

Sygn. akt: KIO/UZP 411/09

**WYROK**  
z dnia 9 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Barbara Bettman**  
**Ewa Jankowska**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „Rapid” Sp. z o.o., ul. Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojskowy Zespół Wypoczynkowy „Jantar”, ul. Wojska Polskiego, 84-141 Jurata** protestu z dnia 18 marca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Projektowo – Wykonawczo – Handlowe "WEST-BUD" Jachimowicz Sp. j., ul. Obrońców Tobruku 7, 75-646 Koszalin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „Rapid” Sp. z o.o., ul. Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska,**  
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „Rapid” Sp. z o.o., ul. Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr. (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „Rapid” Sp. z o.o., ul. Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Modernizację systemu ogrzewania wraz z termomodernizacją budynków kompleksu wypoczynkowego JANTAR zlokalizowanego na terenie kompleksu 4111 Wojskowego Zespołu Wypoczynkowego JANTAR w Juracie, przy ul. Wojska Polskiego”* (Numer sprawy ZP/1/2009), zostało wszczęte przez Wojskowy Zespół Wypoczynkowy JANTAR, ul. Wojska Polskiego, 84-141 Jurata zwanego dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 18998-2009 z dnia 05.02.2009 r.

W dniu 12.03.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty firmy: PP-WH West - Bud Jachimowicz Sp. J., ul. Obrońców Tobruku 7, 75-646 Koszalin zwanej dalej: *„PP-WH West - Bud”* albo *„Przystępującym”* oraz odrzuceniu oferty: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe RAPID Sp. z o.o., ul. Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska zwanej dalej: *„PPUH RAPID Sp. z o.o.”* albo *„Protestującym”* albo *„Odwołującym”* na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U.

z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp”, gdyż treść złożonej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”.

Wykonawca poprzez zmianę ilości kolektorów słonecznych złożył oferty niezgodne z wymogami przedstawionymi w dokumentacji technicznej i dokumentacji projektowej. Zamawiający dopuszczał zastosowanie równoważnych materiałów (wyrobów), nie gorszej jakości niż opisane w projekcie i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, co nie znaczy, że wyraził zgodę na zmianę ich ilości powodujące n/w skutki. Zamawiający przywołał także oświadczeniem projektanta z dnia 06.03.2009 r. następującej treści: *„Jako projektant kotłowni gazowych wraz z kolektorami słonecznymi i instalacją solarną w budynkach JANTAR, MAGAZYN i ALGA na terenie Wojskowego Zespołu Wypoczynkowego w Juracie oświadczam, że nie wyrażam zgody na proponowaną w ofercie firmy RAPID zamianę zaprojektowanych kolektorów słonecznych. Proponowane kolektory słoneczne firmy HEVALEX posiadają mniejszą powierzchnię czynną kolektora w stosunku do założonej w projekcie powierzchni czynnej absorbera, co skutkuje koniecznością zwiększenia ilości kolektorów w układzie. Zwiększenie ilości kolektorów w stosunku do ilości w dokumentacji budowlano - wykonawczej spowoduje konieczność zmiany rozmieszczenia grup solarnych na poszczególnych dachach oraz wykonania dodatkowej konstrukcji wsporczej pod baterię kolektorów słonecznych, a co za tym idzie konieczność przeprowadzenia dodatkowych wyliczeń wytrzymałościowych. W związku z brakiem przedstawienia planu sytuacyjnego rozmieszczenia proponowanych dodatkowych kolektorów słonecznych oraz rozwiązań konstrukcyjnych nie gwarantuję również zamontowania zamiennej ilości zgodnie z zaprojektowaną powierzchnią w dokumentacji budowlano - wykonawczej. Zmiana rozmieszczenia grup solarnych na poszczególnych dachach spowoduje również zmianę długości jak i średnic rurociągów w całej instalacji solarnej, a co za tym idzie przeprowadzenia dodatkowych obliczeń układu hydraulicznego grup solarnych. W związku z brakiem przedstawienia obliczeń hydraulicznych układu solarnego nie gwarantuje uzyskania efektu cieplnego założonego w dokumentacji budowlano - wykonawczej. Ponadto, zmiana ilości kolektorów słonecznych wraz z instalacją solarną i konstrukcją wsporczą pod kolektory w stosunku do ilości przyjętych w kosztorysie inwestorskim wiąże się z koniecznością dokonania zmian w pozycjach przedmiaru robót. Powyższe zmiany, zgodnie z art. 36a Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, skutkują wykonaniem zamiennej dokumentacji projektowej, która powinna być załączona do złożonej oferty przetargowej wraz z zobowiązaniem do uzyskania pozwolenia na budowę w terminie do czasu rozstrzygnięcia procedury przetargowej. Reasumując, proponowana w ofercie zamiana ilości kolektorów słonecznych w stosunku do ilości zawartych w dokumentacji budowlano - wykonawczej wymaga:*

*- zgody projektanta na zmianę w dokumentacji budowlano - wykonawczej,*

- opracowanie dokumentacji zamiennej wraz z kosztorysami zarówno w branży technologicznej i konstrukcyjnej,
- uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę.

Nadmieniam, iż zgodnie z zawartą umową o prace projektowe, posiadam prawa autorskie łącznie z nadzorem autorskim”.

W dniu 18.03.2009 r. (faxem) na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 Pzp PPUH RAPID Sp. z o. o. złożyła protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania, polegających na odrzuceniu jego oferty, wskutek powyższego, interes prawny Protestującego doznał uszczerbku poprzez odrzucenie oferty zamiast wyboru jako najkorzystniejszej. Protestujący wnosił o unieważnienie decyzji odrzucenia oferty, a co za tym idzie unieważnienia wyboru oferty firmy: PP-WH West Bud, dodatkowo wybranej niezgodnie z Pzp, podlegającej odrzuceniu i powtórzenie czynności oceny i badania ofert.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, co uczynił w przypadku oferty Protestującego, lecz niezgodnie z Pzp, na którą Zamawiający się powołuje. Protestujący stwierdził, że oświadczenie projektanta odnoszące się do zaoferowanych kolektorów zamiennych było napisane bez zagłębiania się w zapisy SIWZ, jak i Pzp i ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.) zwanej dalej: „*Prawem Budowlanym*”, ponieważ powyższe oświadczenie sprowadza się do jednego, należy tylko i wyłącznie zastosować kolektory - dokładnie o takich wymiarach i parametrach jak założone w projekcie, co narusza Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców bez zachowania zapewnienia uczciwej konkurencji i ograniczanie się wyłącznie do jednego producenta o takich, a nie innych wymiarach kolektorów słonecznych.

W piśmie do Zamawiającego z dnia 12.02.2009 r. zapytano: „*Specyfikacja Techniczna Instalacji Solarnej pkt. E przedstawia parametry i wymagania dla kolektorów, które różnią się od podanych w SIWZ pkt. E.1, którymi parametrami oferent ma się kierować, czy wystarczy spełnienie parametrów zawartych w SIWZ?*” na co Zamawiający odpowiedział w piśmie z dnia 18.02.2009 r. wyjaśniając: „*Wymagane jest spełnienie parametrów zawartych w SIWZ*”, co jednoznacznie wyklucza przedstawione argumenty projektanta, gdyż SIWZ nie precyzowała, iż zmiana ilości kolektorów słonecznych dających te same założenia i odpowiadające wymogom SIWZ spowoduje, iż Wykonawca może zostać odrzucony.

Dodatkowo negatywne jest, w ocenie Protestującego, odrzucenia oferty bez uprzedniego wezwania przez Zamawiającego, zgodnie z Pzp (np. na prośbę projektanta), celem wyjaśnienia ewentualnych niejasności spowodowanych np. brakiem wiedzy projektanta na temat zaproponowanych kolektorów w naszej ofercie.

Zarzuty co do zmiany ustawienia kolektorów na dachach w miejscach gdzie kolektory zostały zaprojektowane są nieprawdziwe, ponieważ przykładowo na dachu pensjonatu „JANTAR” Nr 39 Protestujący zaproponował 60 kolektorów w 8 grupach po 7 kolektorów + 4, gdzie długość zestawu 7 kolektorów jest zbliżona do długości 6 kolektorów zaproponowanych w projekcie i mieści się na zaprojektowanym na ten cel miejscu. Na pensjonacie ALGA i MAGAZYN sytuacja jest analogiczna. Podobna sytuacja tyczy się konstrukcji pod kolektory.

Nie jest prawdą również, w ocenie Protestującego, że zwiększenie liczby kolektorów słonecznych o innych wymiarach na obiektach będzie skutkowało potrzebą wykonania dodatkowych obliczeń układu hydraulicznego, zwiększenie średnic rur i ich ilości. Obieg hydrauliczny jest pochodną sumarycznej powierzchni czynnej baterii słonecznej, a nie liczby zastosowanych kolektorów gdzie kolektory zaproponowane w naszej ofercie będą łączone w zestawy i tak dla przykładu w pensjonacie JANTAR w grupy do 7 szt., a nie jak kolektory MAX1 w - projekcie po 3 szt. Wobec m.in. zarzut projektanta o braku obliczeń hydraulicznych (nie wymaganych w SIWZ), że nie gwarantują uzyskania założonego efektu cieplnego z instalacji jest wymyślony i nie poparty konkretnymi.

Podniósł, że wcześniej nikt się do niego nie zwracał z prośbą o jakiegokolwiek wyjaśnienia dotyczące zaproponowanych kolektorów, a skoro przedstawiane są zarzuty przez projektanta to powinny być one czymś podparte, samo założenie, że należało zastosować kolektory MAX1, bo wszystkie pozostałe mają inne wymiary, więc będą odrzucone jest niezgodne z Pzp, a postawa projektanta ewidentnie kieruje Zamawiającego do zaniechania zachowania uczciwej konkurencji. Również nie jest prawdą, że zachodzi potrzeba wykonania dokumentacji projektowej zamiennej (Art.36 a Prawo Budowlane), ponieważ nie zachodzi istotne odstępnie od zatwierdzonego projektu budowlanego. Zmiana ilości kolektorów słonecznych nie ma związku z uzyskanym przez Inwestora pozwoleniem na budowę. W świetle art. 29 ust. 2 pkt 15 Prawa Budowlanego - instalowanie urządzeń na obiektach budowlanych (wysokości do 3m) nie wymaga pozwolenia na budowę. Zachodzi przypuszczenie, że może projektant nie sprawdził dokładnych wymiarów zaproponowanych w ofercie kolektorów słonecznych.

