta dioda) - gdy jest zbyt wysoki przepływ powietrza,
- c. wyświetlacz optyczny (czerwona dioda) oraz alarm akustyczny - gdy jest zbyt mały przepływ powietrza (...).”

W części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” zamawiający opisał materiał, z jakiego ma zostać wykonany blat dygestoryjny: „(...) Powierzchnia blatu wykonana bez sztucznych barwników, wewnątrz jednorodna, bez zastosowania tzw. glazury chemicznej i bez użycia materiału innego niż wnętrze blatu (...).”

W odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 7.02.2012 r., między innymi na pytanie 4 o treści: „Z naszego doświadczenia wynika, że w placówkach farmaceutycznych stosuje się m.in. substancje barwiące. Czy w związku z tym, zamawiający nie będzie oczekiwał potwierdzenia odporności blatów ceramicznych na barwniki, czy poprzestanie tylko na określonych w SIWZ dokumentach - część III -OPZ pkt 6 lit. a i b, które należy dołączyć do oferty? Zamawiający udzielił odpowiedzi, że wymaga jedynie dokumentów, wymienionych w części III - OPZ pkt 6 lit. a i b.

Na pytanie 10. Czy zamawiający dopuści czujnik zaniku ciągu, równoważny do opisanego w SIWZ, a spełniający całkowicie wymogi normy PN-EN 14175-2? Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający nie wskazuje konkretnego czujnika, który ma być zastosowany w dygestorium, wskazuje jedynie na elementy, w które dany czujnik musi być wyposażony (opisane w pkt 13 OPZ System Kontroli Przepływu Powietrza), a także wymagania jakie ma spełniać (norma PN-EN 14175-2 lub równoważna).

Oferta firmy TAWO, na stronie 32, w rozdziale: DTR (Dokumentacja Techniczno Ruchowa) - Instrukcja Obsługi, pkt 2 „Budowa”, ppkt: „System kontroli przepływu powietrza i otwarcia

okna przesuwne" zawiera informacje przedstawiające następujące rozwiązanie: „Dygestorium wyposażone jest w system kontroli przepływu powietrza, który składa się z: (...) modułu sygnalizacyjnego umieszczonego na środku panelu sterowania wyposażonego w lampki kontrolne: zieloną oraz czerwoną, sygnalizator dźwiękowy wraz z wyłącznikiem. System nadzoruje przepływ powietrza w dygestorium. Przy prawidłowej pracy wentylacji dygestorium zapalona jest zielona kontrolka sygnalizująca, w przypadku stwierdzenia spadku poziomu wentylacji poniżej zadanej wartości, następuje alarm optyczny - zapala się czerwona kontrolka i alarm akustyczny. (...). W opisie systemu kontroli przepływu powietrza nie znalazła się żadna informacja o sygnalizacji zbyt wysokiego przepływu powietrza, która powinna uruchomić żółtą kontrolkę.

W formularzu Tabela ceny - zał. nr 2 do SIWZ -IDW, wykonawca TAWO nie przedstawił opisu poszczególnych pozycji, wyszczególnionych w „Tabeli ceny," zawarł jedynie słowo „TAK."

Pismem z dnia 10.03.2012 r. zamawiający zwrócił się do firmy TAWO o udzielenie wyjaśnień i złożenie dokumentów na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w terminie do dnia 29.03.2012 r. w odniesieniu do wymagań opisanych powyżej, gdyż w szczególności brak w ofercie:

1. informacji, z której z 3 przedstawionych ceramiek litych wykonane będą blaty do dygestoriów,
2. informacji, ilu lat gwarancji udziela producent na blaty z ceramiki litej, zamawiający prosił o złożenie dokumentu.

W odwiedzi z dnia 12 marca 2012 r. wykonawca Tadeusz Flieger - TAWO wyjaśnił, co następuje: „W naszej ofercie oferujemy blaty dygestoryjne z ceramiki laboratoryjnej monolitycznej firmy Keraplan (Włochy), ponadto przedłożył dokumenty „Warunki gwarancyjne", że firma TAWO jako producent dygestoriów udziela na blaty dygestoryjne z ceramiki laboratoryjnej monolitycznej 30 lat gwarancji, licząc od daty przekazania dygestoriów do eksploatacji.

