

Sygn. akt: KIO/UZP 1682/09

WYROK

z dnia 11 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Vialis Polska Sp. z o. o., Dorotę Winiarską Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Usługowe WIN-BUD ul. Tatrzaska 8, 60-413 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Wrocław – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta ul. Długa 49, 53 – 633 Wrocław** protestu z dnia 16 października 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o., ul. Stargardzka 8, 54- 156 Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu, w odniesieniu do 1 części zamówienia, dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego. Nakazuje wezwanie odwołującego do podania nazw producentów materiałów w kolumnie 4 załącznika nr IV do oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Wrocław – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta ul. Długa 49, 53 – 633 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4462 zł. 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego Konsorcjum firm: **Vialis Polska Sp. z o. o., Dorotę Winiarską Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Usługowe WIN-BUD ul. Tatrzańska 8, 60-413 Poznań.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr. (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy)** przez **Gminę Wrocław – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta ul. Długa 49, 53 – 633 Wrocław**, na rzecz konsorcjum firm: **Vialis Polska Sp. z o. o., Doroty Winiarskiej Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo - Usługowego WIN-BUD ul. Tatrzańska 8, 60 - 413 Poznań**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł. 00 gr. (słownie: XXX)** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538,00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy)** z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego konsorcjum firm: **Vialis Polska Sp. z o. o., Doroty Winiarskiej Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowo - Usługowego WIN-BUD ul. Tatrzańska 8, 60- 413 Poznań.**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na bieżące utrzymanie i konserwację sygnalizacji świetlnych i urządzeń pochodnych na terenie Wrocławia, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE Nr 2009 /S 154 – 224908 z 13.08.2009 r.) w dniu 16 października 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez konsorcjum firm **Vialis Polska Sp. z o. o., Dorotę Winiarską Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Usługowe WIN-BUD** w zakresie 1 części zamówienia (obszar A).

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem z dnia 6 października 2009 r. :

- o odrzuceniu oferty odwołującego,
- o wyborze oferty konsorcjum firm: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Gminie Wrocław - Zarządowi Dróg i Utrzymania Miasta naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241), dalej ustawy Pzp, tj. art. 7, art. 29, art. 22, art. 36, art. 26, art. 87.

Odwołujący powołując się na naruszenie swego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum firm: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o.;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 4) odrzucenie oferty konsorcjum firm: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o.;
- 5) ewentualnie, wniósł o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów protestu, odwołujący uznał odrzucenie jego oferty za bezprawne. Wskazał, że zamawiający zaniechał wezwania go do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, umożliwiających poprawienie omyłek w wymienionej ofercie. Zaniechał również odrzucenia oferty konsorcjum firm: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o. Zamawiający jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego przyjął, iż jej treść nie jest zgodna z punktem 10 cz. VI instrukcji dla wykonawców - gdzie załącznik nr IV winien być wypełniony ściśle jak wymagano. Odwołujący podnosił, iż owa instrukcja nie zawiera części VI punktu 10. W opinii odwołującego formularz oferty oraz załączniki zostały wypełnione zgodnie ze wskazaniem SIWZ. Powołał się na okoliczność, iż nie był zobowiązany wypełnić kolumny 4 – producent w załączniku nr IV, gdyż SIWZ nie przewiduje sankcji odrzucenia oferty za pozostawienie tej kolumny niewypełnionej. Odwołujący podnosił, że jako wykonawca określonego przedmiotu zamówienia może nie znać producentów materiałów wykorzystywanych do jego realizacji, gdyż zaopatruje się u różnych dystrybutorów części. Zdaniem odwołującego podstawowe znaczenie ma specyfikacja techniczna używanych materiałów. Zaznaczył, że wybrane konsorcjum w swojej ofercie nie podało nazw producentów, a jedynie podało dystrybutorów i do tego w sposób nieprawidłowy, na co zamawiający nie zareagował. Odwołujący

