

Sygn. akt: KIO/UZP 171/09

**WYROK**  
**z dnia 26 lutego 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Klaudia Szczytowska - Maziarz</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Małgorzata Stręciwilk</b> <b>Ryszard Tetzlaff</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Magdalena Pazura</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **OPA - ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Elektrociepłownie Wybrzeże Spółka Akcyjna, ul. Swojska 9, 80-867 Gdańsk** protestu z dnia 22 stycznia 2009 r.

przy udziale **Elektromontaż Poznań S.A., ul. Wieruszowska 16, 60-166 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **OPA - ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik**  
i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **OPA - ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 555 zł 34 gr (słownie: cztery tysiące pięćset pięćdziesiąt pięć złotych trzydzieści cztery grosze) przez **OPA - ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik** na rzecz **Elektrociepłowni Wybrzeże Spółka Akcyjna, ul. Swojska 9, 80-867 Gdańsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **OPA - ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik**.

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie modernizacji rozdzielni 6 kV R05 i R06 w Elektrociepłowni Gdańskiej w Gdańsku przy ul. Wiślanej wykonawca - OPA - ROW Sp. z o.o., zwany dalej protestującym lub odwołującym, złożył protest na czynności oraz zaniechania zamawiającego - Elektrociepłowni Wybrzeże S. A., zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1) i pkt 2), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: ELEKTROMONTAŻ - POZNAŃ S.A. i ELEKTROBUDOWA S.A., do której załączono dokumenty w innym języku niż polski,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: ELEKTROMONTAŻ - POZNAŃ S.A jako niezgodnych z treścią SIWZ,
3. art. 91 ust. 1, poprzez zaniechanie wyboru oferty protestującego, stanowiącej najkorzystniejszą ofertę w rozumieniu przepisów ustawy Pzp,
4. art. 87 ust. 1,
5. § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez złożenie dokumentu w języku angielski bez wymaganej zgody zamawiającego,

6. art. 93 ust. 1 pkt 7, poprzez zaniechanie obowiązku unieważnienia postępowania przez zamawiającego, gdyż przedmiotowe postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego,
7. art. 7 ust. 1 i ust. 3, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców,
8. art. 24 ust. 2 pkt 4, poprzez zaniechania wykluczenia wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, ponieważ ich oferty nie były ważne i nie były zabezpieczone wadium przez cały okres przedmiotowego postępowania,
9. art. 85 ust. 2, poprzez wystąpienie przez zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofert po upływie ich ważności.

Wykazując swój interes prawny w złożeniu protestu, protestujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie powinno być prowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w sposób umożliwiający protestującemu pozyskanie zamówienia, a skarżona ocena ofert i zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: ELEKTROMONTAŻ POZNAŃ S.A., OPA - ROW Sp. z o.o. (!) oraz ELEKTROBUDOWA S.A. jako niezgodnych z treścią SIWZ uniemożliwia jego pozyskanie. Podniósł, że gdyby zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów ustawy, jego oferta mogłaby zostać wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza. Dodał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp traci możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia w przyszłym postępowaniu, które zostałyby przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp; tzw. szeroko rozumiany interes prawny jest zgodny z treścią Dyrektywy Rady nr 89/655/EWG z 21 grudnia 1989r. oraz Dyrektywy Rady nr 92/13/EWG z 25 lutego 1992r. oraz orzeczeniem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 26 sierpnia 2005r., sygn. akt II Ca 1398/05.

Protestujący wniósł o powtórzenie czynności zamawiającego polegającej na powtórnej ocenie ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty albo o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

W uzasadnieniu protestu protestujący podał, że zamawiający zamieścił zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty ELEKTROMONTAŻ POZNAŃ S.A. i odrzuceniu oferty ELMOR S.A. z siedzibą w Gdańsku w dniu 16.01.2009r. na stronie internetowej oraz przesłał je protestującemu w dniu 16.01.2009r. faksem. Oferta ELEKTROMONTAŻ - POZNAŃ S.A. uzyskała 100 pkt, pozostałym ofertom została przyznana następująca punktacja:

- 1.OPA - ROW Sp. z o.o. - 93,71,
- 2.ELEKTROBUDOWA S.A. - 91,67,
- 3.JM - TRONIC Sp. z o.o. - 87,62.