Pismem z dnia 23.03.2012 r. zamawiający zwrócił się do firmy TAWO o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w terminie do dnia 27.03.2012 r. w odniesieniu do stawianych wymagań - Formularz oferty - zał. nr 1 do SIWZ-IDW i Tabela ceny - zał. nr 2 do SIWZ -IDW, „gdyż potwierdziliście państwo, że wykonacie zamówienie zgodnie z SIWZ."

W odpowiedzi, pismem z 26 marca 2012 r. wykonawca TAWO, potwierdził, że wykona i zainstaluje dygestoria zgodnie z wymogami SIWZ.

Pismem z dnia 23.03.2012 r. zamawiający zwrócił się do firmy TAWO o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w terminie do dnia 29.03.2012 r. W ofercie



załączyliście państwo wynik analizy porównawczej chemoodporności próbek ceramiki trzech firm, wśród nich firmy Keraplan Gres Anticido - Dorno (Włochy), której wyrób oferujecie. W zaświadczeniu wystawionym dla wykonawcy przez p. A. Kowalewskiego na podstawie ww. badania, stwierdza się, że wyrób spełnia wymogi normy EN ISO 10545-14. Wymogiem punktu 6 - Opisu przedmiotu zamówienia (cz. III SIWZ) była odporność na zaplamienie, nie tylko spełniająca wymogi normy EN ISO 10545-14, ale też wypełniająca ją w kategorii 5, czego przedstawione dokumenty jednoznacznie nie potwierdzają.

W odpowiedzi z dnia 29 marca 2012 r. firma TAWO, stwierdziła, że „blaty z ceramiki laboratoryjnej monolitycznej Keraplan, spełniają w całym zakresie, warunki wynikające z EN ISO 10545-14, w tym w kategorii 5.”

Firma TAWO wyjaśniła, że: „(...) nawet płytki ceramiczne stosowane w tak zwanym budownictwie komunalnym wg normy PN-EN ISO 10545-14 są odporne na plamienia w kat. 4 i 5 - to tym bardziej normom tym odpowiada ceramika laboratoryjna monolityczna, a więc dziwi nas zadawanie pytania w tym zakresie.”

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

Termin składania ofert upłynął dnia 28 lutego 2012 r.

Z protokołu postępowania wynika, że złożone zostały 3 oferty, z czego jedną ofertę wykonawcy DCD Habitat Sp. z o.o. ze Stęszewa, z ceną 2 984 472,00 zamawiający odrzucił. Wykonawca wniósł odwołanie, a następnie je wycofał.

Wykonawca Grażyna Marcinkowska - firma ZANID, zaoferowała wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 3 109 427,70 zł brutto.

Wykonawca Tadeusz Flieger - firma TAWO, zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 3 071 039,40 zł brutto.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2012 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty wykonawcy Tadeusza Fliegera - firmy TAWO.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację - w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wnoszenia środków ochrony prawnej, skoro utrzymywał i dowodził, że poprzez wybór oferty najkorzystniejszej firmy TAWO, która zgodnie z prawem powinna zostać odrzucona – doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący natomiast, jako uczestnik postępowania - stracił możliwość realizacji zamówienia w sytuacji, kiedy oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą - w rozumieniu ustawy Pzp oraz SIWZ.

Na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że oferta wykonawcy Tadeusza Fliegera firmy TAWO nie spełnia wymagań przedstawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - i to nie w odniesieniu do formy oferty, ale co do jej treści. Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagał, aby wykonawca przedstawił opisy poszczególnych pozycji w „Tabeli ceny” zał. 2 do SIWZ-IDW, gdyż na ich podstawie zobowiązał się określić, „czy sprzęt oferowany przez Wykonawcę spełnia wymogi Zamawiającego.” Wykonawca TAWO, w odróżnieniu od oferty odwołującego, w ogólności żadnych opisów w swojej ofercie nie przedstawił. W kolumnie 4, przy nazwach pozycji zamieścił jedynie słowo „TAK.”