Podsumowując wszystkie stawiane tezy są nieprawdziwe. Wymogi stawiane dla kolektorów zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego z dnia 18.02.2009 r. były jednoznaczne i Zamawiający stawiając zarzuty kolektorom słonecznym powinien się do nich odnieść, czego w żaden sposób nie uczynił.

Jednocześnie, Protestujący zarzucił Zamawiającego, że naruszył Pzp wybierając ofertę podlegającą odrzuceniu, tj. ofertę firmy PP-WH West - Bud. Stwierdził, że oferta PP-WH West - Bud powinna zostać odrzucona na skutek niespełnienia podstawowych warunków:

a) zgodnie ze SIWZ Zamawiający w rozdz. V „Opis warunków udziału (...)” pkt.1-1.2 B) wymagał aby Wykonawca wykazał, że zrealizował w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu wielobranżowej roboty remontowej o wartości brutto min. 3.500.000 zł dla całości zamówienia - obejmujące swym zakresem prace termomodernizacyjne, czego PP-WH West - Bud nie posiada. W ofercie wybranej firmy tylko jedna z referencji przewyższa kwotę 3.500.000 zł brutto, lecz nie może zostać uznana jako spełniająca warunek SIWZ w powyższym przetargu, ponieważ jest w trakcie realizacji. Powołując się na § 1 ust. 1 pkt 1, 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87 poz. 605 z późn. zm.) zwane dalej: „Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”, stwierdził, że przedstawione doświadczenie jako inwestycja, która jest w trakcie realizacji jednoznacznie wyklucza Wykonawcę z postępowania. Umowa na powyższe zadanie dalej trwa, więc nie może być brana pod uwagę jako doświadczenie w wykonanych robotach.

b) zgodnie ze SIWZ Zamawiający w rozdz. V „Opis warunków udziału (...)” pkt.1-1.2 A) wymagał, aby Wykonawca dysponował, co najmniej dwiema osobami, które przy realizacji zamówienia pełnić będą samodzielną funkcję techniczną w budownictwie jako kierownik robót (budowy) w branży budowlanej. Zamawiający wezwał firmę PP-WH West - Bud do uzupełnienia dokumentów m.in. kopie uprawnień opisanych w SIWZ, kierownika robót (budowy) w branży budowlanej. który przy realizacji zamówienia pełnić będzie samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał uprawnienia Pana Z. Jachimowicza, który posiada uprawnienia, ale upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji projektanta, a nie jak Zamawiający wymagał kierownika robót (budowy) w branży budowlanej przy realizacji powyższego zamówienia. W związku z powyższym uzupełnienie dokumentów skutkujące niespełnieniem wymogu automatycznie powoduje, iż oferta wybrana powinna zostać odrzucona.

W dniu 19.03.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 20.03.2009 r. (faxem) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączył się: PP-WH West - Bud. Stwierdził, iż:

1) w przedłożonej ofercie Protestujący dokonał zmiany ilościowej kolektorów słonecznych proponując kolektory firmy HEVALEX posiadających mniejszą powierzchnię czynną kolektora w stosunku do założonej w projektach budowlanych:

- Projekt budowlano - wykonawczy. Kotłownia gazowa z instalacją solarną na bud. Alga. Branża sanitarna
- Projekt budowlano - wykonawczy. Kotłownia gazowa z instalacją solarną na bud. Alga. Branża budowlana
- Projekt budowlano - wykonawczy. Kotłownia gazowa z instalacją solarną na bud. Jantar. Branża sanitarna
- Projekt budowlano - wykonawczy. Kotłownia gazowa z instalacją solarną na bud. Jantar. Branża budowlana
- Projekt budowlano - wykonawczy. Kotłownia gazowa z instalacją solarną na bud. Magazyn. Branża sanitarna
- Projekt budowlano - wykonawczy. Kotłownia gazowa z instalacją solarną na bud. Magazyn. Branża budowlana

co skutkuje koniecznością zmiany ilości kolektorów w układzie. Zwiększenie ilości kolektorów w stosunku do dokumentacji - projektów budowlanych spowoduje konieczność zmiany rozmieszczenia grup solarnych. Ponadto zmiana ta powoduje: konieczność zmiany przedmiarów robót określonych w SIWZ w zakresie średnic i długości rur, izolacji instalacji solarnej (co wymaga przeprowadzenia dodatkowych obliczeń układu hydraulicznego) oraz konstrukcji wsporczej pod baterie kolektorów słonecznych (co wiąże się z koniecznością przeprowadzenia dodatkowych wyliczeń wytrzymałościowych). Protestujący nie przedłożył swoich obliczeń gwarantujących uzyskanie efektu cieplnego założonego w projektach budowlanych stanowiących załącznik nr 5 do SIWZ oraz decyzji Wojewody Pomorskiego nr W I. II -TZ/OK.H/7111/417/08-09 z dnia 04 lutego 2009 r. zatwierdzającej projekt budowlany p.n. „Termomodernizacja Pawilonów Wojskowego Zespołu Wypoczynkowego „Jantar” w Juracie, ul. Wojska Polskiego”. Proponowane zmiany wymagają zmiany nie tylko załącznika nr 2 oraz nr 5 do SIWZ, ale także pozwolenie na budowę. W wyniku zmian ilości kolektorów zmianie musiałyby podlegać następujące projekty budowlane stanowiące załącznik nr 5 do SIWZ oraz decyzji pozwolenia na budowę:

- Projekt budowlano - wykonawczy. Kotłownia gazowa z instalacją solarną na bud. Alga. Branża sanitarna
- Projekt budowlano - wykonawczy. Kotłownia gazowa z instalacją solarną na bud. Alga. Branża budowlana
- Projekt budowlano - wykonawczy. Kotłownia gazowa z instalacją solarną na bud. Jantar. Branża sanitarna
- Projekt budowlano - wykonawczy. Kotłownia gazowa z instalacją solarną na bud. Jantar. Branża budowlana

- Projekt budowlano - wykonawczy. Kotłownia gazowa z instalacją solarną na bud. Magazyn. Branża sanitarna
- Projekt budowlano - wykonawczy. Kotłownia gazowa z instalacją solarną na bud. Magazyn. Branża budowlana.

Pozwolenie na budowę, które posiada obecnie Inwestor, obejmuje swym zakresem całą inwestycję, łącznie z kolektorami słonecznymi i instalacją solarną. Zgodnie z art.36 a ust. 1 Prawa Budowlanego istotne odstępstwa od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę, jednocześnie zgodnie z art. 36a ust. 6 Prawa Budowlanego to projekt dokonuje kwalifikacji zamierzonego odstępstwa. W oświadczeniu z dnia 06.03.2009 r. projektant dokonał kwalifikacji zamierzonego odstępstwa i uznał, że w przypadku zmiany ilości kolektorów słonecznych, a co za tym idzie, zmiany długości rurociągów instalacji solarnej konieczne będzie wystąpienie o wydanie decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. W związku z bardzo krótkim terminem realizacji całego zamówienia Zamawiający nie jest w stanie uzyskać w tak krótkim czasie zamiennego pozwolenia na budowę, a co za tym idzie nie jest w stanie dotrzymać terminów ustalonych w harmonogramach rzeczowo - finansowych zatwierdzonych przez EkoFundusz, NFOŚiGW oraz WFOŚiGW - skutkującym sfinansowanie zadania inwestycyjnego. Przystępujący wskazał, że jakkolwiek Zamawiający w swoich wyjaśnieniach pozytywnie ustosunkował się do propozycji Protestującego co do zmiany kolektorów (na kolektory firmy HEVALEX) w żadnym wypadku nie oznaczało to jednak zgody na odstępstwa co do ilości kolektorów oraz zapisów dokumentacji projektowej określonych w SIWZ. Na formularzu ofertowy stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ Protestujący między innymi oświadczył, iż zapoznał się ze SIWZ i że nie wnosi żadnych zastrzeżeń oraz że uzyskał niezbędne informacje do przygotowania oferty. W rozdziale SIWZ (Przedmiot zamówienia) ust. 2 (str. 4) zawarty jest dokładny opis przedmiotu zamówienia który odsyła do dokumentacji projektowej, rysunków, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i przedmiarów robót - stanowiących załącznik 5 do SIWZ. Jak podniesiono oferta Protestującego odbiegała od treści załącznika nr 5 do SIWZ. Ponadto, Przystępujący stwierdził, że podczas wizji lokalnej odbytej w dniu 09.03.2009 r. jego przedstawiciele w obecności przedstawicieli Zamawiającego zapoznali się z treścią złożonych ofert stwierdzając:

a) że oferta Odwołującego się jest niezgodna z SIWZ, tj. występują różnice między przedmiotami załączonymi do SIWZ, a kosztorysami ofertowymi

- w kosztorysie ofertowym instalacji gazowej w budynku Jantar w pozycji 466 (przedmiar poz.26) brak współczynnika dla sprzętu  $S=19$
- w kosztorysie ofertowym instalacji gazowej w budynku Magazyn w pozycji 491 (przedmiar poz.24) brak współczynnika dla sprzętu  $S=19$



- w kosztorysie ofertowym instalacji gazowej w budynku Alga w pozycji 516 (przedmiar poz.26) brak współczynnika dla sprzętu  $S=19$
- w kosztorysie ofertowym instalacji gazowej w budynku Jantar w pozycji 41,42,43,45 (przedmiar poz. 41, 42, 43, 45) brak współczynnika dla robocizny  $R=1,3$
- w kosztorysie ofertowym kotłowni w budynku Jantar w pozycji 68 (przedmiar poz.68) zwiększono ilość kolektorów słonecznych z 51 na 60 sztuk
- w kosztorysie ofertowym kotłowni w budynku Jantar w pozycji 107, 108 (przedmiar poz. 107,108) brak współczynnika dla robocizny  $R=1,2$
- w kosztorysie ofertowym kotłowni w budynku Alga w pozycji 172, 173, 174, 175 (przedmiar poz.40, 41, 42, 44) brak współczynnika dla robocizny  $R=1,3$
- w kosztorysie ofertowym kotłowni w budynku Alga w pozycji 199 (przedmiar poz.67) zwiększono ilość kolektorów słonecznych z 54 na 64 sztuki
- w kosztorysie ofertowym kotłowni w budynku Alga w pozycji 200 (przedmiar poz.68) brak współczynnika dla robocizny  $R=2$
- w kosztorysie ofertowym kotłowni w budynku Alga w pozycji 231, 232 (przedmiar poz.98, 99) brak współczynnika dla robocizny  $R=1,2$
- w kosztorysie ofertowym kotłowni w budynku Magazyn w pozycji 285, 288 (przedmiar poz.30, 33) brak współczynnika dla robocizny  $R=1,3$
- w kosztorysie ofertowym kotłowni w budynku Magazyn w pozycji 311 (przedmiar poz.56) zwiększono ilość kolektorów słonecznych z 30 na 35 sztuk
- w kosztorysie ofertowym kotłowni w budynku Magazyn w pozycji 312 (przedmiar poz.57) brak współczynnika dla robocizny  $R=2$
- w kosztorysie ofertowym kotłowni w budynku Magazyn w pozycji 339, 340 (przedmiar poz.83, 84) brak współczynnika dla robocizny  $R=1,2$

b) że oferta Protestującego nie odpowiadała wymogom części X.A.8 SIWZ, tzn. nie była zszyta, co zapobiegłoby możliwym manipulacjom treści oferty.

