

Sygn. akt: KIO 425/12

WYROK

z dnia 12 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 12 marca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MOTA - ENGIL Central Europe S.A. (lider konsorcjum) ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków, MOTA-ENGIL ENGENHARIA e CONSTRUCAO, S.A., Casa da Calcada, Largo do Paco no 6 - Copelos 4600-032 Amarante, Portugalia**, w postępowaniu prowadzonym przez **Wrocławskie Biuro Inwestorskie Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o. o. działające w imieniu Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego, ul. Piłsudskiego 74, 50-020 Wrocław**, przy udziale wykonawców:

- A. **Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A., ul. Dmowskiego 17b, 50-203 Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. **Budimex SA. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie,

1.1. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A., ul. Dmowskiego 17b, 50-203**

Wrocław, pismem z dnia 27 lutego 2012 r. do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dokumentów, określonych w tym piśmie,

1.2. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania odwołującego konsorcjum: **MOTA - ENGIL Central Europe S.A. (lider konsorcjum) ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków, MOTA-ENGIL ENGENHARIA e CONSTRUCAO, S.A.**, pismem z dnia 27 lutego 2012 r. do uzupełnienia dokumentów oferty o:

- Rekomendacje Techniczne,
- Aprobaty Techniczne ITB,
- inne dokumenty, które potwierdzają okoliczność, że produkty odpowiadają określonym wymagom jakościowym, dotyczące wszystkich wskazanych w tabeli Zał. 1 do SIWZ materiałów.

2. kosztami postępowania obciąża **Wrocławskie Biuro Inwestorskie Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o.o. działające w imieniu Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego, ul. Piłsudskiego 74, 50-020 Wrocław** i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum: **MOTA - ENGIL Central Europe S.A., Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A., ul. Wadowicka 8w, 30-415 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Wrocławskiego Biura Inwestorskiego Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o.o. działającego w imieniu Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego, ul. Piłsudskiego 74, 50-020 Wrocław** na rzecz konsorcjum: **MOTA - ENGIL Central Europe S.A., Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A., ul. Wadowicka 8w, 30-415 Kraków** kwotę **23 733,00 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące siedemset trzydzieści trzy złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą "Budowa budynku Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego z parkingiem podziemnym oraz zagospodarowaniem terenu przy ul. Piłsudskiego 25 we Wrocławiu," prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego - ogłoszonym 26.07.2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 141-233970, w dniu 1 marca 2012 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MOTA - ENGIL Central Europe S.A. (lider konsorcjum) z siedzibą w Krakowie oraz MOTA-ENGIL ENGENHARIA e CONSTRUCAO, S.A. z siedzibą w Portugalii, w kopii przekazane zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Złożenie odwołania nastąpiło na czynności zamawiającego z dnia 27 lutego 2012 r., o której odwołujący powziął informację od zamawiającego za pośrednictwem faksu oraz telefonicznie w dniu 29 lutego 2012 roku,

1. polegającej na wezwaniu wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści Załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz złożenia dokumentów,
2. niezgodnej z Pzp czynności zamawiającego z dnia 27 lutego 2012 r., polegającej na wezwaniu odwołującego faksem w dniu 27 lutego 2012 roku, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści Załącznika nr-1 do SIWZ i przedłożenia dokumentów nie wymaganych treścią SIWZ,
3. zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A., do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt. KIO 117/12.

Wobec podjętych czynności, oraz zaniechania czynności nakazanych ustawą, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Wrocławskiemu Biuru Inwestorskiemu Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o. o. działającemu w imieniu i na rzecz Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego, we Wrocławiu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A., której treść nie odpowiada treści SIWZ,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy, przez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na żądaniu od wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A. wyjaśnienia treści Załącznika nr 1 do SIWZ oraz prowadzeniu między zamawiającym a tym wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty,
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy, przez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na żądaniu od odwołującego złożenia wyjaśnień, co do treści oferty, poprzez żądanie przedłożenia dokumentów nie wymaganych treścią SIWZ,
- 4) art. 25 ust. 1 in fine ustawy Pzp, przez żądanie od odwołującego dokumentów nie wymaganych treścią SIWZ,
- 5) § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2009 roku, nr 226, poz. 1817), przez żądanie od odwołującego dokumentów nie wymaganych treścią SIWZ,
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

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

1. unieważnienia czynności: żądania od wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A. wyjaśnienia treści Załącznika nr 1 do SIWZ oraz złożenia dokumentów,
2. wykonania zaniechanej przez zamawiającego czynności, polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A.,
3. unieważnienia czynności, żądania od odwołującego przedłożenia dokumentów nie wymaganych treścią SIWZ.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że w dniu 31 stycznia 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem sygn. akt KIO 117/12 stwierdziła, iż „...oferta złożona przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A., w części formularza oferty (załącznik nr 1 do SIWZ), w zakresie podanych informacji w rubryce „Wypełnia Wykonawca” nie odpowiadała treści załącznika nr 1 SIWZ (str. 22), który wymagał podania obok nazwy producenta, również rodzaju, typu materiału - urządzenia.” W ocenie Izby przedmiotowa informacja „...miała charakter istotny i jej treść podlega ocenie z punktu widzenia zgodności oferty z treścią SIWZ.”

W wykonaniu przedmiotowego wyroku, zamawiający dokonując ponownej oceny oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A. zobowiązany był więc, zgodnie z ww. orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej oraz bezwzględnie obowiązującą regulacją Prawa zamówień publicznych uznać, iż treść Załącznika nr 1 oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A. do SIWZ nie odpowiada treści SIWZ. W konsekwencji, w ocenie odwołującego, zamawiający zobowiązany był wykonać wyrok KIO, poprzez prawidłowe zastosowanie regulacji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i bezwzględnie odrzucić ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A. Pomimo nakazanych obowiązków - zamawiający zaniechał dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A. Bowiem odwołujący ustalił, że zamawiający pismem z dnia 27 lutego 2012 r. zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER-SYSTEM S.A. z wezwaniem m.in. do wyjaśnienia treści Załącznika nr 1 do SIWZ poprzez przedłożenie dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zdaniem odwołującego, zamiast bezwzględnie odrzucić ofertę wykonawcy, która bezsprzecznie została uznana przez KIO jako nieodpowiadająca treści SIWZ, zamawiający dopuścił się niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A. dotyczących złożonej przez niego oferty, prowadzących do dokonania zmiany w jej treści.