Zdaniem Izby, opartym o przytoczone wyżej postanowienia SIWZ - mimo, że w nagłówku kolumny 4 zał. nr 2 - podano, że zawiera ona potwierdzenie zgodności wykonania z opisem przedmiotu zamówienia, to obowiązkiem wykonawcy - było zamieszczenie w formularzu „Tabela ceny” - opisu elementów przedmiotu dostawy, na podstawie którego, zamawiający miałby możliwość dokonania oceny oferty, pod względem jej zgodności z SIWZ.

Wymieniony opis, stanowiący oświadczenie własne wykonawcy - realizacji zamówienia w oznaczony sposób - statuował bowiem treść oferty. Załączone (w odpisach), do oferty dokumenty: opisy producenta, dokumentacja techniczno-ruchowa, wyniki badań laboratoryjnych na zgodność z odnośnymi normami, nie stanowią bowiem treści oferty w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, są jedynie dokumentami potwierdzającymi, że wykonawca złożył oświadczenie - ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ - w odniesieniu do obligatoryjnie wymaganych przez zamawiającego cech i właściwości użytkowych przedmiotu dostawy - jak stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odróżnieniu do treści oferty, która nie może ulec zmianom po upływie terminu złożenia oferty, o czym mówi art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dokumenty żądane na potwierdzenie oświadczenia woli wykonawcy – stanowiącego zobowiązanie wykonania zamówienia w oznaczony sposób, w szczególności, o których mowa w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), w tym dotyczące opisów urządzeń, wyników badań na zgodność z normami itp., w przypadku ich niezłożenia lub wadliwości, podlegają uzupełnieniu na obligatoryjnie wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z wymienionych względów, każdorazowo konieczne jest precyzyjne rozgraniczenie, aby ustalić, czy zachodzą podstawy do wzywania wykonawcy o uzupełnienie dokumentu,

czy też niezgodność dotyka treści oferty, gdzie poza prostowaniem omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, inne uzupełnianie treści oferty nie jest dozwolone.

Wykonawca winien wprost w swojej ofercie zawrzeć precyzyjne i jednoznaczne oświadczenie – jaki wyrób oferuje i o jakich cechach. Jeżeli wyrób oznaczony jest co do nazwy, typu, modelu, wersji – to winna być ona podana w taki sposób, ażeby w ślad za tym oznaczeniem - produkt był możliwy do zidentyfikowania co do wszystkich jego cech. Natomiast składane dokumenty, mają jedynie oświadczenie wykonawcy potwierdzać. W znaczeniu zwyczajowo używanym - za ofertę uważa się cały zbiór dokumentów, w niej przedstawiony.

Ogólne stwierdzenie przez wykonawcę TAWO w załączniku nr 2 do SIWZ-IDW, „Tabeli ceny” oraz w punkcie 3.2 formularza oferty, że wykonanie przedmiotu zamówienia nastąpi zgodnie z SIWZ oraz jej zmianami - w sytuacji, gdy nie potwierdzają tego w sposób jednoznaczny wszystkie dokumenty oferty, a w szczególności opis szczegółowy, który nie został przedstawiony - nie stanowi świadectwa, że oferowany przedmiot dostawy spełnia wymagania zamawiającego, lecz jest dowodem niespójności oferty i jej nieodpowiedniości - wobec treści SIWZ.

Przechodząc do rozpatrzenia poszczególnych zarzutów odwołania, Izba uznała, że w części znalazły one potwierdzenie.

Do ad. 1.

Zgodnie z pkt-em 6 SIWZ, część III „Opis przedmiotu zamówienia”: „(...) Błat dygestoryjny: miał być wykonany z ceramiki technicznej monolitycznej, (...) odporny na zaplamienie wg normy EN ISO 10545-14 w kategorii 5 lub równoważnej. Należało zastosować blat, o jakości potwierdzonej następującymi dokumentami (dołączyć do oferty kopie poświadczone przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem):

- a. karta produktu ceramiki litej,
- b. certyfikat lub świadectwo wydane przez niezależną od producenta, instytucję badawczą, potwierdzające spełnienie w/w norm (...).