wskazywał, że żądanie podania nazw producentów części narusza prawidłowy opis przedmiotu zamówienia, jaki wynika z treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Narusza zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji - stawia w gorszej sytuacji wykonawców zaopatrujących się u dystrybutorów, a nie u producentów. Gdyby wykonawca wpisał nazwy producentów, prowadziłoby to do naruszenia zasad uczciwej konkurencji Zdaniem odwołującego w formularzu nr IV nie był zobowiązany wpisywać producentów, ale może uzupełnić te pola które pozostawił niewypełnione. Gdyby założyć, iż wykonawcy zobowiązani byli podać w załączniku nr IV nazwy producentów materiałów, to zdaniem odwołującego, w przypadku stwierdzenia braków w ofertach w tym zakresie, zamawiający jest zobligowany treścią przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wezwania wykonawcy aby uzupełnił ten brak, względnie zamawiający winien dokonać poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, po wcześniejszym uzyskaniu wyjaśnień wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 16 października 2009 r. do postępowania wywołanego protestem, w dniu 19 października 2009 r. przystąpił wykonawca wybrany - konsorcjum firm: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o., który powołał się na swój interes prawny w utrzymaniu czynności wyboru jego oferty. Wskazywał na brak przesłanek ustawowych do uzupełniania, czy poprawiania oferty odwołującego. Podniósł, iż zamawiający nie podał w piśmie o odrzuceniu oferty odwołującego wszystkich powodów czynność taką uzasadniających. Wymienił dalsze stwierdzone uchybienia w ofercie odwołującego, między innymi zły sposób wyliczenia cen jednostkowych demontażu elementów sygnalizacji, brak wymaganego doświadczenia w zakresie realizacji porównywalnych zadań, nieprawidłowe uzupełnienie dokumentów na wezwanie zamawiającego. Zażądał więc oddalenia protestu. Podnosił, iż konsorcjum firm Vialis Polska Sp. z o. o., Dorota Winiarska Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Usługowe WIN-BUD nie posiada interesu prawnego w skarżeniu wyboru jego oferty, albowiem odwołujący złożył ofertę z niższą ceną, zatem wystarczające jest, gdy zdoła wykazać, iż jego oferta jest ważna i powinna zostać wybrana do realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 26 października 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest, uznając go częściowo za zasadny. W przekonaniu zamawiającego, odwołujący złożył dwa protesty z tej samej daty, różniące się między sobą jedynie oznaczeniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia nadanym przez zamawiającego. Z uwagi na tożsamość treści, zarzutów i żądań, zamawiający dokonał jednego rozstrzygnięcia, w którym postanowił:

- 1) uwzględnić protest w części dotyczącej unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o., dokonanych w dniu 6 października 2009 r.;
- 2) oddalić protest w zakresie żądań:
 - unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
 - przywrócenia oferty odwołującego do uczestnictwa w postępowaniu,
 - ewentualnego unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu swego stanowiska zamawiający wskazał, iż uwzględnił zarzut względem konsorcjum firm: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o., które w załączniku nr IV – „wykaz cen jednostkowych materiałów”, w kolumnie 4 – producent, podał dystrybutorów, a nie producentów. Z tych względów postanowił dokonać ponownej oceny ofert, poprzedzonej wezwaniem tego konsorcjum do złożenia wyjaśnień. Swoje stanowisko w odniesieniu do oferty odwołującego, zamawiający uzasadnił wymaganiami zawartymi w punkcie 8.6 cz. IV – instrukcji dla wykonawców (załącznik do SIWZ). Według wskazań załącznika nr IV – „wykaz cen jednostkowych materiałów” należało podać producenta, czego odwołujący nie dopełnił.

Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom, iż swymi czynnościami naruszył dyspozycję przepisów art. 29 ust. 1 i 3 oraz art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zaprzeczył również zarzutom nierównego traktowania wykonawców. Wskazał, iż prawem wykonawcy było zgłaszanie w swoim czasie zapytań do SIWZ, jeżeli wydawały się one niewystarczająco jasne, z czego odwołujący nie skorzystał. W przekonaniu zamawiającego, zawartość kolumny 4 załącznika nr IV, stanowi treść oferty, która nie podlega uzupełnieniu. Zamawiający zaznaczył, iż nie zachodzi oczywista omyłka w ofercie odwołującego, która podlegałaby poprawie w myśl postanowień art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zaś wzywaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Zamawiający zapowiedział, iż dokona ponownej oceny ofert, uwzględni przy tej ocenie ofertę konsorcjum firm: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o., natomiast nie będzie przyjmował do oceny oferty odwołującego. Zamawiający zaznaczał, iż brak jest podstaw do uwzględnienia wniosku odwołującego o ewentualne unieważnienie postępowania.