W ocenie protestującego, zamawiający w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.12.2008r., sygn. akt KIO/UZP 1421/08, był zobowiązany odrzucić ofertę ELEKTROMONTAŻ - POZNAŃ S.A. z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ.

Wyjaśnił, że zamawiający w pkt. XXV ppkt 5 tiret 4 SIWZ wymagał, aby prąd szczytowy oferowanych zestawów stycznikowych wynosił  $\geq 15$  kA, zaś ELEKTROMONTAŻ - POZNAŃ S.A. zaoferował zestawy o niższym niż wymagany w SIWZ prądzie szczytowym, tj. 12 kA. Wskazał, że powyższą niezgodność potwierdza Dokumentacja badania typu nr 648110\_A. Zatem oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podniósł, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust.1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania, podkreślając, że:

1. zamawiający może tylko raz wezwać wykonawcę do uzupełnienia danego dokumentu,
2. w sytuacji nieuzupełnienia dokumentu w wyznaczonym terminie, zamawiający powinien wykonawcę wykluczyć z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podał także, że w pkt. XI ppkt 1) tiret 2 SIWZ zamawiający wymagał, aby oferta została sporządzona w sposób czytelny w języku angielskim (w SIWZ – jest w języku polskim !) i pod rygorem nieważności w formie pisemnej. Podniósł, że wykonawca załączył do oferty certyfikat spełniania IEC 61850 w języku angielskim choć zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim i tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane. Dodał, że zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę.

Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazał, że skoro protestujący nie zwracał się do zamawiającego z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w języku angielskim i takiej zgody nie otrzymał od zamawiającego, wobec braku powyższego wniosku oraz biorąc pod uwagę wymóg stosowania języka polskiego nie tylko z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp, ale także z postanowień SIWZ (pkt XI ppkt 1) tiret 2), to zamawiający nie może przyjąć za wiarygodne wyjaśnień dot. prądu szczytowego (pkt XXV ppkt 5 SIWZ) na podstawie wadliwego dokumentu, tym bardziej, że wyjaśnienia te stanowią niedozwolone uzupełnienie oferty.

Protestujący wskazał, że jeżeli by nawet uznać, że postępowanie wykonawcy i zamawiającego nie narusza przepisów ustawy Pzp, to zgodnie z § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia, dokument sporządzony w języku angielskim, na który się powołuje wykonawca i zamawiający powinien być złożony wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę. Tłumaczenie takie bowiem nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy Pzp, a takiej zgody zamawiający nie wyraził wobec braku stosownego wniosku wykonawcy i nie złożył tego tłumaczenia również w wykonaniu wezwania do wyjaśnienia oferty w terminie wskazanym przez zamawiającego (wezwanie zamawiającego z dnia 07.01.2009r.).

Nadto protestujący podniósł, że w pkt. XXV ppkt 1 tiret 6 SIWZ (str. 9) zamawiający wymagał, aby oferowana rozdzielnica była wyposażona w elektromagnetyczną blokadę uziemnika składającą się z przekaźnika blokady łączeniowej ze wskaźnikiem obecności napięcia oraz elektromagnesu blokującego uziemnik. Zamawiający żądał przedstawienia certyfikatu jednostki akredytowanej dla elektromagnetycznej blokady uziemnika. ELEKTROMONTAŻ - POZNAŃ S.A. załączył do oferty, zamiast wymaganego certyfikatu dla elektromagnetycznej blokady uziemnika, certyfikat dla blokady uziemnika, a zatem wykonawca złożył certyfikat jedynie na część składową elektromagnetycznej blokady uziemnika (str. 87 oferty). Oznacza to w ocenie protestującego, że nie można się powoływać na własność części składowej oferowanego urządzenia, gdyż nie oznacza to, że oferowane urządzenia jako całość bądź oferowany przedmiot zamówienia posiada własność jego części składowej.

Zdaniem protestującego, pomimo wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia oferty, ELEKTROMONTAŻ - POZNAŃ SA. nie uzupełnił oferty w tym zakresie do dnia wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, tym samym oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie protestującego, zamawiający był zobowiązany unieważnić przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, albowiem wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofert i odpowiednio wadium, po upływie ich ważności.