Mimo, że przedstawiony przez wykonawcę TAWO wynik badania porównawczego chemoodporności próbek spełnia wymagania normy EN ISO 10545-14 - to brak jest w nim wskazania analizy kategorii, w jakiej powyższą normę badana próbka wypełnia. W dokumentach oferty brak jest zatem dokumentu, potwierdzającego spełnianie normy EN ISO 10545-14 w kategorii 5. Zamawiający w postępowaniu przed Izbą, powoływał się na taką właśnie okoliczność, iż sam zakres i wyniki przedstawionych badań (str. 27-28 oferty), świadczą o odporności wyrobu na zaplamienia w tejże kategorii 5 lub równoważnej. Skoro

uprawniona była taka ocena, to zastanawiające jest, w jakim celu zamawiający wzywał wykonawcę TAWO pismem z dnia 28 marca 2012 r. nie tylko do wyjaśnień, ale także do złożenia odnośnych dokumentów – potwierdzających wprost „odporność na zaplamienie, nie tylko spełniającą normę EN ISO 10545-14, ale też wypełniającą ją w kategorii 5, czego przedstawione dokumenty jednoznacznie nie potwierdzają.” Wymienionego braku, nie mogło skutecznie potwierdzić samo wyjaśnienie firmy TAWO, że: „(...) nawet płytki ceramiczne stosowane w tak zwanym budownictwie komunalnym wg normy PN-EN ISO 10545-14 są odporne na plamienia w kat. 4 i 5 - to tym bardziej normom tym odpowiada ceramika laboratoryjna monolityczna. Skoro zamawiający wymagał dokumentu na potwierdzenie powyższej okoliczności, oferent winien dostarczyć taki dokument, z którego treści wprost wynikałaby odporność blatów na zaplamienie wg normy EN ISO 10545-14 w kategorii 5 lub równoważnej. Zamawiający w trakcie oceny ofert nie może bowiem odstępować od ustalonych wymagań.

Izba również miała na uwadze, że zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy DCD Habitat Sp. z o.o. - nawet bez wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, gdyż załączony do oferty wynik testu laboratoryjnego z badań odporności na ścieranie zaoferowanego materiału Monolitpergres, potwierdza twardość jego powierzchni w klasie 4, podczas gdy wymogiem SIWZ było zastosowanie materiału odpornego na ścieranie wg Normy DIN 101, w klasie 6-7 – o takim działaniu zamawiającego, zaświadcza dowód z akt sprawy sygn. KIO 759/12, który Izba dopuściła z urzędu, w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie potraktował w jednakowy sposób wykonawców uczestniczących w postępowaniu i w przeciwieństwie do podejścia do oferty firmy TAWO, nawet nie umożliwił wykonawcy DCD Habitat Sp. z o.o. złożenia wyjaśnień, ani uzupełnienia dokumentu, skoro uznawał go za wadliwy. Z wezwaniem w tej samej kwestii oraz o uzupełnienie dokumentu, zamawiający zwrócił się natomiast do wykonawcy TAWO - pismem z dnia 10 marca 2012 r.

Do ad. 2.

Niewątpliwie zamawiający wymagał zastosowania blatów z ceramiki litej, co do których gwarancja udzielana przez producenta wynosi okres minimum 30 lat. Zamawiający zwrócił się do TAWO pismem z dnia 10 marca 2012 r. o uzupełnienie dokumentu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W wyjaśnieniu firmy TAWO podano, iż gwarancji na blaty z ceramiki litej udziela firma TAWO: „(...) Firma Tawo Tadeusz Flieger, jako producent dygestoriów, udziela na blaty dygestoryjne z ceramiki laboratoryjnej monolitycznej 30 lat gwarancji licząc od daty przekazania dygestoriów do eksploatacji.(...)” Wykonawca w tym postępowaniu, był zobowiązany udzielić nie krótszej niż 36 miesięcznej gwarancji na przedmiot zamówienia. Wymogiem zamawiającego było, aby gwarancja na blaty udzielana

przez producenta wynosiła minimum 30 lat. W odniesieniu do omawianego zarzutu, Izba podzieliła jednak stanowisko zamawiającego oraz przystępującego, że stawiany wymóg należało uznać za nieprecyzyjny, mogący odnosić się także do producenta całości urządzenia dygestorium. Bezsprzecznie firma TAWO jest producentem dygestoriów, a nie producentem blatów, które w nich stosuje. Jednakże niejednoznaczne wskazania w SIWZ – nie mogą powodować negatywnych skutków dla wykonawcy. Mimo, że z danych oferty wynika, że producentem blatów jest firma Keraplan Gres Antiacido-Dorno, w ocenie Izby, wykonawca TAWO, w odniesieniu do tak przedstawionego opisu - prawidłowo wypełnił wymienione żądanie – składając oświadczenie, że jako producent dygestoriów - udziela gwarancji na blaty z ceramiki laboratoryjnej monolitycznej na okres 30 lat.