Powyższe niezgodności treści złożonej oferty z SIWZ uzasadniają odrzucenie oferty Protestującego, co słusznie rozstrzygnął Zamawiający.

Bezpodstawne są zarzuty Protestującego, iż Zamawiający naruszył Pzp wybierając ofertę Przystępującego. Oferta spełnia bowiem wszystkie wymogi określone w SIWZ oraz rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. W okresie ostatnich 5 lat „WEST-BUD” zrealizował roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem oraz wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (§ 1 ust.2 pkt 1 cyt. rozporządzenia). Potwierdzają to załączone do oferty protokoły odbioru wykonanych robót. Wynika z nich, iż w okresie od 5.11.2008 r. do 9.02.2009 r. na zadaniu: „*Termomodernizacja obiektów ZOZ MSWiA (budynki A, B, C, RS+S ) wraz z przejęciem kotłowni do eksploatacji w Koszalinie,*

ul. Szpitalna 2”, wg umowy nr 10/4/2008 z dnia 11.06.2008 r. zrealizowane roboty obejmujące termomodernizację obiektów ZOZ MSWIA w Koszalinie. Protokoły te obrazują wykonanie – poszczególnych etapów prac termomodernizacyjnych potwierdzonych rozruchem technologicznym. Na ogólną wartość umowną robót brutto 5.100.000,00 zł, wartość zrealizowanych robót wyniosła około 3.870.000,00 zł. Wykonano więc wielobranżowe roboty budowlane w placówce użyteczności publicznej o wartości min. brutto 3.500.000,00 zł dla całości zadania obejmującym swym zakresem prace termo modernizacyjne (część V. I.B SIWZ.). Realizacja tego zamówienia poparta została, protokołami odbioru oraz referencjami potwierdzającymi, iż roboty wykonane zostały z należytą starannością. Do oferty Przystępującego załączone zostały także dokumenty potwierdzające, iż Wykonawca ten dysponuje, co najmniej dwiema osobami, które przy realizacji zamówienia pełnić będą samodzielne funkcje techniczne w budownictwie jako kierownik robót (budowy) w branży budowlanej i że osoby te posiadają uprawnienia potwierdzające przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych we właściwej specjalności oraz posiadają aktualne zaświadczenia o przynależności do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w oparciu o art.6 ust.1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów oraz urbanistów (Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42 z późn. zm.).

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 26.03.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko z dnia 12.03.2009 r. Podkreślił, że podstawą odrzucenia oferty Protestującego jest zmiana nie jakości, a samowolna zamiana ilości kolektorów słonecznych, co spowodowało niezgodność oferty z SIWZ oraz wymaganiami dokumentacji technicznej i projektowej, będących integralną częścią SIWZ.

Protestujący złożył również oświadczenie, że zapoznał się z SIWZ, dokumentacją projektową i nie wnosi żadnych zastrzeżeń. To właśnie Protestujący znając w/w dokumenty, powinien w stosownym czasie zwrócić się z pytaniem do Zamawiającego, czy wyraża on zgodę na zmianę nie tylko typu, ale również ilości kolektorów słonecznych.

Protestujący próbuje udowodnić, że zwiększone ilości kolektorów słonecznych na budynku nr 39 JANTAR zmieszczą się na powierzchni dachu. To prawda. Dalej: „*Na pensjonacie ALGA i Magazyn sytuacja jest analogiczna*”. Prawdą jest, że sytuacja może być analogiczna w odniesieniu do budynku Magazyn. Natomiast nieprawdą jest, że sytuacja jest analogiczna w stosunku do budynku ALGA. Zwiększenie ilości kolektorów o 10 szt. na w/w budynku nie może być zrealizowane ze względu na małą powierzchnię tego dachu - obowiązkowe zachowanie kierunku i kąta nachylenia kolektorów oraz zachowania obowiązujących odstępów pomiędzy rzędami kolektorów.

Ponadto, Zamawiający stwierdza, że Protestujący w swoich twierdzeniach o braku konieczności uzyskania pozwolenia na budowa nie zauważa faktu, iż Zamawiający przy realizacji całej inwestycji ma obowiązek uzyskania pozwolenia na budowę i nie może wyłączyć instalacji kolektorów słonecznych z ubiegania się o w/w pozwolenie. Montowanie dużych powierzchni na dachu wymaga od Zamawiającego przedłożenia stosownych projektów wraz z obliczeniem wytrzymałościowym powierzchni dachu. Przytacza na tą okoliczność, jakie wymogi i trudności były w uzyskaniu akceptacji inspektorów budowlanych RZI w Gdyni na etapie uzgadniania dokumentacji projektowej na termomodernizację wraz z instalacją kolektorów słonecznych na dachu budynku DELFIN w 2005 r. Wskazał także, że nie wyrażał zgody na zmianę ilości kolektorów na poszczególnych dachach, więc zarzuty wobec kolektorów słonecznych zaoferowanych przez Protestującego nie były konieczne.

Względem zarzutów odnośnie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, wskutek niespełnienia podstawowych warunków, Zamawiający odrzucił przedstawione zarzuty.

Firma wybrana udokumentowała wykonanie wielobranżowej roboty remontowej w placówkach oświatowych, obiektach użyteczności publicznej i mieszkaniowej na obiektach czynnych, o wartości brutto min. 3.500.00 zł. dla całości zamówienia obejmującego swym zakresem prace termomodernizacyjne, zgodnie z wymogami SIWZ. Z załączonych dokumentów dot. realizacji zadania: *„Termomodernizacja obiektów ZOZ MSWiA (budynki A, B, C, RS i S) wraz z przejściem kotłowni do eksploatacji w Koszalinie ul. Szpitalna 2”*, wynika, że roboty wykonywane były i odbierane etapami. Każdy etap obejmował pełny zakres prac termomodernizacyjnych obiektów MSWiA. Wykonywany pełny zakres prac termomodernizacyjnych, co potwierdzają załączone protokoły odbioru wykonanych robót etapów. Z protokołu z dnia 1.07.2008 r. wynika, iż wykonano zakres prac obejmował m.in.: demontaż istniejącej kotłowni węglowej, zakup i montaż technologii i urządzeń kotłowni, wykonano instalację centralnego ogrzewania budynków, wykonanie sieci ciepłej z rur preizolowanych, ocieplono ściany budynków, zainstalowano kolektory słoneczne, wymieniono okna w budynkach, zainstalowano wentylację mechaniczną, wreszcie z pozytywnym skutkiem dokonano rozruchu technicznego zainstalowanych urządzeń. Podobny zakres prac zawarty jest w pozostałych protokołach: z dnia 1.07.2008 r., z dnia 5.11.2008 r. oraz z dnia 11.12.2008 r. Ogółem wartość zrealizowanych prac wynosiła: 3.870.000,00 zł. Z załączonej referencji z dnia 11.02.2009 r. wynika, iż *„WEST-BUD”* zrealizował zadanie *„Termomodernizacja obiektów ZOZ MSWiA w Koszalinie”*, że zakres prac obejmował budowę oraz wyposażenie kotłowni gazowej połączone z postawieniem nowego komina, wymianę wewnętrznych instalacji centralnego ogrzewania we wszystkich budynkach, ułożenie ciepłociągu między budynkami, montaż kolektorów słonecznych, montaż wentylacji mechanicznej z odzyskiem ciepła w budynku szpitala, wymianę stolarki okiennej oraz ocieplenie ścian i stropów. Wykonane roboty zostały przyjęte i rozliczone przez

Eko Fundusz i NFOŚiGW. Należy zwrócić uwagę na odrębność tego rodzaju robót – typowymi robotami budowlanymi związanymi z budową obiektu budowlanego. W tym drugim dla oceny zdolności i potencjału istotnie wymagane jest udokumentowanie wybudowania obiektu, o parametrach wskazanych przez Zamawiającego. Inaczej jest przy pracach termomodernizacyjnych. Tutaj nie mamy do czynienia z realizacją konkretnego dzieła (obektu). Na prace termomodernizacyjne składa się szereg czynności (prac, montaż urządzeń) w wyniku których następuje zmniejszenie zapotrzebowania na energię, następuje zmniejszenie strat energii itp. – ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (Dz. U. nr 223 poz. 1459). Takie prace w zakresie określonym w SIWZ wykonał WEST - BUD. Zamawiający zwrócił uwagę, że drugie referencje obejmują prace dwuetapowe u tego samego Zamawiającego na kwotę w zaokrągleniu 3.500.000 zł., a dokładnie 3.467.869 zł. Zamawiający, jak stwierdził, zna osobiście obiekty WDW w Unieście przed i po modernizacji. Ponadto jest w wieloletnim stałym kontakcie roboczym z kierownictwem tego ośrodka i we wszystkich wypowiedziach osób w/w ośrodka uzyskuje tylko pozytywne opinie o doskonałej organizacji i jakości wykonanych robót. KIO w wyroku z 10.06.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 517/08 wyraża swoje stanowisko, że skoro wszystkie umowy były zawarte między tymi samymi stronami, wykonywane z należytą starannością i zawierały prace związane z przedmiotem zamówienia, Zamawiający miał prawo nabrać przekonania, że wybrany Wykonawca w sposób jednoznaczny i oczywisty spełnia warunek odpowiedniego doświadczenia.

