

**WYROK**

**z dnia 13 kwietnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowego „Prosper” Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, Energo-Market ZET Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, Rutex Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie oraz Janusza Lizak, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „Eliot” Janusz Lizak z Lipowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Tauron Dystrybucja S.A. w Krakowie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Eltrans Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie i Unia Hurtowni Elektrycznych "El-Plus" Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Tauron Dystrybucja S.A. w Krakowie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę osprzętu do napowietrznych linii izolowanych dla potrzeb Tauron Dystrybucja S.A. Oddziały 06-10 – zadania nr 1 i 2.
2. kosztami postępowania obciąża Tauron Dystrybucja S.A. w Krakowie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowego „Prosper” Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, Energo-Market ZET Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, Rutex Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie oraz Janusza Lizak, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „Eliot” Janusz Lizak z Lipowej, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Tauron Dystrybucja S.A. w Krakowie, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowego „Prosper” Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, Energo-Market ZET Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, Rutex Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie oraz Janusza Lizak, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „Eliot” Janusz Lizak z Lipowej, kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Tauron Dystrybucja S.A. w Krakowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę osprzętu do napowietrznych linii izolowanych dla potrzeb Tauron Dystrybucja S.A. Oddziały 06-10 (z podziałem na zdanie nr 1 i zdanie nr 2).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 17.12.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 243-394506.

Pismem z dnia 21.03.2012 r. zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego unieważnieniu.

W dniu 30.03.2012. r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowego „Prosper” Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, Energo-Market ZET Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, Rutex Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie oraz Janusza Lizak, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „Eliot” Janusz Lizak z Lipowej (zwani dalej „Konsorcjum Prosper”) wnieśli odwołanie od ww. czynności zamawiającego oraz od czynności stwierdzonej w treści unieważnienia tj. odrzucenia ich oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 w zw. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez wadliwe przyjęcie, iż zachodzi którakolwiek z przesłanek określonych w art. 89 w odniesieniu do oferty złożonej przez odwołującego w zakresie zadania 2, uznając w czynności

unieważnienia bez podstawy faktycznej i prawnej, iż czynność odrzucenia została dokonana i jest uzasadniona,

2. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 93. ust. 3 Pzp poprzez niesporządzenie i nedoręczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia w zakresie zadania 1.
3. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 93. ust. 3 Pzp poprzez niesporządzenie i nedoręczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia w zakresie zadania 2.
4. art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 93. ust. 3 Pzp poprzez niesporządzenie i nedoręczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia w zakresie zadania 1.
5. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez wadliwą ocenę przesłanek, które w ocenie zamawiającego miałyby stanowić podstawę i uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania 1, wadliwie uznając , iż postępowanie „obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu umowy
6. art. 93 ust. 1 pkt 1 i pkt 7 Pzp poprzez wadliwą ocenę przesłanek, które w ocenie zamawiającego miałyby stanowić podstawę i uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania 2 wadliwie uznając , iż nie złożono oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz że postępowanie „obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu umowy"

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 1 „Osprzęt do napowietrznych linii izolowanych nn"
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2 „Osprzęt do napowietrznych linii izolowanych SN"
3. w razie uznania, iż zaistniała domniemana czynność odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania nr 2 - unieważnienia czynności odrzucenia oferty, która może zostać wyinterpretowana z treści pisma zawierającego oświadczenie o unieważnieniu postępowania z dnia 21 marca 2012 r.

Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie postępowania dowodowego w oparciu o przedłożoną wraz z niniejszym odwołaniem dokumentację oraz dokumentację postępowania przetargowego oraz wnosi o załączenie akt sprawy pod sygn. KIO 482/12.

Odwołujący wskazał, iż czynność dokonana przez zamawiającego polegająca na unieważnieniu przetargu ze stwierdzeniem odrzucenia oferty odwołującego narusza interes prawny odwołującego, gdyż zgodnie z treścią pisma z dnia 2 marca 2012 r. doręczonego mu faksem w dniu 2 marca 2012 r. został poinformowany o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w obu zadaniach. Zatem dokonanie przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania i stwierdzenia w treści pisma o unieważnieniu, iż oferta odwołującego zostaje odrzucona powoduje iż, naruszony zostaje jego interes skoro oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, a odwołujący wyraził wolę i zainteresowanie zawarcia umowy na warunkach oferty uznanej za najkorzystniejszą. Odwołujący w dniu 30 marca 2012 r. złożył oświadczenie, iż nadal jest zainteresowany udziałem w postępowaniu opisanym powyżej i samodzielnie na podstawie art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przedłużył termin związania ofertą na kolejne 30 dni. Wraz z pismem o przedłużeniu związania ofertą odwołujący złożył zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ wadium poprzez przedłużenie gwarancji bankowej. Niedokonanie zaskarżonych czynności spowodowałaby, iż wobec wybrania oferty odwołującego, odwołujący uprawniony byłby do zawarcia z zamawiającym umowy na warunkach złożonej w postępowaniu oferty i dokonanego przez zamawiającego wyboru.

Zdaniem odwołującego w treści pisma z dnia 21 marca 2012 brak jest uzasadnienia faktycznego i prawnego wskazującego przesłanki unieważnienia i ewentualne ich ziszczenie w odniesieniu do niniejszego postępowania. Samo wskazanie przepisów ustawy nie czyni zadość tym wymogom. Wprawdzie, według odwołującego, zamawiający nie sporządził uzasadnienia faktycznego dokonanego unieważnienia, ale z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że z treści pisma z dnia 21 marca 2012 można wywieść przesłanki jakie zamawiający uznał za podstawę do czynności unieważnienia i z ostrożności procesowej. Tak zrekonstruowane stanowisko

zamawiającego, co do zaistnienia przesłanek unieważnienia i odrzucenia oferty odwołującego pozbawione jest podstaw faktycznych i prawnych.

Według odwołującego brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż zachodzi okoliczność obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającego unieważnieniu umowy, z uwagi na fakt, iż zamawiający w sposób precyzyjny i wystarczający określił przesłanki oceny równoważności w odniesieniu do produktów oferowanych innych nie wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako referencyjne. Zamawiający wskazał w treści SIWZ dział VI, iż „Zamawiający dopuszcza składanie ofert na materiały równoważne pod warunkiem, że zaproponowane materiały będą posiadały takie same lub lepsze parametry, właściwości, co produkty podane przykładowo. W przypadku składania ofert na materiały równoważne Wykonawca winien przedstawić w zestawieniu tabelarycznym cechy proponowanego produktu w porównaniu w wymaganiami stawianymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz dostarczyć jego specyfikację techniczną”. W opisach przedmiotu zamówienia w odniesieniu do zadania 1 i zadania 2 zamawiający precyzyjnie określił warunki techniczne, wskazując nie tylko opisowo wymogi i parametry techniczne produktów, którymi jest zainteresowany, ale również podał produkty referencyjne o określonych parametrach, których spełnienia jako minimalnych oczekiwał od produktów zaoferowanych. Odwołujący spełnił wszelkie warunki formalne uczestnictwa w postępowaniu, wszelkie wymogi stawiane przez zamawiającego odzwierciedlone w SIWZ zostały wypełnione. Zatem czynność unieważnienia postępowania w zakresie zadania 1 i 2 z uwagi na art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nie ma odzwierciedlenia w stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy i czynność jako sprzeczna z dyspozycją wskazanego przepisu winna zostać unieważniona.

Oferta Odwołującego czyni zadość stawianym wymaganiom, a wskazanie iż produkt klips AP firmy SICAME nie spełnia warunków SIWZ jest nieprawidłowe. Brak zatem podstaw dla odrzucenia oferty zamawiającego w zakresie zadania 2. Wobec czego brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż istnieje, bądź istniała przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania 2.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W pkt 8.8.c specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) zamawiający wskazał: „W przypadku składania ofert na materiały równoważne Wykonawca winien przedstawić w zestawieniu tabelarycznym cechy proponowanego produktu w porównaniu w wymaganiami stawianymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz dostarczyć jego specyfikację techniczną”.

W Załączniku nr 1 - Opis przedmiotu zamówienia do SIWZ, w pkt VI „Dodatkowe informacje” wskazano: „Zamawiający dopuszcza składanie ofert na materiały będą posiadały takie same lub lepsze parametry, właściwości, co produkty podane przykładowo. W przypadku składania ofert na materiały równoważne Wykonawca winien przedstawić w zestawieniu tabelarycznym cechy proponowanego produktu w porównaniu w wymaganiami stawianymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz dostarczyć jego specyfikację.”

W Pkt VII i n. SIWZ zamieszczono tabele z opisem przedmiotu zamówienia. W kolumnie tabel zatytułowanej „Przedmiot zamówienia” podawano hasłowe określenie zamawianego asortymentu, natomiast w kolumnie oznaczonej „Opis techniczny” podawano wymagane cechy i parametry zamawianej części lub urządzenia, w każdym wierszu, odnośnie poszczególnych rzeczy dodając: „Przykładowy wyrób firmy... lub równoważny”.

Pod ww. tabelami wskazano: „Opisane w tabeli powyżej przykładowe wyroby mają charakter informacyjny i mają na celu dostatecznie dokładne określenie przedmiotu zadania. Zamawiający jednocześnie dopuszcza produkty równoważne o takich samych bądź lepszych parametrach (SIWZ – pkt 8.8.c. Załącznik nr 1 SIWZ pkt VI)”.

Dotychczasowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i dotyczących go postępowań odwoławczych przedstawiał się następująco:

Pismem z dnia 2 marca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej w zadaniach nr 1 i 2 oferty Konsorcjum Prosper oraz odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Eltrans Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie i Unia Hurtowni Elektrycznych "El-Plus" Sp. z o.o. (zwanymi dalej „Konsorcjum Eltrans”) w obu zadaniach jako niezgodnej z SIWZ.

W dniu 12 marca 2012 r. Konsorcjum Eltrans wniosło odwołanie (oznaczone sygn. akt Izby jako odwołanie KIO 482/12) od ww. czynności zamawiającego, domagając się m.in. przywrócenia jego oferty do postępowania w zakresie zadania nr 1 oraz odrzucenia oferty Konsorcjum Prosper i unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2.

Pismem z dnia 21.03.2012 r. zamawiający poinformował Prezesa Izby o uwzględnieniu odwołania w zakresie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 i 2,
- 2) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum Eltrans w zakresie zadania nr 1,
- 3) unieważnieniu postępowania w zakresie zadań nr 1 i 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, a zadania nr 2 również na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W tym samym dniu, oddzielnym pismem, zamawiający poinformował również wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu postępowania w zakresie zadań nr 1 i 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, a zadania nr 2 również na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Konsorcjum Prosper, jako przystępujący, nie wniosło sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania dokonanego przez zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 30 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 482/12) Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Konsorcjum Eltrans stwierdzając, iż przy danym sformułowaniu żądań i zarzutów, brak uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej



określonego w art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła przy tym brak uwzględnienia odwołania, o którym mowa w odnośnych przepisach ustawy, skutkującego umorzeniem postępowania odwoławczego przez Izbę.

**Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Powtórzona czynność zamawiającego, kwestionowana przez odwołującego, nie nastąpiła zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania po umorzeniu powstania odwoławczego przez Izbę. Tym samym odwołujący kwestionuje czynności nowe, które uniemożliwiają mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia w obu jego częściach. Przy czym zamawiający nie dokonał wyboru oferty Konsorcjum Eltrans, ale unieważnił czynność oceny ofert i odrzucenia tej oferty w zadaniu nr 1 – oferta Konsorcjum Eltrans może więc w wyniku powtórnej oceny ofert zostać ponownie odrzucona, a zamówienie w zakresie zdania nr 1 uzyska odwołujący. Również w przypadku postulowanego unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zadaniu nr 2 odwołujący hipotetycznie może uzyskać zamówienie w tym zakresie.

Ergo: odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w obu częściach, może ponieść szkodę polegającą na jego nieuzyskaniu, a jego odwołanie dotyczące unieważnienia odwołania nie podlega odrzuceniu w oparciu o żadną przesłankę wymienioną w art. 189 ust. 2 Pzp.

Odnośnie skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego przez Konsorcjum Eltrans, Izba wskazuje, iż wykonawca pozostawał związany swoją ofertą w chwili zgłaszania przystąpienia – bieg terminu związania ofertą ulegał zawieszeniu

w związku z obydwoma odwołaniami wniesionymi po wyborze najkorzystniejszej oferty, na podstawie art. 182 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym, w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. Przy czym zamawiający nie podnosił przed Izbą, że wykluczył wykonawcę np. w związku z brakiem przedłużenia ważności wadium na cały okres związania ofertą.

Ponadto zgodnie z 185 ust. 2 Pzp wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego winien wykazywać się interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Interes tego typu jest więc pojęciem zasadniczo odmiennym od interesu w uzyskaniu zamówienia powiązany z możliwością poniesienia szkody, o którym mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba dopuściła Konsorcjum Eltrans do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.

Ponadto według art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Natomiast podstawy unieważnienia umowy w sprawie zamówienia określono w art. 146 ust. 1 Pzp, gdzie wskazano, iż umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;
- 5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2;
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp – wskazanego jako dodatkowa podstawa unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2 – Izba stwierdziła jego zasadność. Przesłanka unieważnienia postępowania w ww. przepisie opisanego nie zaszła w związku z brakiem odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego. W przywołanych pismach z dnia 21 marca br. brak jest jakiegokolwiek oświadczenia woli zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego. Ponadto zamawiający na rozprawie przyznał, iż takiej czynności nie przedsięwziął. Tym samym w zadaniu nr 2 pozostawała co najmniej jedna ważna oferta.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp – wskazanego jako zasadnicza podstawa unieważnienia postępowania w obu zadaniach – Izba również potwierdza jego zasadność.

Okoliczności wskazane przez zamawiającego, jako wada postępowania, nie są okolicznościami, do których przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp referuje – nie mieszczą się w hipotezie normy ustanowionej w art. 146 ust. 1 Pzp. Ewentualne niedokładne i niewystarczające określenie warunków równoważności w opisie przedmiotu zamówienia, nie stanowi przyczyny uniemożliwiającej wybór najkorzystniejszej oferty, nie uniemożliwia składania ofert i nie przekreśla ich porównywalności w takim zakresie w jakim porównywalność ta w SIWZ jest zakładana i dopuszczalna (w zakresie jakim wymagania SIWZ dadzą się zrekonstruować i ustalić).

Nawet jeżeli w świetle postanowień SIWZ budzi wątpliwości charakter samego opisu przedmiotu zamówienia, które zamawiający chciałby uzyskać (np. w tym postępowaniu w szczególności do rozstrzygnięcia pozostaje kwestia – czy dany opis przedmiotu zamówienia w rzeczywistości został sporządzony przez odwołanie do znaków towarowych i konkretnych produktów, które niosą informację na temat wymaganych parametrów – i o jaki parametry chodzi; czy też produkty te zostały wskazane jedynie przykładowo, a wymagania co do zamawianych produktów zostały opisane i podane w sposób obiektywny w ww. tabelach), to interpretacja tego opisu nie jest przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Izba poprzestaje tu jedynie na konstatacji, iż wada tego typu nie jest wadą, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Ustalenie i rozstrzygnięcie powyższego pozostaje natomiast zadaniem zamawiającego w trakcie oceny ofert, który interpretując i stosując postanowienia własnej SIWZ, winien stwierdzić czy otrzymane oferty są zgodne z wymaganiami, które w SIWZ wyraził (a nie z postanowieniami, które chciał wyrazić, albo wydawało mu się, że wyraził). Z interpretacją SIWZ dokonaną przez zamawiającego oraz powiązaną z nią oceną ofert, wykonawcy mogą się oczywiście nie zgodzić i skorzystać z przysługujących im środków ochrony prawnej, podając w tym zakresie interpretację własną. Natomiast zamawiający winien stanowisko swoje w tym przedmiocie obronić i uzasadnić, wykazując, iż kryteria oceny zgodności złożonych ofert z SIWZ dają się wywieść z jej postanowień i znajdują w nich oparcie. W takim wypadku kwestia oceny postanowień SIWZ i zgodności ofert z tymi postanowieniami, podlegała będzie ocenie Izby, która przesądzi o ich znaczeniu i konsekwencjach, w trakcie postępowań odwoławczych dotyczących wyników oceny ofert.

Przy czym zastrzec należy, iż samo ryzyko konieczności zakupu asortymentu, którego zamawiający nie chciał kupować, związane z niekompletnym i niejasnym opisem wymaganych rozwiązań, również nie mieści się w dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, a właściwie w ogóle nie stanowi wady prawnej postępowania. Zamawiający zakupi takie produkty, jakie w SIWZ opisał i w ten sposób dopuścił ich zaoferowanie.

W związku z powyższym Izba nie oceniała również kwestii znaczenia poszczególnych postanowień SIWZ, co do wymaganych parametrów produktów opisanych w poz. 9 i 55 tabel opisu przedmiotu zamówienia i nie oceniała dowodów przedkładanych w tym zakresie (karty produktu COT37).

Ponadto jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż fakt, że produkt wskazywany jako przykładowy nie jest już produkowany i nie może zostać zaoferowany, nie oznacza, iż nie może stanowić on produktu referencyjnego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 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).

**Przewodniczący:** .....