Do ad. 3.

Za zasadne i odpowiadające stanowi rzeczywistości, Izba uznała zarzuty odwołującego, że firma TAWO w zaoferowanych dygestoriach przedstawiła rozwiązania niezgodne z SIWZ w odniesieniu do wymaganych funkcji systemu kontroli przepływu powietrza. W ofercie brak opisu zaoferowania funkcji sygnalizacji zbyt wysokiego przepływu powietrza. Dopiero na wezwanie zamawiającego z dnia 21 marca 2012 r. pismem z dnia 27 marca 2012 r. przystępujący TAWO oświadczył ogólnie, że zastosowany układ w pełni spełnia żądane parametry w SIWZ. Następnie w przystąpieniu do odwołania wykonawca TAWO doprecyzował, że zamierza zaoferować opisany w SIWZ system kontroli przepływu powietrza, będący produktem handlowym firmy Schneider Electronic GmbH typ FM100, przystosowany do powszechnego stosowania przez producentów w różnych modelach dygestoriów. Jak Izba wskazała wyżej, nie jest wystarczające ogólne zadeklarowanie w punkcie 3.2 formularza oferty, o treści – „wykonamy przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ oraz jej zmianami.” Treść oferty musi pozostawać jednoznaczna i dookreślona, albowiem zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zamawiający w oparciu o treść oferty musi mieć pełną orientację - jaki wyrób z jakimi właściwościami i parametrami oferuje wykonawca, aby mógł wyegzekwować dostawę takiego właśnie wyrobu w wyniku zawartej umowy, na warunkach wybranej oferty. Nie jest dopuszczalne uzupełnianie oferty, o elementy których pierwotnie nie zawierała w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. poprzez wyjaśnienia. Załączona w ofercie standardowa DTR na dygestoria firmy TAWO wcale nie dowodzi, jak utrzymywał zgłaszający przystąpienie, że opisane w SIWZ monitorowanie systemu kontroli powietrza, miało być zastosowane w zaoferowanych dygestoriach, ponieważ jest tylko informacją dla rozwiązań seryjnych. W punkcie 9 DTR określono „szczegółowe parametry produktu oraz wyposażenia określa specyfikacja kontraktu. Niniejszy dokument nie stanowi

oferty handlowej. Zastrzega się odstępstwa od niniejszej dokumentacji wynikające ze stałej modernizacji produktu." Oferta bowiem, nie może być dookreślana na etapie dostawy. Oferta wykonawcy TAWO nie powinna zostać zaakceptowana przez zamawiającego, w świetle zapisów SIWZ. Na etapie oceny ofert, nie wolno zamawiającemu zmieniać wymagań zawartych w SIWZ. Jeśli oferowane cechy produktu, nie odpowiadają wprost wymaganiom SIWZ, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czego zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

Do ad. 4.

Na wezwanie zamawiającego, do oferty wykonawcy TAWO załączony został test laboratoryjny płyty, z której wykonane zostaną blaty do dygestoriów. Na str. 2 testu znajduje się opis próbki: „(...) Glazurowana płyta ceramiczna o wymiarach (...). W ocenie Izby glazurowanie oznacza powlekanie wierzchniej warstwy materiału substancjami nadającymi gładkość, twardość, nieprzenikalność, itp. cechy - niezależnie od przyjętej metody wykonania.