Zamawiający w kontekście art. 7 ust. 1 Pzp przytacza wyrok Zespołu Arbitrów z 23.04.2007 r., sygn. akt: UZP/20/0-43/07, stwierdzając, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający mimo, że zamówienie o którym mowa w referencjach wydanych przez ZOZ MSWiA w Koszalinie opiewało na ponad 5 000 000 zł, to bezsporne jest, że wykonawca ten zrealizował roboty na wartość ok. 3 900 000 zł i tym samym spełnił warunek SIWZ. Ponadto, Zamawiający na podstawie wyroku Zespołu Arbitrów z 04.04.2006 r., sygn. akt: UZP/20/0-922/06 stoi na stanowisku, że załączone referencje firmy WEST-BUD, jednoznacznie i bezspornie spełniają warunek wystarczającego udokumentowania doświadczenia do realizacji robót. Również wyrok Zespołu Arbitrów z 11.04.2005 r., sygn. akt: UZP/20/0-640/05 utwierdza Zamawiającego w ocenie zdolności i doświadczenia w sprawie zrealizowanych przez wybranego Wykonawcę, robót budowlanych.

Na wezwanie do uzupełnienia dokumentów PP-WH WEST – BUD przesłał potwierdzoną kopię uprawnień Pani mgr inż. Aleksandry S. uprawniające do pełnienia samodzielnej funkcji Kierownika Budowy i Robót wraz z aktualnym Zaświadczeniem Zachodniopomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, potwierdzające członkostwo w/w Izby oraz po wnikliwej analizie wszystkich wniesionych protestów, Zamawiający stwierdza, że żaden protest nie podważa odrzucenia ofert Protestującego i innych z tego

samemu powodowi oraz wybranie oferty Przystępującego. Wszystkie wykazane w protestach usterki i uchybienia są nieistotne w stosunku do decyzji Zamawiającego.

Dodatkowo Zamawiający poinformował, że została wybrana firma oferująca najniższą cenę. Ponadto cena ta, nie przekracza możliwości finansowych Zamawiającego. Możliwości finansowe Zamawiającego spełniają oferty czterech firm, z czego odrzucone zostały trzy firmy, a wybrano firmę, której oferta bezsprzecznie gwarantuje właściwą realizację zamówienia. Zamawiający poinformował w SIWZ, że termomodernizacja budynków kompleksu wypoczynkowego JANTAR finansowana jest ze środków Funduszy Środowiskowych. Przedłużająca się procedura przetargowa może spowodować wycofanie się w/w funduszy z finansowania całego przedsięwzięcia. Po wnikliwej i szczegółowej analizie zebranych w niniejszej sprawie dokumentów, Zamawiający stwierdził, iż brak podstaw do uwzględnienia protestu i żądań wyrażonych w jego treści.

W dniu 31.03.2009 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zawarte w proteście zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp), wyrażające się w odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu niespełnienia rzekomo wynikającego z SIWZ zakazu zmiany ilości kolektorów słonecznych, chociaż treść SIWZ takiego zakazu w żadnym swoim zapisie nie wprowadza, natomiast treść SIWZ oraz udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ taką możliwość dopuszczają i wnoszą o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- b) dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego.

W wyniku naruszenia wskazanych powyższej Pzp, interes prawny Odwołującego się w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący się złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z najniższą ceną (po korekcie oczywistej omyłki rachunkowej dokonanej przez Zamawiającego pismem z dnia 5.03.2009 r.), a cena jest jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Decyzja o bezprawnym odrzuceniu oferty pozbawiła Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego i jako bezprawna winna zostać unieważniona.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający potwierdził zgodność oferowanych kolektorów słonecznych z wymaganiami SIWZ w zakresie wymagań technicznych i jakościowych, tj. ich zgodność z normą PN EN-12975-2, P.6.1 lub normami innych państw członkowskich EOG oraz spełnianie wymagań dotyczących absorpcyjności (min. 95%), emisyjności (max. 5%) i sprawności optycznej (min. 80%), jak również zgodność oferowanych kolektorów słonecznych z wymaganiami określonymi w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru

robót dla tych urządzeń (zawiadomienie o rozstrzygnięciu protestu z dnia 26.03.2009 r., str. 13 oraz pkt 2 zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12.03.2009 r. ).

Nie jest zatem przedmiotem sporu, w ocenie Odwołującego, to, czy oferowane przez Odwołującego kolektory KS 2000TLP Hewalex odpowiadają pod względem wymagań technicznych i jakościowych warunkom określonym w SIWZ, tj. czy są równoważne pod względem parametrów technicznych i jakościowych wynikających z SIWZ z kolektorami wynikającymi z załączonych do SIWZ przedmiarów robót - SOLARPOL MAX 1. Oferowane przez Odwołującego się kolektory są, co przyznał Zamawiający, równoważne pod względem wymaganych w SIWZ parametrów technicznych i jakościowych.

Odwołujący, wskazał także, że po dokładnej analizie SIWZ nie stwierdza, aby z jej treści wypływał obowiązek zachowania tożsamej ilości kolektorów słonecznych z ilością podaną w załączonych do SIWZ przedmiarach, czy załączonej dokumentacji technicznej opisującej przedmiot zamówienia. Przywołał natomiast wyjaśnienia, które przesadzają o możliwości zaproponowania kolektorów słonecznych, równoważnych pod względem wymagań technicznych i jakościowych opisanych w SIWZ, a nie pod względem ilościowym.

Odwołujący przywołał także art. 30 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym obowiązkiem Wykonawcy, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest wykazanie, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający opisując wymagania dotyczące kolektorów równoważnych nie wskazał, iż za równoważne zostaną uznane tylko te kolektory, których wymiary będą zgodne z kolektorem typu SOLARPOL MAX 1 i nie zakazał zmiany ilości oferowanych kolektorów, Wykonawca nie miał obowiązku wykazywać w ofercie, iż oferowane przez niego kolektory taki „wymóg” spełniają. Żądanie tymczasem takiego wykazania po upływie terminu składania ofert, stanowi rażące naruszenie prawa (art. 7 ust. 1, art. 30 ust. 5, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

W ocenie Odwołującego, po pierwsze, Zamawiający błędnie wywodzi, iż zakaz zmiany ilości kolektorów wynika z SIWZ oraz wymagań dokumentacji technicznej, będących integralną częścią SIWZ. Jego zdaniem, Zamawiający wyraźnie wskazał w informacji dotyczącej rozwiązań równoważnych zawartej w rozdz. III pkt 2 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) ich zakres, który nie obejmuje kwestii ilości kolektorów. Postanowienia dokumentacji technicznej są zatem wiążące w sytuacji składania oferty obejmującej materiały (wyroby) tam określone. W przypadku oferowania materiałów (wyrobów) równoważnych, wiążący są dla Wykonawców wymagania dotyczące jakości opisane w projekcie i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Zamawiający wyraźnie dopuścił zastosowanie przez Wykonawców równoważnych materiałów (wyrobów), nie gorszej jakości, a nie równoważnych pod względem ilości. Zamawiającemu nie wolno zmieniać treści zapisów SIWZ po upływie terminu składania ofert, gdyż działanie takie jest

na mocy art. 38 ust. 4 Pzp niedopuszczalne, a poza tym narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0121/05).

Po drugie, w ocenie Odwołującego, on oraz inni Wykonawcy zwracał się o wyjaśnienie części SIWZ dotyczącej rozwiązań równoważnych i otrzymał następujące odpowiedzi, tj. na pyt. 6 - odpowiedź z 21.02.2009 r., na pyt. 20 - odpowiedź z 18.02.2009 r., na pyt. 24 - odpowiedź z 18.02.2009 r. , na pyt. 25 - odpowiedź z 18.02.2009 r. W/w odpowiedzi, nie wprowadzają zakazu przyjęcia innej, niż wynika to z SIWZ ilości kolektorów słonecznych. Gdyby taki zakaz Zamawiający chciał wprowadzić, musiałby przynajmniej w odpowiedzi na pyt 6 i 20 jednoznacznie wskazać, iż: *„nie dopuszcza się modyfikacji kosztorysów ofertowych pod kątem stosowania materiałów równoważnych w zakresie ilości kolektorów”* lub *„nie dopuszcza się zmiany ilości kolektorów w przypadku składania oferty równoważnej”*. Takiej odpowiedzi jednakże Zamawiający nie udzielił. Zamawiający nie ma zatem prawa zrzucać, w ocenie Odwołującego, na Wykonawców odpowiedzialności za ewentualne własne zaniechania. Na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż Zamawiający w odpowiedzi na pyt. 6 jednoznacznie wyjaśnił, iż na Wykonawcach spoczywa ciężar dowodu, iż oferowany przez nich: *„materiał (wyrób) jest równoważny w stosunku do wymogów technicznych określonych przez Zamawiającego”*. Zdaniem Odwołującego się nie można mylić *„wymagań technicznych”* z wymaganiami dotyczącymi ilości kolektorów. Przywołał także wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21.06.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1755/06 oraz wyrok KIO z dnia 7.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 254. W ich świetle obowiązkiem Zamawiającego jest dokonywanie oceny oferowanych rozwiązań równoważnych wyłącznie w zakresie *„doprecyzowanego w SIWZ zakresu równowartości ofert”*, tj. w zakresie zgodności oferowanych kolektorów z wymaganiami technicznymi i jakościowymi. Wprowadzenie, jako dodatkowego kryterium oceny równoważności - zgodności ilości kolektorów z ilością przewidziana dla kolektorów SOLARPOL MAX 1, po upływie terminu składania ofert, jest rażącym naruszeniem ustawy i powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Po trzecie, za stanowiskiem Odwołującego, iż treść SIWZ dopuszcza możliwość złożenia oferty równoważnej w zakresie kolektorów słonecznych bez uwzględniania ich ilości przewidzianej dla kolektorów wymienionych w przedmiarach (SOLARPOL MAX 1) przemawiają również zapisy specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót dotyczące wykonania robót (pkt 5) oraz obmiaru robót (pkt 7). W żadnej części wskazanych zapisów Zamawiający nie zobowiązał Wykonawców do tego, aby projekt wykonawczy w zakresie kolektorów słonecznych obejmować tożsame ilości kolektorów, jak w przedmiarach robót. A więc z tego zapisu również nie można wywieść zakazu przyjęcia innych ilości kolektorów niż podano to w przedmiarach robót. Na przykładowy (a nie wiążący) charakter *„ilości”*

kolektorów słonecznych podanych w przedmiarach robót wskazują ponadto zapisy dotyczące obmiaru robót zawarte w/w pkt 7. Zamawiający wskazał, iż dla wszystkich robót Obmiar Robót polega na określeniu faktycznego zakresu robót oraz podaniu rzeczywistych ilości użytych materiałów. Zamawiający wskazał, iż zgodne z przedmiarem robót, w zakresie urządzeń technologicznych (np. kolektorów słonecznych) mają być tylko jednostki obmiarowe, tj. 1 kpi lub 1 szt., a nie „ilości” tych jednostek.