Ponadto zamawiający pismem z dnia 27 lutego 2012 r. zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do odwołującego z wezwaniem m.in. do wyjaśnienia treści Załącznika nr 1 do SIWZ, poprzez przedłożenie dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). Zgodnie z przedmiotową regulacją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - zamawiający w toku badania i oceny ofert jest uprawniony do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Odwołujący zaznaczał, że nie odnosi się to jednak do żądania dokumentów, lecz dotyczy wyłącznie wyjaśnień tj. oświadczeń wykonawcy. Możliwość żądania od wykonawców dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt. 1 i 3 powołanego rozporządzenia przewiduje art. 26 ust. 3 Pzp, jednakże zakres żądania ograniczony jest zgodnie z art. 25 ust. 1 in fine ustawy Pzp, wyłącznie do dokumentów uprzednio wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zaznaczał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w treści SIWZ nie wymagał od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia. Tym samym na obecnym etapie postępowania, w toku badania i oceny ofert, zamawiający nie jest uprawniony do żądania takowych

dokumentów. Wynika to z faktu, iż stosowny zapis uprawniający do żądania przedmiotowych dokumentów nie został przewidziany przez zamawiającego w treści ogłoszenia i SIWZ. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż na etapie badania i oceny oferty odwołującego, zamawiający nie był uprawniony zarówno w nieprawidłowo zastosowanym trybie art. 87 ust. 1 Pzp, jak i w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do żądania od odwołującego dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia. Stosowny zapis uprawniający zamawiającego do żądania dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia nie został bowiem zawarty w treści SIWZ.

Mając na uwadze powyższe rozważania, odwołujący podnosił, iż w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający zobowiązany był do bezwarunkowego odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A., z uwagi na fakt, iż jak to zostało orzeczone w wyroku Izby sygn. akt KIO 117/12 - jej treść nie odpowiada SIWZ. Podkreślił, iż wykazane niezgodności oferty z SIWZ nie podlegają uzupełnieniu ani też wyjaśnieniu zarówno w trybie art. 87 ust. 1 jak i art. 26 ust. 3 Pzp. Przepisy te przewidują bowiem możliwość uzupełnienia dokumentów, wymienionych w art. 25 ust. 1 Pzp wyłącznie w stosunku do wykonawców, których oferty są zgodne z treścią SIWZ.

Ponadto zamawiający w treści SIWZ nie zapisał warunku uprawniającego do żądania od wykonawców dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt. 1 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). Tym samym nie jest uprawniony na etapie badania i oceny ofert do żądania przedmiotowych dokumentów od któregośkolwiek z wykonawców, w tym od odwołującego.

W konsekwencji odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 marca 2012 r. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego pismami z dnia 5 marca 2012 r., w kopii przesłanymi stronom, następujący wykonawcy:

A. Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A. z siedzibą we Wrocławiu po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości, powołujący się na interes w popieraniu stanowiska zamawiającego, gdyż oferta przystępującego jest oferta najtańszą, spełniającą warunki zgodne z treścią SIWZ, a zamawiający nie dokonał jeszcze ponownej oceny ofert - zgodnie z wyrokiem Izby sygn. akt KIO 117/12 z dnia 31 stycznia 2012 r. Przystępujący podnosił, że sporządzenie oferty na formularzu stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ dotyczy formy oferty, a nie jej treści. Zatem wykonawca jest uprawniony aby treść swojej oferty zbieżną z treścią SIWZ przedstawić także w innej formie. Podnosił, że skoro oferowane materiały powinny posiadać stosowne dopuszczenia i badania, to tym samym wykazanie, że dla wyrobu oferowanego wydano tego rodzaju dokumenty świadczy o jego

odpowiedniości i zgodności z SIWZ. Dalej przystępujący wywodził, że z dokonanego przez niego opisu da się ustalić i skonkretyzować oferowany materiał.

B. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie po stronie odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania, powołując się na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, ponieważ złożył ofertę i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast, dokonane przez zamawiającego czynności, kwestionowane w odwołaniu - dotyczące wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane INTER - SYSTEM S.A. pozostają niezgodne z przepisami Pzp. W konsekwencji, działania zamawiającego mogą doprowadzić do wyrządzenia szkody przystępującemu poprzez nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wskazał na wyrok z dnia 4 kwietnia 2008 r. (KIO/UZP 253/08), zgodnie z którym „Interes prawny w uzyskaniu zamówienia w postępowaniu, które jest na etapie przed oceną ofert potencjalnie posiada każdy z wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ponieważ każdy z nich ma szansę, aby to jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.” Identyczne stanowisko wyrażono w orzeczeniu z dnia 13 marca 2008 roku (KIO/UZP 177/08) „Interes prawny we wniesieniu odwołania na etapie badania ofert w toku postępowania posiadają wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, jeżeli działania zamawiającego powodują lub mogą powodować uszczerbek w postaci ograniczenia lub wyłączenia możliwości uzyskania zamówienia.” Przystępujący podkreślał, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane INTER - SYSTEM S.A., mimo, iż na mocy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2012 roku (sygn. akt KIO 117/12) oferta ww. wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Zamawiający pismem złożonym dnia 9 marca 2012 r. oraz do protokołu rozprawy wnosił o oddalenie odwołania. Nie zgadzając się zarzutami odwołującego, wnosił w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania w związku z zaistnieniem przesłanki określonej w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie w przypadku gdy odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Zgodnie z treścią sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2012 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 117/12, na który to wyrok powołuje się odwołujący, Izba nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego. Czyniąc zadość powyższemu orzeczeniu zamawiający informował, że unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpił do badania i ponownej oceny ofert, o czym powiadomił pisemnie odwołującego. Zatem, za całkowicie bezpodstawny uznał zarzut ze strony odwołującego, iż zamawiający nie dokonując odrzucenia oferty wykonawcy P.B. INTER-SYSTEM S.A. nie wykonał powyższego wyroku.