Jednakże należało zważyć, iż wszyscy wykonawcy zaoferowali blaty wykonane w podobnej technologii – jako wyroby ceramiczne wypalane w wysokich temperaturach. Glazurowanie nie musiało być jednoznaczne z zastosowaniem powlekania materiałami chemicznymi syntetycznymi, czego zamawiający nie dopuścił – mogło natomiast polegać na uzyskaniu pożądanych cech w procesie produkcji, szkliwienia, stosowania materiałów ceramicznych i barwienia substancjami naturalnymi. Zdaniem Izby, istotnym było, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty, włącznie z odwołującym, zastosowali w oferowanych dygestoriach blaty glazurowane. Potwierdza to certyfikat na stronie 37 oferty odwołującego - oceny blatów firmy FRIATEC AG w odniesieniu do ceramiki technicznej Fridurit, gdzie w opisie podano – powierzchnia glazurowana. Tak samo glazurowane powierzchnie blatów zaoferował wykonawca DCD Habitat Sp. z o.o. (str. 57 oferty). Nie potwierdził się zarzut, w tym na podstawie złożonej przez odwołującego opinii AGH w Krakowie, że oferowane przez przystępującego TAWO blaty ceramiczne Keraplan są nieodpowiednie, ze względu na stosowany różny rodzaj materiału w całym przekroju blatu.

W tym stanie rzeczy, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić, gdyż postępowanie dowodowe potwierdziło naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkiem zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TAWO.

Izba uznała, że złożona przez przystępującego TAWO oferta w części formularza oferty, - „Formularza cenowego” (załącznik nr 2 do SIWZ- IDW) w zakresie podanych

informacji w kolumnie 4 - nie odpowiadała treści Opisu przedmiotu zamówienia SIWZ część III. W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że informacje zawarte w wyżej wskazanym Formularzu cenowym oferty mają charakter przedmiotowo istotny, a zatem ich treść podlega ocenie z punktu widzenia zgodności z treścią SIWZ. Zdaniem Izby, informacja o rodzaju czy typie zastosowanego przy wykonaniu zamówienia materiału – urządzenia, ich właściwości, czy parametrów użytkowych, ma znaczenie merytoryczne, bowiem wskazuje w sposób niebudzący wątpliwości na konkretny rodzaj czy typ wyrobu, nie dając w tym zakresie wykonawcy możliwości dokonania jednostronnej zmiany elementu oferty przedmiotowo istotnego, w trakcie wykonywania zamówienia publicznego.

Podane przez przystępującego TAWO w ofercie jedynie nazwy ogólnej (typu i modelu), gdy w obrębie przedstawionych opisów stosowane są różne wersje wykonania, nie wypełniają - według Izby, - postanowień treści SIWZ. Izba nie podzieliła argumentacji przystępującego TAWO o możliwości identyfikacji sposobu wykonania urządzenia, czy zastosowanego materiału, skoro warunek merytoryczny dla wszystkich wykonawców był ten sam i polegał na obowiązku podania rodzaju, typu materiału - urządzenia, gdyż oferta nie może dawać możliwości do dodatkowych poszukiwań jej treści. Według Izby, treść oferty musi być jednoznaczna w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Natomiast intencje przystępującego – złożenia właściwej oferty, zostały uznane za pozbawione znaczenia, skoro obiektywne wymagania SIWZ nie zostały spełnione przez tą ofertę.

W przekonaniu Izby, zaakceptowanie przez zamawiającego niepełnych sformułowań oferty przez przystępującego TAWO - stanowiło naruszenie zasady równości wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uznając, iż między innymi, powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić oraz nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Postępowanie dowodowe wykazało, że oferta wykonawcy: TAWO dotknięta była niezgodnością z treścią SIWZ, a jej wybór do realizacji zamówienia naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 i art. 91 ust. 1 tej ustawy.

Ponadto należało zważyć, że wykonawca był wzywany kilkakrotnie do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. W ocenie Izby procedura ta została względem oferty wykonawcy TAWO Tadeusz Fliegel wyczerpana i nie zachodziły podstawy, ani też prawna możliwość, do zobowiązania zamawiającego, do dokonywania dalszych czynności na rzecz konwalidacji oferty przystępującego TAWO, gdyż braki nie dotyczyły jedynie dokumentów na

potwierdzenie treści oferty, ale wręcz samej treści oferty.

W następstwie stwierdzonych nieprawidłowych czynności oraz zaniechań, wobec oferty wykonawcy TAWO, zamawiający naruszył także przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazujący równe traktowanie wykonawców i prowadzenie procedury przetargowej z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Z tych względów Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000,00 zł, tytułem zwrotu wpisu od odwołania, zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238):

**Przewodniczący:.....**