Po czwarte, w ocenie Odwołującego, z uwagi na formę wynagrodzenia kosztorysowego, każdy z Wykonawców zobowiązany był złożyć wraz z ofertą kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny oferty zawartym w rozdz. XII SIWZ. W żadnym z zapisów tej części SIWZ, Zamawiający, ani nie nakazał, ani nie zakazał możliwości przyjęcia przy wycenie kolektorów równoważnych innej ich ilości, niż zostało to przewidziane dla kolektorów typu SOLARPOL MAX 1 w przedmiarze robót. Odwołujący się złożył zatem kosztorys ofertowy sporządzony ściśle wg wymagań Zamawiającego określonych w tym zakresie oraz z uwzględnieniem m.in. cytowanych wcześniej wyjaśnień do treści SIWZ.

Po piąte, w ocenie Odwołującego, prawidłowość toku przyjętego rozumowania w zakresie dopuszczalności kolektorów słonecznych w innej ilości niż przewidzianej w SIWZ dla kolektorów SOLARPOL MAX 1, przy zachowaniu spełnienia wymagań techniczno-jakościowych opisanych w SIWZ, potwierdza również fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu wszyscy pozostali Wykonawcy, którzy zaoferowali kolektory słoneczne w ilości innej niż przewidziana dla tych typu SOLARPOL MAX 1, taki właśnie tok rozumowania z treści SIWZ wywiedli.

Po szóste, zdaniem Odwołującego rozstrzygnięcie protestu zostało dokonane na podstawie nieprawdziwych twierdzeń i nierzetelnych ustaleń:

Zamawiający imputuje, iż oferowane przez Odwołującego się kolektory słoneczne nie zmieszczą się na powierzchni dachu pensjonatu ALGA. Powyższe twierdzenie jest nie prawdziwe. Odwołujący dokonał szczegółowej analizy rysunków dachu budynku ALGA i jest w stanie w każdym czasie udowodnić, iż oferowane przez niego kolektory w oferowanej ilości mieszczą się na dachu tego budynku, zachowując wszystkie wymagania wynikające z SIWZ i obowiązujących przepisów prawa. Zamawiający, w celu potwierdzenia, iż oferowane kolektory odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, nie wymagał złożenia wraz z ofertą jakichkolwiek innego dokumentu niż oświadczenia (rozdz. VI E. 1 SIWZ oraz wyjaśnienie z dnia 18.02.2009 r.). Zgodnie z art. 6 k.c. obowiązkiem Zamawiającego było udowodnić prawdziwość swojego twierdzenia.

Zamawiający myli się również twierdząc, iż zamiana ilości kolektorów proponowana przez Odwołującego wymaga uzyskania decyzji pozwolenia na budowę (czy też decyzji o zmianie posiadanego pozwolenia na budowę). Zgodnie z art. 29 ust. 2 pkt 15 i 16 Prawa



Budowlanego, pozwolenia na budowę nie wymaga, wykonywanie robót budowlanych polegających na instalowaniu urządzeń na obiektach budowlanych oraz montażu wolno stojących kolektorów słonecznych. Odwołujący podtrzymał za protestem, iż zaoferowane przez niego kolektory nie powodują konieczności dodatkowych obliczeń układu hydraulicznego, zwiększenia średnic rur i ich ilości. Przeciwnie twierdzenia Zamawiającego, w ocenie Odwołującego wynikają z niewiedzy Zamawiającego. Wiedzę taką otrzymałby Zamawiający w każdej chwili, gdyby zwrócić się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień treści oferty. Odwołujący się, jako profesjonalnie prowadząca działalność gospodarczą firma, zobowiązał się w ofercie do wykonania zamówienia z zastosowaniem oferowanych kolektorów zgodnie z dokumentacją projektową i wymaganiami SIWZ.

Odwołujący nie zgadza się na to, aby „trudności” w uzyskaniu akceptacji inspektorów budowlanych RZI w Gdyni na etapie uzgadniania dokumentacji dotyczące instalacji kolektorów słonecznych na dachu budynku DELFIN w 2005 r., na które powołuje się Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, stanowiły kryterium oceny równoważności jego oferty. Nie mogą one wpływać na uznanie lub nie oferty Odwołującego za zgodną z SIWZ. W tym zakresie wiążąca winna być SIWZ i jej zapisy dotyczące uznania oferty za równoważną.

Ponadto Odwołujący podtrzymuje swoje zarzuty odnośnie zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty firmy P.P.-W.H. West - Bud pomimo, iż w postępowaniu o zamówienie o wartości mniejszej niż 5.150.000,00 € odwołanie nie przysługuje od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jako dodatkowy argument przemawiający za naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Dodatkowo wskazał, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie wezwania do złożenia brakujących dokumentów potwierdzających przez P.P.-W.H. West - Bud spełnianie warunku dysponowania dwoma kierownikami robót (budowy) w branży budowlanej. Na wezwanie do złożenia brakujących dokumentów potwierdzających dysponowanie kierownikiem robót (budowy) w branży budowlanej, z dnia 6.03.2009 r. Wykonawca złożył nie spełniające wymagań SIWZ uprawnienia Pana Z. J. Jest zatem nieprawdą, iż złożył spełniające wymagania SIWZ uprawnienia Pani A. S. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 17.03.2009 r. dokonywał czynności oględzin dokumentów dotyczących prowadzonego postępowania i w tej dacie, z dokumentacji wynikało, że na wezwanie Zamawiającego złożono w terminie określonym w wezwaniu (do dnia 9.03.2009 r.) tylko uprawnienia Pana Z. J. Powyższe potwierdza również oświadczenie złożone w proteście Przedsiębiorstwa Budowlanego KAN-BUD protest z dnia 9.03.2009 r. Wynika z powyższego, iż Zamawiający dopuścił się dwukrotnego wezwania do złożenia brakujących dokumentów dotyczących spełniania tego

samego warunku udziału w postępowaniu, czym bezsprzecznie naruszył art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (wyrok KIO z 2.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 319/08). Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 01.04.2009 r. Zamawiający przekazał PP-WH West - Bud (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 07.04.2009 r. (wpływ bezpośredni) PP-WH West - Bud, po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Oświadczył co następuje:

- 1) w pełni zgadzamy się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w „Zawiadomieniu o rozstrzygnięciu protestu” z dnia 26.03.2009 r.
- 2) podtrzymujemy stwierdzenia zawarte w piśmie z dnia 20.03.2009 r. - „Zgłoszenie przystąpienia do protestu”.

Podtrzymał także swoje stanowisko, że pozwolenie na budowę, które posiada obecnie Inwestor, obejmuje swym zakresem całą inwestycję, łącznie z kolektorami słonecznymi i instalacją solarną. Stwierdził, że z tych względów zarzut, iż instalowanie urządzeń oraz montaż wolno stojących kolektorów słonecznych na gruncie postanowień art. 29 ust. 2 pkt 15 i 16 Prawa Budowlanego nie wymaga pozwolenia na budowę jest bezprzedmiotowy. Zauważył, iż zwolnienie to nie dotyczy montażu instalacji solarnych, które wymagają pozwolenia na budowę. Istotne odstępstwa od zatwierdzonego projektu budowlanego zaproponowane przez Odwołującego wymagały zmiany pozwolenia na budowę - zgodnie z art.36a ust. 1 Prawa Budowlanego. Zgodnie z art. 36a ust. 6 Prawa Budowlanego to projektant dokonuje kwalifikacji zamierzonego odstępstwa. W oświadczeniu z dnia 06.03.2009 r. projektant dokonał kwalifikacji zamierzonego odstępstwa i uznał, że w przypadku zmiany ilości kolektorów słonecznych, a co za tym idzie, zmiany długości rurociągów instalacji solarnej konieczne będzie wystąpienie o wydanie decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. Stąd oferta równoważna Odwołującego, aby być zgodnie z prawem, projektami budowlanymi oraz pozostałymi postanowieniami SIWZ - nie powinna zawierać innej ilości kolektorów słonecznych aniżeli ta, która jest przewidziana przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Zgoda Zamawiającego na zastosowanie innego typu kolektora słonecznego nie oznaczała akceptacji na odstępstwa, co do ilości kolektorów oraz zapisów w dokumentacji projektowej (projektów budowlanych) stanowiącej integralną część SIWZ. Na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Odwołujący się między innymi oświadczył, iż zapoznał się ze SIWZ i że nie wnosi żadnych zastrzeżeń oraz że uzyskał niezbędne informacje do przygotowania oferty. W rozdziale SIWZ (Przedmiot zamówienia)

ust. 2 str. 4 zawarty jest dokładny opis przedmiotu zamówienia, który przedstawia dokumentacja projektowa, rysunki, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót i przedmiary robót - stanowiąca załącznik nr 5 do SIWZ.

Oferta Odwołującego się odbiegała od treści załącznika nr 5 do SIWZ. Jakkolwiek na Wykonawcy ciąży obowiązek przedstawienia Zamawiającemu projektu wykonawczego z dokładnymi wyliczeniami to jednak nie może on być sprzeczny z projektem budowlanym (projektami budowlano - wykonawczymi) będącym załącznikami do SIWZ, na który uzyskano pozwolenie na budowę.