W odwołaniu wniesionym w dniu 4 listopada 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

3) odrzucenia oferty konsorcjum firm: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o.;

Odwołujący wskazał, iż jego interes prawny został naruszony. Gdyby zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oferta odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. W uzasadnieniu, odwołujący ponowił całą argumentację protestu. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, zaznaczał iż nie może ponosić konsekwencji błędnych, czy niepełnych dyspozycji zamawiającego zawartych w SIWZ. Pozostawienie niewypełnionej kolumny (nazwa producenta) w załączniku nr IV „zestawienie cen jednostkowych materiałów,” w opinii odwołującego, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący ponowił także zarzuty, iż SIWZ została sporządzona niezgodnie z wskazaniem art. 29 ust. 3 i art. 7 ustawy Pzp, gdyż zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przez żądanie podania nazw producentów materiałów, których wykonawca zamierza używać do realizacji zamówienia. Za nietrafne uznał stanowisko zamawiającego, że brak wskazania producentów części nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, i że wykonawca nie może być wzywany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia tego dokumentu. W ocenie odwołującego, winien zostać on wezwany do uzupełnienia załącznika nr IV, albowiem nie jest to formularz oferty.

Pismem z dnia 12 listopada 2009 r., którego kopia została przekazana stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum firm: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o., które wniosło o oddalenie odwołania, ponawiając uzasadnienie podane w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem.

Krajowa Izba odwoławcza ustaliła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania określone art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum firm: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o. do udziału w sprawie w charakterze przystępującego do odwołania, z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego i przystępującego, pism stron i przystępującego, złożonych w postępowaniu

protestacyjno - odwoławczym. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Strony zgodnie oświadczyły, że termin związania ofertą nie upłynął, oferty odwołującego i przystępującego nadal pozostają zabezpieczone wadium. Odwołujący nie skorzystał z możliwości wycofania wadium na podstawie art. 46 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zdaniem Izby, odwołujący złożył jeden protest o tożsamej treści, rozbieżność w nadanym numerze (oznaczeniu) SIWZ, nie stanowi, iż złożone zostały dwa odrębne protesty. Tak też uznał zamawiający, dokonując jednego rozstrzygnięcia.

Przedmiot zamówienia stanowi bieżące utrzymanie i konserwacja sygnalizacji świetlnych i urządzeń pochodnych na terenie Wrocławia, w podziale na rejony: A i B.

Na część 1 zamówienia, obejmującą rejon A, oferty złożyli:

- odwołujący podając cenę brutto po korekcie - 8 566 908,44 zł.,
- konsorcjum firm: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o. – cena brutto 11 437 322,73 zł.

W piśmie z dnia 6 października 2009 r. zamawiający jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego podał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z uzasadnieniem faktycznym, iż wykonawca nie wypełnił w załączniku nr IV do oferty – „wykazie cen jednostkowych materiałów” kolumny 4 – producent. Zgodnie z punktem 10 cz. IV Instrukcji dla wykonawców winien był wypełnić ww. załącznik ściśle według warunków i postanowień SIWZ.

Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia w części IV – Instrukcji dla wykonawców, przewiduje w punkcie 8.6 obowiązek złożenia załącznika nr IV do oferty – „wykazu cen jednostkowych materiałów.” W punkcie 10 zamawiający postanowił, iż formularz oferty oraz załączniki do formularza oferty powinny zostać wypełnione ściśle według warunków SIWZ, bez dokonywania w nich zmian przez wykonawcę. W części VII sposób oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający zobligował się do wezwania wykonawców, w oznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Załącznik nr IV – „wykaz cen jednostkowych materiałów” (w przetargu na bieżące utrzymanie i konserwację sygnalizacji świetlnych i urządzeń pochodnych na terenie Wrocławia) zadanie nr (...), zawiera następujące kolumny: pozycję, nazwę materiału, typ, producenta, jednostkę miary, cenę materiału w złotych netto. Pod tabelą widnieje: Uwaga – cena materiału, należy podać wartość materiału po uwzględnieniu wszystkich narzutów.