Zamawiający przywołał przepis art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, że do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sędzie polubownym. Uznał zasady wyrokowania oraz istoty sentencji wyroku za zbieżne zarówno w przypadku postępowania polubownego, jak i postępowania zwykłego. Zgodnie z art. 325 Kpc to sentencja wyroku zawiera rozstrzygnięcie o żądaniach stron. Zatem tylko i wyłącznie sentencja wyroku kreuje obowiązek zamawiającego wykonania czynności w granicach w tejże sentencji określonych. Utrzymawał, że niedopuszczalne jest, aby zamawiający wnioskował o zakresie swojego obowiązku również z treści uzasadnienia wyroku. W związku z powyższym, wywodził, iż nie sposób przyjąć, że zamawiający nie wykonał w pełnym zakresie nakazu określonego w przedmiotowym wyroku, tak jak to zarzuca odwołujący. Wskazał, że odwołujący w sposób mylny utożsamia treść uzasadnienia wyroku z jego sentencją nadając im równorzędne znaczenie. Zacytował przepis art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba jest uprawniona aby nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, co też uczyniła wyrokiem z dnia 31 stycznia 2012r. określając w sentencji ściśle rodzaj czynności, do podjęcia których został zobowiązany zamawiający. Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 24 listopada 2010 r., wydany w sprawie o sygn. akt II Ca 803/2010: „stosownie do treści art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych przesłanką obligatoryjnego odrzucenia odwołania jest sytuacja, w której odwołanie to dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub Sądu. Tak więc odrzucenie odwołania powinno nastąpić tylko wówczas, gdy dotyczy czynności wykonanej zgodnie z wyrokiem KIO czy sądu, natomiast jeżeli dana czynność została dokonana odmiennie, wówczas podlega ona zaskarżeniu odwołaniem bez żadnych ograniczeń.” Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 sierpnia 2011 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1740/11 stwierdziła, iż celem art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie szybkości postępowania oraz uniemożliwienie kwestionowania czynności wykonanych jako bezpośrednie następstwo orzeczenia Izby i w zgodzie z tym orzeczeniem. Mając powyższe na uwadze, przedmiotowe odwołanie, w przekonaniu zamawiającego, powinno podlegać odrzuceniu.

W przypadku, gdyby Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania, zamawiający w dalszej kolejności wnosił o oddalenie przedmiotowego odwołania ze względu na jego przedwczesność oraz brak interesu odwołującego do jego wniesienia. Wskazał, iż w zakresie czynności zamawiającego określonych w pkt I. i pkt III odwołania, które zaskarżono, odwołujący nie posiada interesu do wniesienia odwołania. W odwołaniu poniesiono, że z uwagi na rażące naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa, skutkujących zaniechaniem zastosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, oraz

bezprawnym zastosowaniem przepisów tej ustawy, odwołujący traci możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, co istotnie narusza przepisy prawa, oraz zagraża odwołującemu szkodą w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Zamawiający zaznaczył, że powyższą argumentację uznaje za chybioną, a tym samym odwołanie nie spełnia wymogów określonych w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 180 tej ustawy.

Zamawiający utrzymywał, że podjęte przez niego czynności związane z żądaniem złożenia wyjaśnień, skierowane do odwołującego jak i wykonawcy P.B. INTER-SYSTEM S.A mieszczą się w dyspozycji przepisu art. 87 ust. 1 Pzp i są w pełni zgodne z przepisami ustawy, a zatem zarzuty podniesione w przedmiotowym odwołaniu uznał za przedwczesne. Wbrew argumentacji odwołującego, na skutek zaskarżonych czynności zamawiającego, odwołujący nie traci możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Taka sytuacja zachodziłaby w przypadku dokonania przez zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego, jego wykluczenia bądź wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez innego wykonawcę z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W przeświadczeniu zamawiającego, na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, tj. czynności badania i oceny ofert, w żaden sposób nie można uznać, iż odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia skoro nie doszło jeszcze do ostatecznego rozstrzygnięcia postępowania przetargowego. Etap ten kończy się stosownie do dyspozycji art. 92 ustawy Pzp zawiadomieniem wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, lub którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia. Nie jest zatem jeszcze możliwe stwierdzenie, czy i którzy wykonawcy podlegają wykluczeniu oraz czy, i które oferty podlegają odrzuceniu w oparciu o art. 89 ustawy Pzp albo, czy też zamawiający nie jest zobligowany do unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ustawy Pzp. Z powyższego wywodził brak podstaw do twierdzeń o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy, poprzez dokonanie lub zaniechanie dokonania czynności wskazanych w odwołaniu. Na poparcie swoich poglądów zamawiający przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 24 lutego 2011 r., sygn. KIO 292/11; wyrok z dnia 24 sierpnia 2010 r., wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1719/10, zgodnie z którym nie sposób przyjmować, że w sytuacji, gdy wykonawca nie zakwestionował wezwania do uzupełnienia jego oferty, nie przysługuje mu już prawo wniesienia odwołania na czynność odrzucenia oferty w związku z uznaniem przez zamawiającego, że nie złożono w ofercie, a następnie na wezwanie wymaganych dokumentów; wyrok z dnia 14.01.2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1866/09 - zarzucić zaniechanie określonej czynności można od dnia, w którym upłynął termin do jej dokonania. Jeśli zamawiający po zakończeniu procedury oceny ofert, jednocześnie powiadamia o wyborze oferty najkorzystniejszej, ofertach odrzuconych i

wykluczonych wykonawcach, to powzięcie wcześniej informacji przez wykonawcę o treści oferty, pozostaje bez wpływu na termin wnoszenia środków ochrony prawnej. Do momentu bowiem przekazania wskazanej informacji, zamawiający ma czas na podjęcie decyzji co do statusu w postępowaniu zarówno wszystkich ofert, jak i wszystkich wykonawców.