Nieuprawniony jest zarzut także naruszenia przez Zamawiającego interesu publicznego i zasad gospodarki finansowej w związku z wyborem oferty Przystępującego. Zamawiający na realizację zadania przeznaczył kwotę netto 7.420.000,00 zł. Zgodnie z obowiązującymi przepisami kwota ta wynikła ze sporządzonych wcześniej kosztorysów inwestorskich. Były one sporządzone w okresie od lipca do grudnia ubiegłego roku. Wycena maszyn i urządzeń ustalona była w oparciu o kurs EURO wynoszący około 3,30zł - 3,50 zł. Obecny kurs wynosi (luty: 4,80 zł), co oznacza, iż faktyczny koszt realizacji inwestycji będzie wyższy aniżeli zakładał inwestor. Oferta Przystępującego wynosiła netto 7.254.405,37 zł i była niższa od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego o 165.594,63 zł. Taki koszt realizacji inwestycji i tak będzie wymagał dużych wysiłków ze strony Przystępującego, z uwagi na wymagania jakościowe Zamawiającego oraz EkoFundusz i N.F.O.Ś i G.W. Realizacja zadania za kwotę oferowaną przez Odwołującego nie daje gwarancji dobrej jakości wykonania zamówienia. Jednakże, jak stwierdził Przystępujący, rozważania w przedmiotowej sprawie wykraczają poza ramy prawne odwołania. Zgodnie bowiem z art. 184 ust.1a Pzp przedmiot odwołania nie może odnosić się do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego. Odwołanie może dotyczyć odrzucenia oferty Odwołującego. Nieuprawnione na gruncie Pzp, są zarzuty odrzucenia oferty Przystępującego.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 07.04.2009 r. do Prezesa UZP wpłynęło od Zamawiającego pismo z dnia 06.04.2009 r. będące stanowiskiem w sprawie odwołania z dnia 31.03.2009 r. Zamawiający stwierdził, uwzględniając przedstawione w załączeniu dowody w postaci dokumentów i opinii biegłych, co następuje:

Odnosnie odrzucenia oferty.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie spełnił wymagań określonych w SIWZ. Wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia w SIWZ ujęte są w przedmiarze robót (zał. Nr 5 do SIWZ). W swej ofercie w/w wykonawca wpisał nie odpowiadającą treści SIWZ większą od ilości wymaganej o 24 szt. kolektorów słonecznych (*dowód: załączona str. oferty*

- *Odwołującego zał. Nr 1 oraz str. SIWZ zał. Nr 2 - przedmiar robót*). Podniósł, że art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje Zamawiającemu dopełnienie obowiązku odrzucenia oferty, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Niezgodność oferty z SIWZ nie jest omyłką i z tego względu oferta podlega obowiązkowi odrzucenia. Nie odrzucenie oferty przez Zamawiającego w rażący sposób naruszałoby Pzp. Zamawiający respektował zasadę konkurencyjności i równego traktowania ofert. W ten sposób Zamawiający działał w zgodzie z art. 7 i 146 ust. 1 pkt. 6 Pzp. Wykonawca potwierdził, że zapoznał się z SIWZ i były mu zatem znane warunki, którym winna odpowiadać oferta (*dowód: oświadczenie wykonawcy zał. Nr 3*). Nieskuteczne jest zatem, w ocenie Zamawiającego, domaganie się przez Odwołującego w wyniku złożenia odwołania, aby podjęte zostało działanie sprzeczne z w/w prawem.

Odnośnie równoważności przedmiotu zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący w sposób nieuprawniony rozszerzył w odwołaniu zmianę wprowadzoną do SIWZ w odpowiedzi z dnia 21.02.2009 r. polegającą na dopuszczeniu zastosowania równoważnych materiałów (wyrobów), nie gorszej jakości niż opisane w projekcie i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wskazując na normę PN EN 12975-2.P.6.1 i normy innych państw członkowskich EOG, badania wykonane przez akredytowane laboratorium badawcze oraz aktualny certyfikat zgodności. Zamawiający podkreślił (odpowiedź na pytanie 25 z 18.02.2009 r.), że dla parametrów i wymagań dotyczących kolektorów oferent ma kierować się parametrami zawartymi w SIWZ (*dowód: treść odwołaniu z dnia 31.03.2009 r., odpowiedzi Zamawiającego z dnia 18.02.2009 r. i z dnia 21.02.2009 r.- zał. Nr 4*). Z powyższego wynika bowiem, że Zamawiający nie dopuścił zmiany ilości kolektorów, a tym samym nie był zobowiązany do określania nakazów w tej mierze. Nakazem dla Odwołującego jest ilość kolektorów wymieniona w SIWZ. Tym samym Zamawiający nie miał powodu udzielać odpowiedzi w sprawie ilości kolektorów, ponieważ pytanie w tej sprawie nie zostało wniesione w wymaganym terminie. Przyjęcie przez Odwołującego innej ilości kolektorów, choćby w zgodności z równoważną jakością materiałów z których są wyprodukowane, nie jest bez znaczenia dla wymagań projektowych i konstrukcyjnych, tym bardziej iż stoi w sprzeczności z wymaganiami stawianymi w opisie przedmiotu zamówienia, z którym Odwołujący potwierdza, że się zapoznał (*dowód: oferta Odwołującego - zał. Nr 3*)

Brak respektowania przez Odwołującego założeń projektu i oferowanie w sposób nierównoważny z nim powoduje poza tym liczne konsekwencje z tytułu naruszenia prawa budowlanego (*dowód: pozwolenie na budowę zał. Nr 5 oraz ekspertyza zał. Nr 6*).

Odnośnie dopełnienia warunku zrealizowania w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, co najmniej jednego zamówienia polegającego na wykonaniu wielobranżowej roboty budowlanej w placówkach oświatowych, obiektach użyteczności publicznej i mieszkaniowej na obiektach czynnych o wartości brutto min. 3.500.000,00 zł dla

całości zamówienia - obejmujące swym zakresem prace termomodernizacyjne (warunek opisany w części V. pkt 1.2.B SIWZ) przez Przystępującego. Zamawiający powtórzył argumentację z rozstrzygnięcia protestu.

Odnosnie warunku dysponowania co najmniej dwoma osobami, które przy realizacji zamówienia pełnić będą samodzielne funkcje techniczne w budownictwie jako kierownika robót (budowy) w branży budowlanej (warunek opisany w części V. pkt. 1.2.A SIWZ) przez Przystępującego. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko z rozstrzygnięcia protestu stwierdzając, że na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Firma WEST - BUD przesłała potwierdzoną kopię uprawnień Pani mgr inż. A S. uprawniające do pełnienia samodzielnej funkcji Kierownika Budowy i Robót wraz z aktualnym Zaświadczeniem Zachodniopomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, potwierdzający członkostwo w/w Izby oraz uprawnienia projektanckie Pana Z. J. Przywołuje także fragment publikacji „*Prawo zamówień publicznych - komentarz*” praca zbiorowa wydanie trzecie - UZP Warszawa 2007 str. 142. Stwierdził, iż art. 26 ust. 3 Pzp nie narzuca Zamawiającemu ile razy może wyznaczać termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Oczywistym jest, że nie jest wiążące wyznaczenie tego terminu po terminie wyznaczonym dla związania ofertą. Przed tą datą Zamawiający jest obowiązany, dla dającego się „uratować” postępowania, żądać uzupełnienia dokumentów. Z takim przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, bowiem wszystkie oferty poza ofertą wybraną przyczynić się mogą do unieważnienia postępowania z racji obowiązku ich odrzucenia lub przekroczenia wartości szacunkowej zamówienia. Odwołujący nie uwzględnił wszystkich aspektów wynikających z wymagań Pzp i z tego względu bezpodstawnie domaga się uwzględnienia swego odwołania, czego nie można uwzględnić ponieważ nie stwierdza się naruszenia przepisów ustawy, które miałyby wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania (art. 191 uat.1 a Pzp).

Ponadto, Zamawiający stwierdził, co następuje:

Zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp nie można orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. A/ W proteście Odwołującego zawarte zostały następujące zarzuty:

1/ odrzucenie oferty nastąpiło niezgodnie z Pzp;

2/wobec zarzutów stawianych kolektorom zaproponowanym w ofercie zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego, Zamawiający powinien się odnieść, czego w żaden sposób nie uczynił;

3/ Zamawiający naruszył Pzp wybierając ofertę firmy PP-WH West Bud przez dopuszczenie zgodności z SIWZ doświadczenia dotyczącego wykonania co najmniej jednej wielobranżowej roboty remontowej o wartości brutto min. 3.500.000,- zł obejmujące swym zakresem prace termoizolacyjne, ponieważ robota ta jest w trakcie realizacji;

4/ Zamawiający w SIWZ wymagał, aby wykonawca dysponował co najmniej dwiema osobami z uprawnieniami do kierowania budową, zaś Przystępujący przesłała uprawnienia projektanta, a nie kierownika robót (budowy) w branży budowlanej i w związku z powyższym uzupełnienie dokumentów skutkujące uzupełnieniem wymogów automatycznie powoduje, iż oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona. Na powyższe zarzuty w proteście Odwołujący nie przywołał uzasadnienia prawnego.

B/ Wg art. 180 ust. 6 Pzp protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie Zamawiającego, a także zawierać żądanie, związłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.

1/ Protest nie zawiera uzasadnienie prawnego, z którego wynikałoby, że skorzystanie przez Zamawiającego z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp jest niezgodne z Pzp (brak przytoczenia przepisu);

2/ Brak jest uzasadnienia dlaczego i które zarzuty Zamawiającego stawiane zaproponowanym kolektorom, Odwołujący uważa za wymagające wyjaśnienia i którym przepis prawa został przez Zamawiającego w wyniku jego zaniechania naruszony.

3/ Przywołany przepis dotyczący dokumentowania doświadczenia w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów nie odnosi się do nieważności doświadczenia wyniesionego z wykonania robót będących w trakcie realizacji, a potwierdza natomiast, że można żądać wykazu wykonanych robót budowlanych z podaniem ich wartości, oraz daty i miejsca wykonania oraz w załączeniu dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. Zatem uzasadnienie prawne zostało przytoczone mylnie, zaś stan faktyczny jest taki, iż robota budowlana (a nie umowa) została wykonana i odebrana na kwotę przekraczającą 3.500.000,- zł, co potwierdzają załączone dokumenty (referencje - zał. Nr 7).

4/ Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował co najmniej dwiema osobami posiadającymi uprawnienie kierownika robót (budowy) w branży budowlanej, zaś stan faktyczny jest taki, że Zamawiający dysponuje dokumentami potwierdzającymi, że firma ta spełnia ten warunek postawiony w SIWZ. Zapewnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku odbyło się zgodnie z Pzp, co zostało zakwalifikowane przez Odwołującego, jako czyn naruszający Pzp bez podania przez niego wymaganego uzasadnienie prawnego.