W § 1 wzoru umowy zawarte jest postanowienie, iż szczegółowe zasady realizacji zamówienia określa Specyfikacja Techniczna, stanowiąca załącznik nr 5 do umowy.

W § 3 pkt 7 wzoru umowy, wykonawca został zobowiązany do zapewnienia we własnym zakresie materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, które będą spełniać wymogi przewidziane w ustawie z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych. (Dz. U. Nr 92, poz. 881) i w art. 10 ustawy prawo budowlane oraz odpowiadać normom.

Specyfikacja Techniczna wymaga wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z ustawą z dnia 20.06.1997 r. o ruchu drogowym (Dz. U. z 2003 Nr 58, poz. 515), rozporządzeniem Ministra Infrastruktury oraz SWiA z 31.07.2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych (Dz. U. Nr 179, poz. 1393), rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U z 2003 r. Nr 220, poz. 2182) oraz zgodnie z podanymi normami. W odniesieniu do materiałów – pkt 2.1.3 wymaga aby wykonawca używał materiałów dopuszczonych do stosowania w budownictwie, o parametrach technicznych takich samych lub nie gorszych niż wymienione w Specyfikacji Technicznej. W części IV pkt 2.11 specyfikacji, zamawiający zastrzegł sobie prawo do stosowania wskazanych przez siebie materiałów, zaznaczając iż dotyczy to głównie elementów sygnalizacji wymagających wymiany lub modernizacji w bliskim sąsiedztwie innych elementów sygnalizacji tego samego typu.

Okoliczność bezsporną stanowi, iż odwołujący w załączniku nr IV do oferty – „ wykazie cen jednostkowych materiałów, podał ceny, natomiast pozostawił kolumnę producent – niewypełnioną.

Izba zważyła co następuje.

Rozpatrzeniu podlegają jedynie zarzuty protestu podtrzymane w odwołaniu i na rozprawie, w odniesieniu do czynności zamawiającego z dnia 6 października 2009 r. W żadnej mierze przystępujący nie jest legitymowany, aby w przystąpieniu wskazywać dalsze zarzuty i niezgodności oferty odwołującego z postanowieniami SIWZ, do których odwołujący nie mógł odnieść się w proteście. Stanowisko przystępującego, zgodnie z art. 181 ust. 5 ustawy Pzp, może się jedynie sprowadzać do określenia własnych żądań w zakresie zarzutów podniesionych w proteście. Skoro przystępujący uznawał, iż oferta odwołującego winna być odrzucona także z innych przyczyn niż ustalonych przez zamawiającego, przystępującemu służyła droga własnego protestu na zaniechanie zamawiającego w zakresie rzetelnego zbadania wymienionej oferty i nie odrzucenia jej ze wszystkich podstaw, które tą czynność by uzasadniały. Prawem wyboru wykonawcy jest, czy złoży własny protest,

czy też zgłosi przystąpienie do postępowania wywołanego protestem innego wykonawcy bądź skorzysta z jednego i drugiego środka ochrony prawnej.