Powyższe przywiódło zamawiającego do wniosków, że dopiero w przypadku, gdy na skutek podjętych czynności, których dotyczy niniejsze odwołanie, doszłoby do odrzucenia oferty odwołującego bądź wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez innego wykonawcę, odwołujący powołując się na ewentualne naruszenie przepisów Pzp byłby uprawniony do wniesienia odwołania. W chwili obecnej złożone odwołanie uznał zamawiający za przedwczesne. Ponadto, utrzymywał, że odwołujący nie wykazał, iż ewentualne naruszenie przepisów ustawy, przynajmniej naraziło go na możliwość poniesienia szkody, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – jako niezbędnej przesłanki do wniesienia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Jak zamawiający przyznał – pozostaje nadal w trakcie czynności ponownego badania ofert. Z nakazanych czynności na razie unieważnił jedynie wybór najkorzystniejszej oferty. Zatem za wcześnie na wnioski, co to tego, że dalszy przebieg postępowania uwzględniać będzie nakazy wyroku Izby z dnia 31 stycznia 2012 r.

Zamawiający ewidentnie pomijał, że zaskarżone odwołaniem zostały czynności nowo dokonane dnia 27 lutego 2012 r. wzywania wykonawców do wyjaśnień i do składania dokumentów.

Dla skuteczności wniosku o odrzucenie odwołania, zamawiający musiałby wykazać, że wszystkie zarzuty podlegają odrzuceniu, a co za tym idzie całe odwołanie, w szczególności ze względu na przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby okoliczności takie, biorąc pod uwagę całość zarzutów przedstawionych w odwołaniu - nie zostały dowiedzione. Zatem Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Izba postanowiła dopuścić wykonawców: Przedsiębiorstwo Budowlane INTER - SYSTEM S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz Budimex SA z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym. Przed dokonaniem oceny ofert, interes wykonawców pozostaje na tyle ogólny, że uprawnieni są popierać stanowiska stron, prowadzące do rozwoju zdarzeń, które uznają dla siebie za korzystne i dające szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER-SYSTEM S.A., oferty odwołującego, wezwań do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów oraz udzielonych odpowiedzi, protokołu z sesji otwarcia ofert, akt postępowania odwoławczego sygn.: KIO 117/12. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i przystępujących, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

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

Przedmiotem zamówienia jest Budowa budynku Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I oraz II stopnia im. Karola Szymanowskiego z parkingiem podziemnym oraz zagospodarowaniem terenu przy ul. Piłsudskiego 25 we Wrocławiu.

W rozdziale III pkt 1 SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, zamawiający postanowił – przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w dokumentacji projektowej oraz w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych opracowanych przez Pracownię Projektową Maćków sp. z o.o., stanowiących załącznik do SIWZ. Dobrane przez projektanta materiały i technologie zamawiający traktuje zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp jako określenie parametrów przedmiotu zamówienia za pomocą podania standardu, dopuszczając do zastosowania (w ofercie) inne odpowiedniki rynkowe równoważne ze wskazanymi, z zastrzeżeniem jednak, że nie będą one gorsze pod względem parametrów technicznych i jakościowych od wskazanych przez projektanta, zagwarantują uzyskanie takich samych lub lepszych parametrów technicznych oraz będą posiadać niezbędne atesty i dopuszczenia do stosowania.

W rozdziale III SIWZ pkt 3 - ustalono ryczałtową formę wynagrodzenia.

W rozdziale III pkt 6 SIWZ zamawiający zapowiedział, że wezwie w wyznaczonym przez siebie terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W rozdziale IX pkt 4 SIWZ zamawiający postanowił, że oferta powinna być sporządzona na formularzu stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ i powinna zawierać wymagane dokumenty i oświadczenia.

Rozdział XVII pkt 1 SIWZ - Istotne postanowienia umowy określa Załącznik nr 7 do SIWZ.

Formularz oferty stanowiący Załącznik nr 1 do SIWZ zawiera tabelę jakościową, gdzie w nagłówku podano – oferowane materiały lub urządzenia powinny posiadać wymagane polskimi przepisami dopuszczenia i badania potwierdzające spełnienie warunków ich stosowania na podstawie Polskich Norm lub aprobat technicznych ITB.

Zamawiający podał wymagania dotyczące jakości zastosowanych materiałów i urządzeń. Zawarł opis techniczny minimalnych parametrów jakie mają spełnić materiały i urządzenia zastosowane – w odniesieniu do grup robót:

- I. izolacji i systemów odwadniających,
- II. ocieplenia ścian zewnętrznych przez zastosowanie pełnego systemowego rozwiązania metodą lekką moką,
- III. izolacji akustycznej ścian pomiędzy salami ćwiczeń,
- IV. izolacji przeciwwodnej dachów i stropodachów.

W kolumnie obok opisu zamawiającego w tabeli, wykonawca zobowiązany był do podania oprócz nazwy producenta, również rodzaju, typu materiału - urządzenia.

Zgodnie z § 5 ust. 2 wzoru umowy do wbudowania mogą być użyte materiały i urządzenia odpowiadające wymogom dokumentacji projektowej:

- oznaczone znakiem CE,
- znajdujące się w odnośnym wykazie KE,
- dla których producent wystawił deklarację zgodności WE.