Wskazał, że przedłużenie okresu związania ofertą jest możliwe tylko w okolicznościach, o których mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem w uzasadnionych przypadkach co najmniej na 7 dni przed upływem związania ofertą zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres. Tym samym w świetle tego przepisu nie jest możliwe żądanie przedłużenia ważności oferty w okresie krótszym niż 7 dni.

Protestujący stwierdził, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem w orzecznictwie oraz doktrynie, stwierdzenie upływu okresu związania ofertą prowadzi do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Zdaniem protestującego rażącym naruszeniem przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest dokonanie oceny merytorycznej wszystkich ofert złożonych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy podlegali wykluczeniu, ponieważ ich oferty nie wiązały wykonawców i nie były zabezpieczone wadium przez cały okres związania ofertą.

Podniósł, że nie jest prawem zamawiającego, lecz obowiązkiem unieważnienie postępowania w przypadkach wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zaniechanie przez zamawiającego obowiązku wynikającego z przepisów art. 85 ust. 2 ustawy Pzp jest rażącym naruszeniem przepisów ustawy, skutkującym brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy, co stanowi bezwzględną przesłankę unieważnienia postępowania. Nie jest przy tym istotne, czy owo rażące naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

W ocenie protestującego, skoro zaniechanie wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofert oraz ważności wadium powoduje konieczność wyłączenia z uczestnictwa w postępowaniu tychże wykonawców, w tym wykonawcy, którego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, to należy uznać, że tym samym naruszenie przepisu ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania, a zatem stanowi przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Protestujący wniósł o uwzględnienie protestu i o:

1. dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
2. odrzucenie oferty ELEKTROMONTAŻ - POZNAŃ S.A.,
3. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty protestującego,

albo

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienie, na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7) ustawy Pzp, postępowania, ponieważ jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający protest rozstrzygnął, poprzez jego uwzględnienie w części dotyczącej badania i oceny złożonych ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej oraz oddalenie w pozostałym zakresie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wskazał, że w jego ocenie wszyscy wykonawcy związani byli ofertą w całym badanym okresie czyli od 08.09.2008r. do 16.01.2009r. Podał, że zgodnie z SIWZ termin związania ofertą wynosił 60 dni, zaś w myśl art. 181 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Zamawiający wyjaśnił, że pierwszy wniesiony protest wpłynął do zamawiającego 02.10.2008r. czyli po upływie 23 dni związania ofertą. Protest ten został ostatecznie rozstrzygnięty 14.11.2008r., jednakże termin związania ofertą nie rozpoczął biegu z uwagi na złożenie 13.11.2008r. kolejnego protestu, który został ostatecznie rozstrzygnięty 18.12.2008r. Dodał, że do 16.01.2009r. czyli dnia oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej upłynęło 52 dni z 60 dniowego okresu związania ofertą. Podniósł, że 07.01.2009r. zwrócił się do wykonawców z wnioskiem w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp o przedłużenie terminu związania ofertą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zamawiający wskazał, że analiza treści uzasadnienia protestu prowadzi do wniosku, że protestujący nie podniósł żadnego argumentu uzasadniającego zgłaszany zarzut, wobec czego protest sporządzony jest z naruszeniem art. 180 ust. 8 ustawy Pzp, a zamawiającemu pozostaje jedynie oddalenie protestu w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp w stosunku do wszystkich wykonawców, zamawiający stwierdził, że zarzut ten uznać należy za częściowo zasadny. W ocenie zamawiającego o skuteczności tego zarzutu mówić można jedynie w stosunku do wykonawców, którzy nie wnieśli w niniejszej sprawie wadium w formie pieniężnej, ponieważ podmiot wnoszący wadium w formie pieniężnej zyskuje pokrycie wadialne od czasu dotarcia przelewu na rachunek zamawiającego do upływu terminów, o których mowa w art. 46 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów w sprawie UZP/ZO/0-3052/06 oraz wyrok KIO w sprawie KIO/UZP 706/08.

Podsumowując stwierdził, że z uwagi na wniesienie przez Elektromontaż - Poznań S.A. i OPA-ROW sp. z o.o. wadium przelewem bankowym, wykonawcy ci mają pokrycie wadialne w toku całego postępowania. Pozostali oferenci, tj. Elektrobudowa S.A. i JM-Tronic sp. z o.o., wnoszący wadia w formie gwarancji, nie mają pokrycia wadialnego odpowiednio w okresie od 7.01.2009 do 22.01.2009r. i w okresie od 07.11.2008r. do 10.12.2008r. i ich oferty, na etapie badania ofert, winny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Powołał się na wyrok KIO w sprawie KIO/UZP 705/08.

Zamawiający uznał, że ponieważ czyni zadość daleko idącemu żądaniu protestu protestujący traci interes prawny w zakresie żądania wykluczenia innych wykonawców, czy wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Proces badania i oceny ofert zostanie bowiem powtórzony, a zamawiający być może będzie żądał wyjaśnienia, czy uzupełnienia złożonych ofert i dopiero po dokonanych rozstrzygnięciach protestujący uzyskają lub nie interes prawny w zakresie skargi na wykluczenie wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty. Zastrzeżenia podnieszone przez protestującego w proteście zostaną uwzględnione w procesie badania i oceny ofert. Powołał się na wyrok w sprawie KIO/UZP 747/08 Dodał, że wskazywane przez protestującego braki w dokumentacji wykonawcy Elektromontaż – Poznań S.A. zostały bądź ostatecznie rozstrzygnięte we wcześniejszym postępowaniu protestacyjno odwoławczym bądź uzupełnione w toku ponownego badania i oceny ofert.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację, zawarte uprzednio w proteście, z wyjątkiem zastrzeżeń kierowanych wobec wykonawcy ELEKTROBUDOWA S.A. z powodu niezgodności oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ oraz zastrzeżeń kierowanych wobec ELEKTROMONTAŻ - POZNAŃ S.A. z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią pkt XI ppkt 1) tiret 2 SIWZ.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. w szczególności treści SIWZ, wskazanych w uzasadnieniu pism zamawiającego, postanowienia KIO/UZP 1205/08 oraz KIO/UZP 1421/08, stanowisk i oświadczeń stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 22.01.2009r., tj. w dacie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny, obowiązujący po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych.

Odnośnie interesu prawnego odwołującego, skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Elektromontaż - Poznań S.A., uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą, w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu, oznaczałoby dla niego szansę na uzyskanie przedmiotowego



zamówienia. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Jednocześnie skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania w zakresie zarzutu zaniechania przez zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, ponieważ potwierdzenie się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Elektromontaż - Poznań S.A., uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą, w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu, oznaczałoby dla niego szansę na uzyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji mogłoby narazić odwołującego na zawarcie nieważnej umowy, w sytuacji gdyby potwierdziły się zarzuty o niezasadnym zaniechaniu przez zamawiającego unieważnienia postępowania. Tym samym i w tym zakresie wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby ustalił także następujące, istotne dla rozstrzygnięcia sporu fakty:

1. W przedmiotowym postępowaniu złożono pięć ofert, z których jedna - złożona przez Elmor S.A. została przez zamawiającego skutecznie odrzucona. Pozostałe cztery oferty sklasyfikowano w następującej kolejności:

- oferta Elektromontaż - Poznań S.A.,
- oferta odwołującego,
- oferta Elektrobudowa S.A.,
- JM - Tronic Sp. z o.o.

Wykonawcy złożyli wadium w formie pieniężnej (odwołujący oraz Elektromontaż - Poznań S.A.) i w formie gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej (odpowiednio Elektrobudowa S.A. i JM - Tronic Sp. z o.o.).

2. Termin składania ofert, pismem zamawiającego z dnia 29.08.2008r., został wyznaczony na dzień 08.09.2008r. godz. 11.<sup>30</sup>. Termin związania ofertą, zgodnie z pkt X SIWZ, wynosi 60 dni.

3. Zamawiający trzykrotnie dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej i informował wykonawców o swojej decyzji:

- pismo z dnia 25.09.2008r. - wybór oferty Elektromontaż - Poznań S.A.,
- pismo z dnia 05.11.2008r. - wybór oferty odwołującego (ofertę Elektromontaż - Poznań S.A. zamawiający odrzucił na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, ponieważ do oferty nie dołączono certyfikatu stycznika potwierdzającego spełnienie parametrów wymaganych punktem XXV ppkt 5 SIWZ),

- pismo z dnia 16.01.2009r. - wybór oferty Elektromontaż - Poznań S.A.