W oparciu o zebrany materiał dowodowy, Izba uznała, że wymaganie podania producenta materiałów, postawione w SIWZ odnosi się do przedmiotu zamówienia, w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż w postępowaniu zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Między innymi oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego wskazanych w SIWZ, niezależnie od tego, że wymieniony załącznik zawiera również wyszczególnienie oferowanych materiałów (opisanych przez zamawiającego) i ich cen, podanych przez wykonawcę, składających się na treść oferty. Dalszą konkretyzację zawiera rozporządzenie 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. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), które w § 3 wymienia jakie rodzaje dokumentów mogą być przez zamawiającego wymagane dla potwierdzenia, że oferowane usługi, dostawy i roboty odpowiadają wymaganiom. Zamawiający nie zawarł żadnego warunku, ażeby określone materiały pochodziły od oznaczonych producentów, dla wypełnienia którego żądał wskazania producentów materiałów, np. ze względów na kompatybilność wymienianych elementów z dotychczas istniejącym systemem sygnalizacji. Nie mniej należało zważyć, iż wymaganie podania producentów było zawarte w SIWZ i wykonawca powinien się temu podporządkować, wypełniając w całości załącznik nr IV do oferty. Wszelkie zarzuty odwołującego dotyczące wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, opisu przygotowania ofert i naruszenia przepisu art. 29 ust. 1-3, art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, należy uznać za spóźnione, albowiem są to w ocenie Izby, zarzuty odnoszące się do postanowień specyfikacji Istotnych warunków zamówienia, które mogły być skutecznie podnoszone w terminie 14 dni od daty publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, lub zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej zamawiającego, o czym stanowi art. 180 ust. 3 punkt 2 ustawy Pzp. Tego rodzaju zarzuty odwołującego Izba uznała zatem za niepodlegające merytorycznemu rozpatrzeniu.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że w sytuacji, gdy oferta odwołującego jest o około 3 000 000,00 zł. tańsza od oferty przystępującego, (w jedynym kryterium ceny), podstawowy interes prawny odwołującego sprowadza się do wykazania, iż jego oferta jest ważna i powinna zostać wybrana do realizacji zamówienia. Chociaż wobec braku ostatecznego wyboru ofert, na tym etapie postępowania, wykonawca uprawniony jest do podnoszenia zarzutów wobec oferty konkurenta, którego oferta może zostać wybrana, wskazuje na to zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej w

jednym terminie w odniesieniu do czynności zamawiającego dokonania oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, ustanowiona w art. 183 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (vide: postanowienie KIO/UZP 1041/08, wyrok SO w Warszawie sygn. akt V Ca 2056/07 z 26.11.2007 r.). Tym bardziej, że odwołujący powołuje się również na złamanie przez zamawiającego zasad: równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, wskutek potencjalnego dopuszczenia do uzupełnienia oferty przystępującego przez podanie nazw producentów w miejsce nazw dystrybutorów, a odmówienie prawa do uzupełnienia oferty odwołującemu.

Okoliczność bezsporną przyznaną przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, zatem niewymagającą dowodu jest, że przystępujący również nie wypełnił w sposób wymagany kolumny 4 załącznika nr IV do oferty, podał przynajmniej w pewnym zakresie dystrybutorów materiałów, a nie ich producentów, a dokonane oznaczenia producentów nie są pełne i pozwalające na ich jednoznaczną identyfikację, co Izba ustaliła na podstawie dokumentów wymienionej oferty. Z tych względów zamawiający w części uznał protest odwołującego za zasadny, pisząc w rozstrzygnięciu protestu, iż uwzględnił protest w odniesieniu do żądania unieważnienia czynności wyboru ofert z dnia 6 października 2009 r., gdzie na zadanie 1 została wybrana oferta konsorcjum firm: ELEKTROTIM S.A., Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o. o. Zamawiający zapowiedział ponowną ocenę oferty przystępującego, natomiast z góry wykluczył możliwość przywrócenia oferty odwołującego do postępowania w drodze uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lub też sprostowania omyłki w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Skoro zamawiający uznał braki oferty przystępującego w zakresie podania nazw producentów materiałów, za możliwe do konwalidacji, (w sposób bliżej nieokreślony), to ze względu na zbliżony charakter uchybienia, winien obydwu wykonawców potraktować na równych zasadach. Zdaniem Izby, bez znaczenia pozostaje, iż odwołujący nie podał producentów, a przystępujący zamiast producentów podał ewentualnych dystrybutorów materiałów, u których się zaopatruje. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zróżnicowane traktowanie wykonawców będących w tożsamej czy też zbliżonej sytuacji, znalazł zatem potwierdzenie.