Wykonawca P.B. INTER-SYSTEM S.A. odpowiednio w formularzu ofertowym tabela jakościowa dla poz:

- I. podał BAUDER RT IBDiM,
- II. podał TERMO ORGANIKA AT,
- III. podał NOTA BASIL TD AT,
- IV. podał i COPAL rt Membrana PM Extra top 5,2.,

- które to oznaczenia dotyczą głównie producentów materiałów budowlanych, podmiotów badających wyroby.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

Zamawiający uznał ofertę P.B. INTER-SYSTEM S.A. za zgodną z treścią SIWZ i dokonał w dniu 10 stycznia 2012 r. jej wyboru. Na tą czynność odwołanie wniosło konsorcjum: Mota - Engil Central Europe S.A., i Mota-Engil, Engenharia e Construcao, S.A., w którym zarzuciło zamawiającemu:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A., której treść nie odpowiada treści SIWZ,

2) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego bezprawne zastosowanie i dokonanie wyboru, podlegającej odrzuceniu oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane INTER -SYSTEM S.A., a także poprzez jego bezprawne niezastosowanie i zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryterium oceny ofert określonego w SIWZ,

3) naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane INTER -SYSTEM S.A.,
- 2) powtórzenia czynności, polegającej na badaniu i oceny ofert,
- 3) wykonania zaniechanej czynności, polegającej na odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER- SYSTEM S.A.,
- 4) wykonania zaniechanej czynności, polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zakwestionował złożony przez wybranego wykonawcę Załącznik nr 1 - formularz ofertowy, wymieniony w Rozdziale IX pkt 4 SIWZ, w którym zamiast oznaczenia nazwy producenta, rodzaju i typu materiału - urządzenia, wykonawca wybrany podaje ogólne nazwy materiałów lub producentów, nieprzystające – zdaniem odwołującego - do opisu technicznego minimalnych parametrów, jakie mają spełnić materiały oferowane przez wykonawcę. Wskazał także, iż dla punktu dotyczącego „Wykonanie izolacji i systemów odwadniających...” wykonawca konkurencyjny nie wskazał wyspecyfikowanego rodzaju i typu materiału wpisując jedynie nazwę produktu BAUDER RT IBDiM, gdzie skrót IBDiM oznacza Instytut Badawczy Dróg i Mostów. W ocenie odwołującego, powyższe uniemożliwiło sprawdzenie faktycznych parametrów materiałów przewidzianych do zastosowania przy realizacji ww. zakresu. Zwrócił uwagę przy tym, że zamawiający wyraźnie wskazał w prawej kolumnie tabeli „Wypełnia Wykonawca” dane jakie powinien uzyskać od wykonawcy w celu identyfikacji parametrów technicznych tj.: „Nazwa producenta, rodzaj, typ materiału – urządzenia,” a brak takowych parametrów uniemożliwił zamawiającemu weryfikację zgodności proponowanego materiału, z opracowaną przez zamawiającego specyfikacją techniczną. Podnosił, że wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane INTER - SYSTEM S.A. podał tylko nazwę producenta, którego produkty wyłącznie w części spełniają parametry minimalne określone przez zamawiającego.

Tożsame uchybienia odwołujący dostrzegł w punkcie „Ocieplenie ścian zewnętrznych...”, gdzie wykonawca posłużył się wyłącznie nazwą producenta TERMO ORGANIKA, a skrót AT oznacza produkt atestowany, natomiast brak jest cech szczególnych samego produktu, który w zamierzeniu miał spełniać minimalne parametry określone przez zamawiającego. W zakresie punktu „Izolacja akustyczna ścian pomiędzy salami ćwiczeń...” zauważył, że konkurent zaoferował produkt „NOBASIL TD AT,” który nie jest wyspecyfikowany w aktualnym cenniku materiałów KNAUFINSULATION, a tym samym nie jest dostępny w ofercie producenta, zaś zgodnie z informacją producenta KNAUFINSULATION nie istnieje

produkt NOBASIL TD AT. Wskazał, że producent posiada w ofercie produkty grupowo określone jako KNAUF NOBASIL TDM, jednakże tylko część produktów z tej grupy spełnia wymagania określone przez zamawiającego. Według odwołującego, przyjęty przez tego wykonawcę sposób wskazania w formularzu oferty błędnie nazwanej grupy materiałowej, bez podania szczegółowych cech materiału uniemożliwia sprawdzenie faktycznych parametrów ww. materiału, a tym samym wyklucza możliwość pozytywnej weryfikacji oferty złożonej przez wykonawcę. W zakresie punktu „Izolacja przeciwwodna dachów i stropodachów...” podniósł, że wykonawca nie wypełnił dokładnie formularza oferty pozbawiając go jednego punktu (warstwa wierzchnia) - ponadto nie ma produktu o nazwie ICOPAL RT Membrana PM Extra Top 5,2. Wywodził istnienie wyłącznie produktu o podobnej nazwie - ICOPAL EXTRA DACH Top 5.2, który tylko częściowo spełnia wymagania określone przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego, przedmiotowe uchybienia zawarte w tabeli dot. wymaganej przez zamawiającego specyfikacji materiałowej powinny bezwzględnie skutkować obowiązkiem odrzucenia oferty tego wykonawcy ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ, bowiem jako stanowiące nieprawidłowe wypełnienie formularza ofertowego - nie podlegają uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 117/12 postanowiła odwołanie z wyżej przytoczonymi zarzutami uwzględnić, gdyż doszukała się w działaniach zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust.1, art.89 ust.1 pkt.2 oraz art.91 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759 z późn. zm.). Izba uznała, że złożona przez przystępującego oferta w części formularza oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) w zakresie podanych informacji w rubryce „Wypełnia Wykonawca” nie odpowiadała treści Załącznika nr 1 do SIWZ (strona 22), która wymagał podania obok nazwy producenta, również rodzaju, typu materiału – urządzenia. W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że informacje zawarte w wyżej wskazanej rubryce w formularzu oferty mają charakter przedmiotowo istotny, a zatem ich treść podlega ocenie z punktu widzenia zgodności z treścią SIWZ. Zdaniem Izby informacja o rodzaju czy typie zastosowanego przy wykonaniu zamówienia materiału – urządzenia ma znaczenie merytoryczne, bowiem wskazuje w sposób niebudzący wątpliwości na konkretny rodzaj czy typ wyrobu, nie dając w tym zakresie wykonawcy możliwości dokonania jednostronnej zmiany elementu oferty przedmiotowo istotnego w trakcie wykonywania zamówienia publicznego. Podane przez przystępującego w ofercie nazwy producenta czy systemu oraz symbole rekomendacji technicznych czy aprobat technicznych nie wypełniają – według Izby, – postanowień treści SIWZ. Zamawiający w ogóle nie żądał tych informacji, lecz domagał się jedynie, aby oferowane materiały lub urządzenia posiadały wymagane przepisami dopuszczenia i badania potwierdzające spełnienie warunku ich stosowania na podstawie Polskich Norm i Aprobát Technicznych ITB. Izba nie podzieliła argumentacji przystępującego o możliwości identyfikacji materiału, skoro warunek merytoryczny dla wszystkich