C/ Na okoliczności związane z:

1/ uzasadnionym odrzuceniem oferty Zamawiający przedstawił ponadto:

- dokumenty potwierdzające rozbieżność (a nie równoważność) oferty z wymaganiami SIWZ;
- dokument potwierdzający zapoznanie się Odwołującego z treścią SIWZ;
- oświadczenie Biura Projektowego.

2/ nieuprawnionym traktowaniem przez Odwołującego równoważności przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z warunkami SIWZ przez:

- dostarczenie dokumentów potwierdzających treści odwołania z odpowiedziami Zamawiającego z dn. 18.02.09 r. i 21.02.2009 r.;

3/ spełnieniem wymagań SIWZ przez Przystępującego w zakresie:

- doświadczenia dot. wykonania wymaganej roboty budowlanej o wartości brutto min. 3.500.000,- zł (referencje dotyczące robót budowlanych w Koszalinie);

4/ spełnieniem wymagań SIWZ przez Przystępującego w zakresie dysponowania co najmniej dwiema osobami do kierowania budową przez:

- złożenie zaświadczeń potwierdzających uprawnienie dwóch osób w zgodności z wymaganiami SIWZ spełnianych przez J. Kłobukowskiego i A. Szarek w terminie przed upływem związania ofertą.

Zamawiający stwierdził, że należy odmówić wiarygodności i mocy dowodowej zarówno protestowi jak i odwołaniu podpisanym przez Odwołującego z przyczyn podanych wyżej w pkt. B 1, 2, 3, 4. Natomiast ustalenie faktów, które jest udowodnione przez Zamawiającego i wymienione w pkt. C 1, 2, 3, 4 oraz w załącznikach do niniejszego stanowiska oraz posiada oparcie w tym, iż nie stwierdzono naruszenia przepisów ustawy (pzp) przez Zamawiającego w aspekcie art. 191 ust. 1 a Pzp. Tym samym nie powinno się uwzględniać odwołania.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, wyjaśnieniami treści SIWZ z dnia 18.02.2009 r. oraz 21.02.2009 r., treścią spornej oferty oraz pisemnym stanowiskiem Zamawiającego w sprawie odwołania z dnia 31.03.2009 r. wraz z załącznikami (wyciąg z kosztorysu ofertowego Odwołującego – Kotłownie gazowe z instalacją solarną na obiekcie JANTAR – str. 4 (poz. 68); Kotłownie gazowe z instalacją solarną na obiekcie ALGA – str. 10 (poz. 199) – Kotłownie gazowe z instalacją solarną na obiekcie MAGAZYN – str. 14 (poz. 311), wyciąg z przedmiaru robót dla obiektu JANTAR, ALGA, MAGAZYN, oświadczenie Odwołującego z oferty w sprawie zapoznania się z SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego na pytania z 18 i 21.02.2009 r., pozwolenie na budowę – decyzja Nr TZ/417/PB/50/08-09, ekspertyza dotycząca oceny zgodności oferty Odwołującego, referencje z dnia 11.02.2009 r., wykaz wykonanych robót budowlanych – załącznik nr 10 oraz wnioski o zwrot kosztów poniesionych w związku z wniesionym odwołaniem Firmy RAPID), złożonym przez Odwołującego oświadczeniem równoważności z dnia 07.03.2009 r. podpisanym przez dr inż. Jerzego Adamczyka wraz z rozmieszczeniem kolektorów słonecznych na pensjonacie JANTAR 39, ALGA 46 oraz JANTAR 42, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót zwaną dalej: „STWiOR” w zakresie instalacji**

solarowej – instalacja gazowa zewnętrzna i zbiornikowa złożoną przez Odwołującego, a potwierdzoną przez Zamawiającego, oświadczeniem projektanta z dnia 06.03.2009 r. złożonym przez Przystępującego, opisem ilości sztuk, jaka jest wymagana w przedmiarze w formie wyszczególnienia elementów do montażu, stanowiącym załącznik do dokumentacji technicznej, co potwierdził na rozprawie Odwołujący złożonym przez Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego, zaprezentowanych na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), podczas gdy oferta ta cenowo była najkorzystniejsza, miał interes prawny w złożeniu tak protestu, jak i odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy, z uwagi na przedłożenie oferty korzystniejszej cenowo od pozostałych wykonawców, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu zmiany ilości kolektorów słonecznych, co skutkowało złożeniem oferty niezgodnej z wymogami przedstawionymi w dokumentacji technicznej i dokumentacji projektowej, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w rozdz. III pkt 2 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), wskazał że:  
*„Dokładny opis oraz zakres przedmiotu zamówienia zawierają:*

*1) Dokumentacja projektowa, rysunki, Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót i przedmiary robót – Załącznik nr 5 do SIWZ,*

*Wymieniona wyżej dokumentacja techniczna stanowi integralną część SIWZ z zastrzeżeniem, że wszelkie ewentualne wskazane z nazwy materiały (wyroby) należy rozumieć jako określenie wymaganych parametrów technicznych lub standardów jakościowych. Oznacza*



*to, że zgodnie z art. 29 ustawy, na wskazane z nazwy materiały i wyroby Zamawiający dopuszcza zastosowanie równoważnych materiałów (wyróbów), nie gorszej jakości niż opisane w projekcie i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Ciężar udowodnienia, że materiał (wyrób) jest równoważny w stosunku do wymogu określonego przez zamawiającego spoczywa na składającym ofertę. W takim wypadku wykonawca musi przedłożyć odpowiednie dokumenty opisujące parametry techniczne, wymagane prawem certyfikaty i inne dokumenty dopuszczające dane materiały (wyroby) do użytkowania, oraz pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że są one rzeczywiście równoważne”.*

Dodatkowo, Zamawiający w rozdz. VI pkt E.1. wymagał, aby Wykonawca wykonujący zamówienie w części finansowane przez Ekofundusz i NFOŚ i GW oświadczył, że proponowany typ kolektorów słonecznych jest zgodny z normą PN EN-12975-2, P.6.1 lub normami innych państw członkowskich EOG, wykonane przez akredytowane laboratorium badawcze oraz aktualny certyfikat zgodności, wydany przez akredytowaną Jednostkę Certyfikującą. Ponadto zastosowane kolektory słoneczne mają posiadać wartość absorpcyjności (min.95%), emisyjności (max. 5%) i sprawności optycznej (min.80%) - tj. załącznik nr 6 do SIWZ.

Z kolei w ramach formularza ofertowego – załącznik nr 1, w pkt 1 (na str.2) wymagał złożenia oświadczenia: „(..) zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie wnosimy żadnych zastrzeżeń oraz uzyskaliśmy niezbędne informacje do przygotowania oferty”.

Ponadto, Zamawiający na pyt. 6: „Proszę o wyrażenie zgody na zamianę kolektorów słonecznych Solarpol Max 1 na kolektory Viessmann Vitosol 200F SV2 [...]”. Odpowiedział w dniu 21.02.2009 r.: „Zamawiający wyjaśnia: Zgodnie z zapisami ustawy PZP oraz zapisami w pkt III.2. „Dokładny opis i zakres przedmiotu zamówienia...” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający dopuszcza zastosowanie równoważnych materiałów (wyróbów), nie gorszej jakości niż opisane w projekcie i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Ponad to Zamawiający wymaga, zgodnie z zapisem VI.E. 1. w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, aby proponowany typ kolektorów słonecznych był zgodny z normą PN EN 12975-2, P.6.1 lub normami innych państw członkowskich EOG, posiadał badania wykonane przez akredytowane laboratorium badawcze oraz aktualny certyfikat zgodności (...). Odpowiednie dokumenty należy załączyć do oferty przetargowej, mając na uwadze zapisy pkt III. 2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, iż ciężar udowodnienia, że materiał (wyrób) jest równoważny w stosunku do wymogów technicznych określonych przez Zamawiającego spoczywa na składającym ofertę”. Zgodnie z wymogami „EkoEunduszu” (...) kolektory słoneczne muszą spełniać m.in. określone wartości:  
- absorpcyjności (min. 95%), - emisyjności (max. 5%), - sprawności optycznej (min. 80%)”.

Na pyt. 20: „Czy Zamawiający wyraża zgodę na modyfikowanie kosztorysów ofertowych pod kątem stosowania materiałów równoważnych?”. Zamawiający odpowiedział w dniu 18.02.2009 r.: „Zamawiający wyjaśnia: Wyrażenie zgody w gestii Inwestora”.

Na pyt. 24: „pkt E1 mówi o dołączeniu oświadczenia, w którym określone są parametry kolektorów słonecznych, czy oświadczenie to należy poprzeć certyfikatem zgodności oraz badaniami wydanymi przez akredytowane laboratorium badawcze, czy wystarczy samo oświadczenie”. Zamawiający z kolei odpowiedział w dniu 18.02.2009 r.: „Zamawiający wyjaśnia: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykonujący zamówienie złożył oświadczenie na proponowanym druku zał. nr 6, że proponowany typ kolektorów słonecznych jest zgodny z normą”. Zaś na pyt. 25: „Specyfikacja Techniczna Instalacji Solarnej pkt E) przedstawia parametry i wymagania dla kolektorów, które różnią się od podanych w SIWZ pkt E1, którymi parametrami oferent ma się kierować, czy wystarczy spełnienie parametrów zawartych w SIWZ”. Odpowiedział w dniu 18.02.2009 r.: „Zamawiający wyjaśnia: Wymagane jest spełnienie parametrów zawartych w SIWZ”.

Zgodnie z pkt 5 STWiOR - Wymagania ogólne: projekt wykonawczy, organizacji robót i harmonogram Wykonawca przedstawi inżynierowi do akceptacji projekt wykonawczy, dostosowany do zaakceptowanych przez Zamawiającego materiałów i urządzeń, projekt organizacji i harmonogram robót uwzględniający wszystkie warunki w jakich będą wykonywane roboty związane z wykonaniem instalacji solarnej. Projekt wykonawczy winien być sporządzony przez Wykonawcę zgodnie z normami, zawierać wszystkie niezbędne elementy robót związane z wykonaniem zakresu robót zawartych w mniejszej ST. Zastosowane w projekcie wykonawczym rozwiązania techniczne, przyjęte materiały, armatura i urządzenia muszą zawierać atesty i być uzgodnione z inwestorem.