Izba poddała ocenie wymaganie podania nazwy producenta, z punktu widzenia przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pozwalających na odrzucenie oferty w przypadku gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Za istotne warunki zamówienia w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, należy przyjmować postanowienia umowy odnoszące się do określenia jej essentialia negotii, jak: przedmiot umowy, sposób wykonania zamówienia, wynagrodzenie, warunki jakościowe.

Wymaganie podania producentów materiałów ma charakter potwierdzający istotny warunek zamówienia, albowiem wraz z dokonaniem przez zamawiającego opisem rodzajowym materiałów, pozwala na dookreślenie i bliższą identyfikację oferowanych elementów, części, z użyciem których będzie wykonywana usługa. Zamawiający nie podał, iż wymaga użycia materiałów określonych producentów, aby zapewnić niezakłóconą współpracę całego systemu, co mogłoby być również uznane za istotny element zamówienia. Wymagania jakościowe dotyczące materiałów, zamawiający określił przez odesłanie do ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych. (Dz. U. Nr 92, poz. 881), art. 10 ustawy prawo budowlane oraz odnośnych norm i przepisów szczególnych wymienionych w Specyfikacji Technicznej. Zamawiane materiały zostały wymienione wraz z ich cenami jednostkowymi i oznaczeniami pozwalającymi tylko na ich rodzajową identyfikację, co odwołujący przyznał do protokołu rozprawy. Z omówionych względów, zdaniem Izby, zachodziłyby postawy, do odrzucenia oferty odwołującego z powołaniem się na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale z zastrzeżeniem wyczerpania trybu art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Żądanie podania producentów materiałów zamawiający uznał za wypełnienie wymagania informacyjnego określonego w SIWZ, mającego wpływ na treść oferty. Zdaniem Izby, wykonawcy nie mogą w sposób dowolny ignorować wymagań SIWZ, skoro zostały one ustanowione i to bez względu na istotność ich charakteru dla przyszłych zobowiązań umownych wykonawcy.

Izba uznała, za dopuszczalne sprostowanie oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawa dopuszcza poprawę w ofertach wykonawców omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący podnosił, iż nie wypełnił kolumny – producent w załączniku nr IV do oferty, gdyż specyfikacja nie zawierała w tym zakresie wytycznych co sposobu wskazania producenta (gdy wykonawca nie zna producenta, bo zaopatruje się u dystrybutora materiałów), stąd błędnie odczytał intencje zamawiającego, uznając, iż pozostawienie tej kolumny bez wypełnienia nie jest zagrożone sankcją niezgodności z SIWZ.

Ustawodawca nakłada na zamawiającego obowiązek prostowania omyłek w ofertach wykonawców. Jeżeli zaś sprostowanie omyłki wiąże się z koniecznością uzyskania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający nie może powoływać się na to, że ustawa zezwala mu na stosowanie procedury określonej w art. 87 ust. 1 Pzp, ale go do tego nie zobowiązuje. Warunkiem pozwalającym na łączne zastosowanie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest aby wyjaśnienia i sprostowanie omyłki nie ingerowały w sposób istotny w treść oferty. Izba przyjęła, iż oznaczenie producentów materiałów w kolumnie 4 załącznika IV w ofercie odwołującego przez uzyskanie wyjaśnień, umożliwiających uzupełnienie nazw

producentów nie prowadzi do istotnych odstępstw od pierwotnie zaoferowanego przez odwołującego przedmiotu świadczenia i jego wyceny.

Izba nie stwierdziła podstaw do nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania ma miejsce w sytuacjach określonych przepisem art. 93 ust. 1 Pzp. Wykonawca nie jest co do zasady uprawniony, aby żądać unieważnienia postępowania, gdyż jego interes prawny sprowadza się do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu, w którym złożył ofertę i oczekuje, że zostanie ona wybrana w celu zawarcia umowy.

Postępowanie dowodowe wykazało, że zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 przez nierówne potraktowanie wykonawców oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego przed wyczerpaniem procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a i art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego - wpisu od odwołania i zastępstwa przez pełnomocnika, Izba orzekła od zamawiającego kwotę 8 062 zł. na podstawie § 4 ust. 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 pobierania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, Dz. U. Nr 182, poz. 1122).

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