wykonawców był ten sam i polegał na obowiązku podania rodzaju, typu materiału – urządzenia, gdyż oferta nie może dawać możliwości do dodatkowych poszukiwań jej treści. Według Izby, treść oferty musi być jednoznaczna w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Natomiast intencje zarówno zamawiającego, jak i przystępującego zostały uznane za pozbawione znaczenia, skoro obiektywne wymagania SIWZ nie zostały spełnione przez złożoną ofertę. Zaoferowanie systemu, zamiast konkretnego rodzaju czy typu wyrobu może dawać przystępującemu możliwość zmiany elementów cenotwórczych, bowiem różne wyroby mogą posiadać niejednakową cenę w warunkach pozostawania w zakresie wymaganych parametrów granicznych. Izba wyraziła pogląd, że zaakceptowanie przez zamawiającego tego błędnego sformułowania oferty przez przystępującego - stanowiło naruszenie fundamentalnej zasady równości wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uznając, iż między innymi, powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić oraz nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Oferty złożyło 8 wykonawców.

Cena brutto oferty odwołującego wynosi: 52 752 460,17 zł.

Cena brutto oferty przystępującego Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER-SYSTEM S.A. wynosi: 51 874 417,78 zł.

Okoliczność bezsporną stanowi, że są to dwie najtańsze kolejno oferty.

Termin związania ofertą został wyznaczony na 60 dni od upływu terminu składania ofert 22 września 2011 r. Termin ten nie upłynął, został przez wykonawców przedłużony oraz uległ zawieszeniu w związku z wniesieniem odwołań.

Zamawiający pismem z dnia 27 lutego 2012 r. zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER-SYSTEM S.A. z wezwaniem m.in. do wyjaśnienia treści Załącznika nr 1 do SIWZ poprzez szczegółowe potwierdzenie, że oferowane materiały i urządzenia według tabeli Załącznika nr 1 charakteryzują się wyspecyfikowanymi cechami oraz poprzez przedłożenie dokumentów (rekomendacji technicznych, aprobat technicznych ITB i innych dokumentów, które potwierdzają okoliczność, że produkty odpowiadają wymaganiom jakościowym - o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817).

Zamawiający pismem z dnia 27 lutego 2012 r. również zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do odwołującego z wezwaniem m.in. do wyjaśnienia treści Załącznika nr 1 do SIWZ poprzez przedłożenie dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 powołanego wyżej rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), tj.: rekomendacji technicznych, aprobat technicznych ITB i innych dokumentów, które potwierdzają okoliczność, że produkty odpowiadają wymaganiom jakościowym oraz do złożenia szczegółowych wyjaśnień.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że zamawiający w SIWZ nie wymagał złożenia żadnych dokumentów przedmiotowych w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, potwierdzających przez oferowane dostawy, roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, przykładowo wymienionych w § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) stanowiącego, że w celu potwierdzenia, że oferowane usługi, dostawy i roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności próbek, opisów, fotografii, certyfikatów, itp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca: Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A. przedłożył wyjaśnienia oraz żądane dokumenty.

Natomiast odwołujący złożył jedynie żądane wyjaśnienia. Jednocześnie zareagował wniesieniem kolejnego odwołania, tym razem na czynność wezwania go do uzupełnienia dokumentów niewymaganych w SIWZ oraz na zaniechanie wykonania wyroku Izby sygn. akt KIO 117/12.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej, posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, zatem potwierdzenie się zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego i bezpodstawnego wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów oraz zaniechania odrzucenia skarżonej oferty konkurenta, mogłoby prowadzić do sytuacji uniemożliwiającej odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i korzyści z jego realizacji.

Wbrew stanowisku zamawiającego, odwołujący mógłby ponieść szkodę wskutek nieudzielenia mu zamówienia, mimo, że po odrzuceniu oferty przystępującego, oferta odwołującego przedstawia najkorzystniejszą cenę. Liczy się bowiem nawet potencjalna możliwość poniesienia takiej szkody.

Zdaniem Izby, odwołujący właściwie skorzystał ze środków ochrony prawnej zarówno na wezwanie go do uzupełnienia dokumentów jak i wezwanie (do wyjaśnień i żądania uzupełnienia dokumentów) skierowane w tym zakresie do konkurenta:

Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER-SYSTEM S.A. - skoro uznał, iż czynności te zostały podjęte z naruszeniem ustawy.

Po pierwsze zamawiający nie wymagał dokumentów przedmiotowych, po drugie wykonawcę którego oferta podlega odrzuceniu, zamawiający nie wzywa do wyjaśnień, ani do uzupełniania dokumentów, gdyż czynności takie są bezprzedmiotowe – nie mogą doprowadzić do konwalidacji oferty uznanej przez Izbę w uprzednio wydanym wyroku sygn. akt KIO 117/12 za sprzeczną z treścią SIWZ. Mówi o tym wprost art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ustanawiając wyjątek, że nie wzywa się wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, jeżeli mimo ich złożenia oferta danego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Za nietrafne Izba uznała stanowisko zamawiającego, że dopiero po wyborze ofert - wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania na nieprawidłowe wezwanie go do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. Wręcz przeciwnie, jest to czynność podlegająca zaskarżeniu, od daty jej powzięcia. W innym przypadku, odwołanie w tym zakresie podlegałoby odrzuceniu po upływie ustawowego terminu jego wniesienia, liczonego od daty powzięcia wiadomości o kwestionowanej czynności zamawiającego. Zachodziła sytuacja przewidziana w art. 182 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niezaskarżenie bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia dokumentów mogłoby prowadzić do próby ich zalegalizowania w trakcie ponownej oceny ofert. Natomiast niezastosowanie się do wezwania, skutkowałoby co najmniej utratą wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a więc poniesieniem szkody przez odwołującego. Z omówionych względów interes odwołującego we wniesieniu odwołania i jego legitymacja do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp są niewątpliwe.