Zgodnie z pkt 7 STWiOR – Dla wszystkich robót Obmiar Robót polega na określeniu faktycznego zakresu robót oraz podanie rzeczywistych ilości użytych materiałów. Obmiar Robót obejmuje roboty objęte umową oraz ewentualne roboty dodatkowe i nieprzewidziane, których konieczność wykonania uzgodniona będzie w trakcie trwania Robot, pomiędzy Wykonawcą, a inżynierem. Jednostki obmiarowe są zgodne z przedmiarem robót i są one następujące:

- dla urządzeń technologicznych 1 kpi lub 1 szt,
- dla armatury technologicznej 1 kpi lub 1 szt,
- dla rurociągów technologicznych 1m,
- dla robót malarskich i izolacji termicznych 1 m<sup>2</sup>.

Z kolei w rozdz. XII SIWZ – Sposób obliczenia ceny oferty, Zamawiający stwierdził, iż „przekazane przedmiary robót stanowią opis do wyceny i podstawę kalkulacji ceny ofertowej, służą do rozliczeń pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym. Rozliczenie robót zostanie dokonane protokołem powykonawczym”.

Odnosząc w/w zapisy SIWZ do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, na podstawie art. 188 ust. 7 Pzp, Izba stwierdza, że tak ekspertyza dotycząca oceny zgodności oferty Odwołującego złożoną przez Zamawiającego, jak i oświadczenie równoważności z dnia 07.03.2009 r. złożone przez Odwołującego, jako dokument prywatny z uwagi na ich sporządzenie na zlecenie zainteresowanych zostały uznane tylko i wyłącznie za stanowiska stron w sprawie.

Po drugie, w ocenie Izby z mocy art. 30 ust. 5 Pzp Wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywanym przez Zamawiającego, ma obowiązek wykazania, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Powyższe wynika także z Rozdz. III pkt 2 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), jak i odpowiedzi z dnia 21.02.2009 r. na pyt. nr 6. Izba zauważa, że biorąc pod uwagę powyższe, porzucenie na załączniku nr 6 do SIWZ, z uwagi na charakter inwestycji i możliwe skutki wynikające z Prawa Budowlanego było niewystarczające, tym bardziej wobec jednoznacznego charakteru art. 30 ust. 5 Pzp.

Po trzecie, należy stwierdzić, że powyższe wykazanie powinno mieć miejsce na etapie składania ofert. Jednakże w ocenie Izby, także na rozprawie Odwołujący nie udowodnił, że oferowane kolektory słoneczne w konfiguracji i ilości zaproponowanej, spełniają walor równoważności także w rozumieniu możliwości uzyskana efektu założonego przez Zamawiającego i sprecyzowanego w SIWZ za pomocą innych rozwiązań technicznych. Uprawdopodobnienie takiej możliwości jest niewystarczające.

Po czwarte, dodatkowym argumentem za oddaleniem odwołania jest kwestia charakteru oferty Odwołującego, bezsprzecznie bowiem jedyną możliwością uznania oferty Odwołującego za dopuszczalną było wykazanie jej równoważności, tym bardziej, iż Zamawiający nie dopuszczał składania oferty wariantowej. Tym bardziej, że niektóre aspekty oferty mogły wskazywać na jej wariantowy charakter.

Po piąte, Izba zauważa, że mimo, iż art. 29 ust. 2 pkt 15 i 16 Prawa Budowlanego wyklucza wymóg uzyskania decyzji pozwolenia na budowę, czy też decyzji o zmianie posiadanego pozwolenia na budowę na kolektory słoneczne, to wobec jednoznacznego stanowiska projektanta z dnia 06.03.2009 r. będącego pochodną spoczywającego na nim uprawnienia z mocy art. 36 a ust. 6 w związku z art. 36 a ust. 1 Prawa Budowlanego, nie dopuszczalne byłoby uznanie, że osoba na której spoczywa odpowiedzialność za zgodność projektu z Prawem Budowlanym działała ze szkodą dla realizowanej inwestycji. Należy zauważyć bowiem, że w przypadku pełnienia nadzoru autorskiego (co ma miejsce w przedmiotowej inwestycji), projektant ma prawo i obowiązek kontrolowania Wykonawcy w zakresie zgodności wykonywanych robót z projektem stanowiącym podstawę wydania pozwolenia.

Po szóste, należy zauważyć, że uzależnienie w ramach opisu, dokumentacji projektowej o kolektory słoneczne danego typu budzi wątpliwości (przedłożony przez Zamawiającego opis ilości sztuk, jaka jest wymagana w przedmiarze w formie wyszczególnienia elementów do montażu, stanowiącym załącznik do dokumentacji technicznej), jednakże powinno to być ewentualnie przedmiotem protestu na etapie SIWZ, w obecnym stanie prawnym Izba nie dysponuje uprawnieniem do unieważnienia postępowania z urzędu, a Odwołujący nie składał wniosku o nakazanie unieważnienia postępowania, ani w swoich pismach procesowych, ani na rozprawie.

Po siódme, Izba wskazuje, że faktem nie budzącym żadnej wątpliwości jest okoliczność, że podstawą wynagrodzenia jest wynagrodzenie kosztorysowe. Wbrew stanowisku Odwołującego, Izba stwierdza, że przedmiary jednoznacznie określały ilości sztuk, jakie przewidziane są w ramach kompletów. Z uwagi na charakter wynagrodzenia Odwołujący nie mógł bez uzgodnienia z Zamawiającym dokonać zmiany założonych ilości, czyli sztuk. Dopuszczenie takiej możliwości, z uwagi na równoważny charakter oferty skutkowałoby nieporównywalnym charakterem złożonych ofert. Odwołujący powinien ściśle przyjąć dane zawarte w przedmiarach, ewentualne zwiększenia ilości, co bezspornie miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym, powinno być przedmiotem rozliczenia w ramach kosztorysu powykonawczego, nie zaś w ramach złożonej oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że w/w zarzut nie został potwierdzony.

Wobec nie potwierdzenia się zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego *de facto* art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 24 ust.4 Pzp poprzez wybór ofertę Przystępującego podlegającej odrzuceniu na skutek niespełnienia podstawowych warunków, tj.:

1) wykazania, że Przystępujący zrealizował w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu wielobranżowej roboty remontowej o wartości brutto min. 3.500.000,- zł dla całości zamówienia - obejmujące swym zakresem prace termo modernizacyjne oraz

2) wykazania, że Wykonawca dysponuje, co najmniej dwiema osobami, które przy realizacji zamówienia pełnić będą samodzielną funkcję techniczną w budownictwie jako kierownik robót (budowy) w branży budowlanej, Izba pozostawiła niniejszy zarzut bez rozpoznania.

W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość na podstawie kosztorysu inwestorskiego, zgodnie z wnioskiem o rozpoczęcie postępowania w celu udzielenia zamówienia publicznego oraz informacją

Zamawiającego zawartą w piśmie z dnia 01.04.2009 r., została oszacowana na 7.420.000,00 zł, co stanowi 1.913.801,00 euro (DRUK- ZP-2). Zatem wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty 5 150 000 euro (wartość tzw. progu UE do robót budowlanych) wskazanej w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.12.2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241, poz. 1762).

Zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1a Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (czyli dla robót budowlanych wartość poniżej 5 150 000 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego następujących czynności Zamawiającego: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty. Ustawodawca określił więc w sposób enumeratywny czynności, w stosunku do których przysługuje prawo do wniesienia odwołania.

Należy zwrócić uwagę, że rozstrzygnięcie nie każdego protestu, dopuszczalnego na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp, korzysta z ochrony w tzw. postępowaniach poniżej progów unijnych. Protest można bowiem wnieść, na każdą czynność w postępowaniu lub konkursie, jak i na zaniechanie czynności, do której podjęcia Zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp. Zaś w świetle przepisu art. 184 ust. 1a Pzp, odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu, który dotyczy ściśle określonych czynności, jedynie dwóch, którymi są: czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. W katalogu tym nie ujęto natomiast przypadków zaniechania czynności np. odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą przez Zamawiającego, co oznacza, że odwołanie w powyższych okolicznościach nie przysługuje. Odwołanie będzie przysługiwać jedynie temu wykonawcy, wobec którego, w wyniku rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający podtrzyma lub podejmie decyzję o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu jego oferty.

Na marginesie należy zauważyć, iż tak Odwołujący, jak i Przystępujący dali wyraz w swoich pismach swojej wiedzy w tym zakresie.

Treść art. 184 ust. 1a Pzp pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca objął ochroną jedynie najważniejsze interesy wykonawcy wnoszącego odwołanie, a dotyczące jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Cel powołanego przepisu potwierdza również uzasadnienie do projektu zmiany Pzp, z którego wynika, że nowelizacja ma zapewnić ochronę prawną w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane poniżej progu 5 150 000 euro, jednakże z: *„wyeliminowaniem prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy).”*

W tym stanie rzeczy, na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 4 w związku z art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp Izba rozpoznawała odwołanie tylko w odniesieniu do zarzutów związanych z odrzuceniem oferty Odwołującego. W konsekwencji Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej.

Podobna sytuacja ma miejsce wobec wskazanej przez Przystępującego w przystąpieniach (do postępowania protestacyjnego i odwoławczego) dodatkowej podstawy faktycznej w ofercie Odwołującego do odrzucenia jego oferty, czyli zaniechanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego, z uwagi na stwierdzone przez Przystępującego rozbieżności między przedmiarami załączonym do SIWZ, a kosztorysami ofertowymi Odwołującego. Izba uznała, że z uwagi na art. 184 ust. 1a pkt 4 w związku z art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp brak jest podstaw do rozpoznania powyższego zarzutu.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. dwukrotnego wezwania do złożenia brakujących dokumentów dotyczących spełniania tego samego warunku udziału w postępowaniu, Izba pozostawiła niniejszy zarzut bez rozpoznania z uwagi na art. 191 ust. 3 Pzp stanowiący zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Podobnie, Izba uznała odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 30 ust. 5, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez żądanie wykazania równoważności po upływie terminu składania ofert, w aspekcie zgodności wymiarowej z kolektorem typu SOLARPOL MAX 1 i ich ilości przyjętej przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Odnosnie wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynikających z przedłożonego wniosku załączonego do stanowiska w sprawie wniesionego odwołania, Izba stwierdza, iż z uwagi na nie przedłożenie faktury, ale tylko samego wniosku nie został on uwzględniony. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), Izba zasadza koszty na podstawie rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....