4. W przedmiotowym postępowaniu, po terminie składania ofert, złożono 4 protesty:

- protest JM - Tronic Sp. z o.o., wniesiony w dniu 03.10.2008r., pismem z dnia 02.10.2008r., w wyniku którego zamawiający poinformował wykonawców o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą (pismo z dnia 03.10.2008r.) na podstawie art. 181 ust. 2 ustawy Pzp.

JM - Tronic Sp. z o.o. złożył odwołanie, które jednak wycofał, w konsekwencji czego w dniu 14.11.2008r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania (KIO/UZP 1205/08).

- protest Elektromontaż - Poznań S.A., wniesiony w dniu 13.11.2008r., pismem z tego samego dnia, w wyniku którego zamawiający poinformował wykonawców o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą (pismo z dnia 14.11.2008r.) na podstawie art. 181 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 18.12.2008r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok uwzględniający odwołanie i nakazujący zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (sentencja wyroku KIO/UZP 1421/08). W uzasadnieniu wyroku uznano: „Jednocześnie, skład orzekający Izby stwierdził, że informacje dotyczące prądu szczytowego zawarte w SIWZ oraz zamieszczone w wyjaśnieniach Odwołującego na str. 102 i 179 wymagają wyjaśnienia. W SIWZ w pkt XXV ppkt 5 Zamawiający określił wymaganie dotyczące „prądu szczytowego”, który musi być równy lub większy niż 15 kA. Z kolei w wyjaśnieniach Odwołującego, z dnia 22.10.2008r., na str. 102 wykonawca podał: „Prąd znamionowy szczytowy wytrzymywany 12 kA, zaś na str. 179 - „Maksymalny znamionowy prąd zwarcioowy dla ½ okresu (wartość szczytowa) [A] 55 000” dla stycznika V7 oraz stycznika V12. Wskazując na powyższe, w ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający powinien ustalić, czy któraś z tych wartości odpowiada żądanemu przez Zamawiającemu parametrowi, tj. winien ustalić rzeczywistą wartość prądu szczytowego.”

- protest Opa - Row Sp. z o.o., wniesiony w dniu 22.01.2009r., pismem z tego samego dnia, od którego rozstrzygnięcia wniesiono obecnie rozpoznawane przez skład orzekający Izby odwołanie.
- protest JM - Tronic Sp. z o.o., wniesiony w dniu 23.01.2009r., pismem z 22.01.2009r.

W związku z wniesieniem protestu przez Opa - Row Sp. z o.o i JM - Tronic Sp. z o.o. zamawiający poinformował wykonawców o zawieszeniu biegu

terminu związania ofertą (pismo zamawiającego z dnia 23.01.2009r.) na podstawie art. 181 ust. 2 ustawy Pzp.

5. Zamawiający w dniu 20.10.2008r. wystąpił do wykonawców o przedłużenie ważności wadium.
6. W dniu 02.12.2008r. zamawiający wezwał wykonawców: „W związku z upływem terminu ważności wadium (...) do przedłużenia wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do czasu zawarcia umowy”.
7. W dniu 07.01.2009r., pismem LZ/JS/20-24/2009, zamawiający wezwał wykonawców, wskazując, iż działa na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni oraz informując, że zgoda taka jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, a jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą i ważności wadium wykonawca Elektromontaż - Poznań S.A. złożył w dniu 08.01.2009r. W tym też dniu oświadczenie o przedłużeniu terminu ważności oferty i wadium do dnia 31.03.2009r. złożył odwołujący Opa - Row Sp. z o.o. oraz JM - Tronik Sp. z o.o. (do 31.03.2009r.), składając jednocześnie aneks nr 1 do gwarancji przetargowej wydanej w dniu 11.12.2008r. W dniu 21.01.2009r. wykonawca Elektrobudowa S.A. złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu ważności oferty o 60 dni i zapowiedział złożenie trzeciej zmiany Gwarancji Przetargowej (w aktach sprawy znajduje się kopia gwarancji wystawionej 23.01.2009r. z terminem ważności do dnia 07.03.2009r.)

8. W dniu 07.01.2009r., pismem LZ/JS/19/2009, zamawiający wezwał Elektromontaż - Poznań S.A. do złożenia wyjaśnień: „W związku z rozbieżnością zawartą w uzupełnieniu oferty z dnia 22.10.2008r., dotyczącą parametru prądu szczytowego stycznika, prosimy o wyjaśnienie czy proponowany w ofercie stycznik spełnia parametr prądu szczytowego  $\geq 15\text{kA}$  zawarty w pkt XXV ppkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.”
9. W dniu 09.01.2009r. Elektromontaż - Poznań S.A. złożył wyjaśnienia, które uzupełnił w dniu 10.01.2009r. W wyjaśnieniach wykonawca podał: „W ofercie złożonej w ww. postępowaniu zaproponowaliśmy stycznik V-Contact firmy ABB, a szczegółowe parametry tego stycznika zostały podane na str. 179 uzupełnienia oferty z dnia 22.10.2008r. w tabeli „charakterystyki ogólne” w wierszu 14. Producent stycznika (firma ABB), który został przez nas zaproponowany w uzupełnieniu do oferty złożonej w ww. postępowaniu, określił maksymalną wartość prądu szczytowego dla stycznika w wysokości 55 000 A (55kA). Na stronie 179 uzupełnienia oferty

w wierszu 14 (tłumaczenie z języka angielskiego, wersja angielska na str. 180 uzupełnienia oferty) wartość tą nazwano jako „maksymalny znamionowy prąd zwarciovowy dla ½ okresu (wartość szczytowa)”. A zatem zaproponowany przez nas stycznik V-Contact spełnia wymagania określone dla prądu szczytowego, zawarte w pkt. XXV ppkt 5 SIWZ (wartość prądu szczytowego  $\geq 15$  kA)”.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Elektromontaż - Poznań S.A ze względu na niespełnienie wymogu wskazanego w pkt XXV ppkt 5 tiret 4 SIWZ, tj. prądu szczytowego oferowanych zestawów stycznowych  $\geq 15$  kA oraz zarzut wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie przedstawił w treści protestu i odwołania żadnej argumentacji przemawiającej za odrzuceniem oferty wykonawcy Elektromontaż - Poznań S.A. po złożonych przez tego wykonawcę, na wezwanie zamawiającego z dnia 07.01.2009r., wyjaśnieniach (z dnia 09.01.2009r. i 10.01.2009r.).

Wbrew stanowisku odwołującego, treść wyroku KIO/UZP 1421/08 nie daje żadnych podstaw, aby twierdzić, że zgodnie ze wskazanym wyrokiem zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy Elektromontaż - Poznań S.A. Zarówno z przywołanej wcześniej sentencji wyroku, jak i z jego uzasadnienia jednoznacznie wynika, że zamawiający został zobowiązany do wyjaśnienia treści oferty Elektromontaż - Poznań S.A. w zakresie prądu szczytowego oferowanych zestawów stycznowych. Jak już uprzednio wskazano zamawiający obowiązek ten wykonał, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień, zaś wykonawca w wyznaczonym terminie wyjaśnienia złożył. Treść tych wyjaśnień potwierdza spełnienie przez oferowany przez wykonawcę Elektromontaż - Poznań S.A. zestaw styczników żądanej wielkości prądu szczytowego, tj.  $\geq 15$  kA.

Wobec powyższego brak jest jakichkolwiek podstaw, aby uznać ofertę wykonawcy Elektromontaż - Poznań S.A. za niezgodną z wymogiem zamawiającego zawartym w pkt XXV ppkt 5 tiret 4 SIWZ. Tym samym oznacza to brak podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1) i 2) oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że okoliczność polegająca na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie może stanowić przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1), a jedynie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania unieważnienia przez zamawiającego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z tego powodu, że postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wskazano powyżej termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego został wyznaczony na dzień 08.09.2008r.

Ze względu na wniesione protesty termin związania ofertą każdego wykonawcy, zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp oraz uwzględniając sposób obliczania terminów wskazany w kodeksie cywilnym (art. 14 ustawy Pzp), został zawieszony od dnia 04.10.2008r., tj. od dnia następnego po wniesieniu protestu przez JM - Tronic Sp. z o.o. (pierwszy protest w postępowaniu złożony po otwarciu ofert) do dnia 18.12.2008r., tj. do dnia wydania wyroku w sprawie odwołania Elektromontaż - Poznań S.A. (sygn. akt KIO/UZP 1421/08). Elektromontaż - Poznań S.A. złożył bowiem swój protest w dniu 13.11.2008r., tj. w przeddzień wydania postanowienia KIO w sprawie odwołania JM - Tronic Sp. z o.o. (sygn. akt KIO/UZP 1205/08), co spowodowało, że termin związania ofertą nadal nie biegł, a był zawieszony w toku dwóch trwających postępowań wywołanych protestami tak Elektromontaż - Poznań S.A., jak i JM - Tronic Sp. z o.o.

Uwzględniając powyższe oraz przepis art. 85 ust. 5 ustawy Pzp stwierdzić należy, że 19.12.2008r. był 27 dniem, zaś 07.01.2009r. był 46 dniem terminu związania ofertą.

Po wniesieniu każdego z protestów zamawiający informował wykonawców o zawieszeniu terminu związania ofertą, czyniąc tym samym zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 181 ust. 2 ustawy Pzp, zaś pismami z dnia 20.10.2008r. i 02.12.2008r. wzywał wykonawców do przedłużenia ważności wadium, czyniąc zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 181 ust. 2a ustawy Pzp.

Wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą z dnia 07.01.2009r. czyniło zadość wymogowi art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ było dokonane w 46 dniu terminu związania ofertami (a więc na co najmniej 7 dni przed upływem terminu związania ofertą). Wcześniej wniosku na tej podstawie zamawiający nie kierował do wykonawców, a zatem wezwanie z dnia 07.01.2009r. było pierwszym wnioskiem w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą.

Skład orzekający Izby stwierdza także, że zarówno wadium wniesione przez odwołującego, jak i Elektromontaż - Poznań S.A. zostało wniesione w formie pieniądza, a zatem wobec faktu, żaden z tych wykonawców nie zażądał zwrotu wadium, pozostaje ważne przez cały okres związania ofertą (por. wyrok KIO/UZP 115/09).

Faktem jest, że oferty wykonawców Elektrobudowa S.A. oraz JM - Tronic Sp. z o.o. nie były zabezpieczone wadium przez cały czas od terminu składania ofert do terminu

trzeciego wyboru oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, że wykonawcy ci winni zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, a ich oferty winny zostać odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Jednak sklasyfikowanie ofert tych wykonawców odpowiednio na III i IV miejscu w rankingu ofert przekreśla sens powtarzania czynności badania i oceny ofert na obecnym etapie postępowania, ponieważ żaden z tych wykonawców i tak nie miałby szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a zatem ponowna ocena pozostaje bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Z tego względu skład orzekający Izby zaniechał zobowiązania zamawiającego do dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert w celu wykluczenia tych wykonawców i odrzucenia ich ofert, kierując się przepisem art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, pozwalającym uwzględnić odwołanie wyłącznie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, to zaś jak wykazano powyżej, nie miało miejsca.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do nakazania zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Elektromontaż - Poznań S.A. ze względu na nieprzedłożenie certyfikatu jednostki akredytowanej dla elektromagnetycznej blokady uziemnika (pkt XXV ppkt 1 tiret 6 SIWZ) skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania, ponieważ jest to zarzut spóźniony.

W dniu 25.09.2008r. odwołujący został poinformowany przez zamawiającego, że w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Elektromontaż - Poznań S.A. Odwołujący nie złożył protestu, co oznacza, że w dniu 02.10.2008r. upłynął, wskazany w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, 7 - dniowy termin na wniesienie ewentualnych zastrzeżeń do oferty wybranego wykonawcy (termin wynikający z ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przez wejściem w życie ustawy nowelizacyjnej z dnia 04.09.2008r.).

Obliguje to skład orzekający Izby, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4) ustawy Pzp, do pozostawienia tego zarzuty bez rozpoznania, wobec jednoczesnego braku przesłanek do odrzucenia odwołania w pozostałym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty podróży w wysokości wskazanej w przedłożonej kopii wydruku elektronicznego biletu lotniczego.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*