Przechodząc do podstaw rozstrzygnięcia, Izba uznała w oparciu o ustalony materiał dowodowy w sprawie przytoczony jak wyżej, że treść oferty przystępującego Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER-SYSTEM S.A. nie odpowiada treści SIWZ. Przystępujący złożył dokumenty opatrzone podpisem własnym statuujące treść oferty, na które składają się między innymi formularz ofertowy, zawierający również tabelę oferowanych – przewidzianych do zastosowania materiałów, którym zamawiający w odniesieniu do postawionych wymagań jakościowych - nadał rangę warunków koniecznych do spełnienia, tzw. granicznych.

Treść tych dokumentów - określających przedmiotowo istotne postanowienia oferty, nie może podlegać jakimkolwiek zmianom po upływie terminu złożenia ofert. Zgodnie z regulacją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w toku badania i oceny ofert jest uprawniony do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, które nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, ani nie mogą stanowić negocjacji między zamawiającym a

wykonawcami. W przekonaniu Izby, która nie podzieliła poglądów zamawiającego, że na potwierdzenie wyjaśnień mogą być składane dowolne dokumenty - przywołana norma nie odnosi się do żądania uzupełnienia jakichkolwiek dokumentów, które stanowiłyby podstawę oceny ofert, lecz pozwala jedynie na udzielanie wyjaśnień w drodze oświadczeń własnych wykonawcy. Wynika to z konieczności respektowania zasady przejrzystości postępowania. Możliwość żądania od wykonawców dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt. 1 i 3 cytowanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) przewiduje art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże zakres tego żądania ograniczony jest zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wyłącznie do dokumentów uprzednio wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia – potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili ich przygotowywania. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 2 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w treści SIWZ nie wymagał od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), tj. dokumentów na wykazanie, że zamawiane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego, tj. rekomendacji technicznych, aprobat technicznych ITB, opisów, certyfikatów, itp. stanowiących potwierdzenie spełnienia wymagań zamawiającego, według zobowiązania podjętego przez wykonawcę w treści oferty wykonania zamówienia w żądany sposób. Tym samym na etapie postępowania, w toku badania i oceny ofert, zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania od ustalonych warunków prowadzenia postępowania i

żądania tego rodzaju dokumentów ani od odwołującego, ani żadnego innego wykonawcy. Jak trafnie zauważył odwołujący, wynika to z faktu, iż stosowny zapis uprawniający do żądania przedmiotowych dokumentów nie został przewidziany przez zamawiającego w treści ogłoszenia i SIWZ. Zupełnie odrębną kwestią jest, że na oferowane wyroby, według wymagań zamawiającego, wykonawca winien być w posiadaniu dokumentów potwierdzających ich cechy jakościowe i dopuszczenia do stosowania, na co złożył odpowiednie zapewnienie w treści oferty. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż na obecnym etapie badania i oceny oferty odwołującego i przystępującego - zamawiający nie był uprawniony zarówno w nieprawidłowo zastosowanym trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak i w trybie art. 26 ust. 3 tej ustawy, do żądania dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), tj. między innymi aprobat technicznych ITB, rekomendacji technicznych, itp.

W tym znaczeniu należy odróżnić treść oferty, od dokumentów składnych na jej potwierdzenie, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz w § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). Sam fakt, że zamawiający wymagał, aby zaoferowane materiały lub urządzenia posiadały wymagane polskimi przepisami dopuszczenia i badania potwierdzające spełnienie warunków ich stosowania na podstawie Polskich Norm lub aprobat technicznych ITB, nie upoważniał zamawiającego do żądania ich przedłożenia w dokumentacji oferty, lub na wezwanie, skoro nie zostały one uprzednio wymienione jako dokumenty, które należało obligatoryjnie złożyć wraz z ofertą. Ponadto okoliczności powyższe zobowiązany jest sprawdzać nadzór budowlany w trakcie realizacji inwestycji. Jeżeli nawet wykonawca poza stawianymi wymaganiami dołączyłby atesty, aprobaty itp. na oferowane wyroby budowlane i urządzenia, to nie mogłyby być one brane pod uwagę przy ocenie ofert, tym bardziej w celu pośredniego wywiedzenia, że wykonawca, mimo, że nie podał tego wprost w ofercie - zamierzał właśnie użyć takich materiałów i urządzeń, jakich owe dokumenty dotyczą.

Zamawiający dokładnie wymienił jakich oświadczeń oczekuje w ofercie w odniesieniu do materiałów i urządzeń, nie może więc na etapie oceny ofert odstępować od ustanowionych warunków i zaniechać odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER-SYSTEM S.A. nawet gdy przedstawiony opis, zamawiający uznałby za pełny, biorąc pod uwagę treść złożonych wyjaśnień, czy uzupełnionych przez przystępującego dokumentów. Oferta wykonawcy winna podlegać ocenie w stanie takim, w jakim została złożona – bez dokumentów uzupełnionych, a nie wymaganych. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnień treści ofert ani do dalszych uzgodnień między wykonawcą a zamawiającym. Izba nie podzielił stanowiska zamawiającego, że żądanie uzupełnienia dokumentów oferty pismem z dnia 27 lutego 2012 r. należy uznać za uprawione uszczegółowienie danych zawartych w ofercie wykonawców, a nie jej zmianę lub też

uzupełnienie. Zaś oceny treści tej oferty dokonała Izba w wyroku sygn. akt KIO 117/12 z dnia 31 stycznia 2012 r., uznając ją za niezgodną z treścią SIWZ.

Izba rozpatrując zarzuty odwołania, w przedmiotowym stanie faktycznym, na równi ze stronami związana jest treścią wyroku wydanego w sprawie sygn. akt KIO 117/12. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu. Skoro wykonawcy nie przysługuje odwołanie na czynności wykonane zgodnie z wyrokiem Izby, a *contrario* odwołanie takie służy, gdy zamawiający do wyroku Izby by się nie zastosował. Omawiany wyrok nie upoważniał zamawiającego do żądania od wybranego uprzednio wykonawcy jakichkolwiek wyjaśnień ani dokumentów na potwierdzenie zgodnej z wymaganiami SIWZ treści oferty. Oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A. została jednoznacznie oceniona jako niezgodna z treścią SIWZ i podlegająca odrzuceniu bez możliwości jej konwalidacji. Izba nie zgodziła się z twierdzeniami zamawiającego, że wiążąca jest jedynie sentencja wyroku Izby, nie zaś oceny i nakazy zawarte w treści uzasadnienia wyroku. Należy mieć na uwadze odrębności procedury postępowania cywilnego określonej w Kpc w stosunku do procedury rozpatrywania odwołań wnoszonych w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych. Z odesłania art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, wynika że do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sędzię polubownym. Z kolei z art. 1184 § 2 Kpc stanowi, że sąd polubowny, z zastrzeżeniem przepisów ustawy, może prowadzić postępowanie w sposób w jaki uzna za właściwy. Sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem. Zatem nie znajduje zastosowania, reguła Kpc, że wiążąca jest jedynie sentencja wyroku, nie zaś jego uzasadnienie. Krajowa Izba Odwoławcza związana jest przepisami ustawy Pzp o rozpatrywaniu środków ochrony prawnej oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280). Przepisy Kpc może stosować posiłkowo. Ze względu na specyfikę spraw odwoławczych, pomieszczenie w sentencji wyroku wiążących dla zamawiającego nakazów, a w szczególności ocen - co do przeprowadzanych czynności przekraczałoby ramy sentencji wyroku, w rozumieniu uregulowań Kpc, nie zaprzecza temu przepis art. 196 ust. 4 ustawy Pzp traktujący o sporządzeniu uzasadnienia wyroku.

W każdym razie za bezwzględnie wiążące, zamawiający powinien przyjąć, że Izba w wyroku z dnia 31 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 117/12 oceniła ofertę P.B. INTER-SYSTEM S.A. jako podlegającą odrzuceniu, ze względu, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Inne

wykonanie tego wyroku, niż odrzucenie tej oferty będzie dawało podstawy do przypisania zamawiającemu zaniechania wykonania wyroku Izby.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje od czynności zamawiającego podjętej z naruszeniem ustawy Pzp oraz od zaniechania czynności nakazanych ustawą. Niewątpliwie zamawiający podjął czynność wezwania przystępującego Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER-SYSTEM S.A. oraz odwołującego do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów oferty o dokumenty niewskazane w treści ogłoszenia oraz w SIWZ. Z tych względów czynność taka nie mogła mieć miejsca i należało nakazać jej unieważnienie. Zamawiający nie będzie uprawniony aby tak uzyskane dokumenty i oświadczenia (wyjaśnienia) brać pod uwagę przy ponownej - nakazanej poprzednim wyrokiem Izby ocenie oferty przystępującego INTER -SYSTEM S.A. Natomiast w odniesieniu do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień - w związku z ich udzieleniem, odwołujący zarzutów odwołania w tym zakresie nie podtrzymał.

Zdaniem Izby, zamawiającemu - na czas orzekania w tej sprawie, nie można jednak przypisać zwłoki w wykonaniu wyroku Izby sygn. akt KIO 217/12 w zakresie ponownej oceny ofert, która poza unieważnieniem poprzedniego wyboru oferty, jeszcze nie została przeprowadzona. Bezsparnie wykonawcy pozostają nadal w okresie związania ofertą. Poza tym, wyrok wydany w niniejszej sprawie nie mógł ponawiać treści poprzedniego rozstrzygnięcia, które jako niezaskarżone pozostaje w mocy i jest wiążące. Wprawdzie wzywaniu wykonawcy P.B. INTER -SYSTEM S.A. do wyjaśnień i złożenia dokumentów, potwierdza intencje zamawiającego – dalszego oceniania tej oferty, jednakże Izba nie odnosi się do zamiarów zamawiającego, lecz do konkretnych przeprowadzonych przez niego czynności, względnie do czynności ewidentnie zaniechanych.

Zatem stosownie do zakresu stawianych zarzutów i stanu sprawy – Izba ograniczyła się jedynie do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, a przystępującego P.B. INTER -SYSTEM S.A. również do udzielenia wyjaśnień, w celu wykazania, że oferowane materiały i urządzenia odpowiadają wymaganiom zamawiającego - wraz z uznaniem za niebyłe skutków tych czynności. Oceniała również wezwanie do wyjaśnień treści oferty i żądanie dokumentów od wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER-SYSTEM S.A. za bezpodstawne, wobec wskazań wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 117/12 oraz za pozbawione skutków prawnych.

Postępowanie dowodowe wykazało trafność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez wezwanie wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A. do wyjaśnienia treści Załącznika nr 1 do

specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przedłożenia wskazanych dokumentów,

2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez wezwanie odwołującego do przedłożenia dokumentów nie wymaganych treścią SIWZ,
3. art. 25 ust. 1 in fine ustawy Pzp, przez żądanie od odwołującego dokumentów nie wymaganych treścią SIWZ,
4. § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2009 roku, nr 226, poz. 1817), przez żądanie od odwołującego dokumentów nie wymaganych treścią SIWZ,
5. art. 7 ust. 1 ustawy, przez nie zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skutkiem naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania o czym orzekła jak w sentencji w oparciu o art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 a i b, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszty wniesionego wpisu oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł i kwotę 133,00 zł z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę, na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków.

Przewodniczący:

