

Sygn. akt: KIO/UZP 655/10

KIO/UZP 663/10

WYROK

z dnia 10 maja 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Członkowie: Ewa Sikorska

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 maja 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2010r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji INSTALPROJEKT HOLDING Sp. z o.o., 04-543 Warszawa, ul. Botaniczna 68A

B. AREA – TERM Sp. z o.o., 32-020 Wieliczka, ul. Czarnochowice 288

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie, 00-828 Warszawa, Al. Jana Pawła II 13** protestów:

A. Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji INSTALPROJEKT HOLDING Sp. z o.o., 04-543 Warszawa, ul. Botaniczna 68A z dnia 30 marca 2010r.

B. AREA – TERM Sp. z o.o., 32-020 Wieliczka, ul. Czarnochowice 288
z dnia 1 kwietnia 2010r.

orzeka:

1. oddala obydwaj odwołania,

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji INSTALPROJEKT HOLDING Sp. z o.o., 04-543 Warszawa, ul. Botaniczna 68A oraz AREA – TERM Sp. z o.o., 32-020 Wieliczka, ul. Czarnochowice 288 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A. koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji INSTALPROJEKT HOLDING Sp. z o.o., 04-543 Warszawa, ul. Botaniczna 68A**
 - B. koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **AREA – TERM Sp. z o.o., 32-020 Wieliczka, ul. Czarnochowice 288**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A. kwoty 1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji INSTALPROJEKT HOLDING Sp. z o.o., 04-543 Warszawa, ul. Botaniczna 68A** na rzecz **Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie, 00-828 Warszawa, Al. Jana Pawła II 13** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocników;

- B. kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **AREA – TERM Sp. z o.o., 32-020 Wieliczka, ul. Czarnochowice 288** na rzecz **Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie, 00-828 Warszawa, Al. Jana Pawła II 13** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocników;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A. kwoty **7 778 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji INSTALPROJEKT HOLDING Sp. z o.o., 04-543 Warszawa, ul. Botaniczna 68A**
- B. kwoty **7 778 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **AREA – TERM Sp. z o.o., 32-020 Wieliczka, ul. Czarnochowice 288**

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

Zamawiający - Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie: wykonanie projektu oraz wykonanie kompletnej instalacji klimatyzacyjnej w pomieszczeniach biurowych PFRON na 11 kondygnacjach.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane na stronie zamawiającego w dniu 28.01.2010r. i ukazało się również w Biuletynie Zamówień Publicznych, numer ogłoszenia: 25796 – 2010.

Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 655/10

Zamawiający pismem z dnia 11.03.2010r. wezwał Odwołującego - Instalprojekt Holding sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3, potwierdzających, że oferowane roboty spełniają wymagania Zamawiającego.

W dniu 19.03.2009r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia wraz z uzupełnieniem dokumentów, zgodnie z wezwaniem.

Pismem z dnia 24.03.2010r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem wymagał on, aby dołączony był „opis techniczny wszystkich urządzeń klimatyzacyjnych, które będą zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia i kart katalogowych tych urządzeń”. Załączone przez Odwołującego dokumenty – zdaniem Zamawiającego – nie spełniały wymagań z tego powodu, że wykonawca nie załączył specyfikacji urządzeń, które będą zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia. Poza tym w następstwie tej czynności Zamawiający zatrzymał złożone przez Odwołującego wadium.

Z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził i wniósł w dniu 30.03.2010r. protest.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty zgodnej z SIWZ;
- 3) art. 46 ust. 4a ustawy Pzp przez zatrzymanie wadium pomimo uzupełnienia dokumentów zgodnie z wezwaniem Zamawiającego.

W ramach powyższych zarzutów Odwołujący zażądał :

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty;
- 2) unieważnienia czynności zatrzymania wadium.

W swoim proteście odwołujący wskazał, że wezwanie Zamawiającego obejmowało „opis techniczny wszystkich urządzeń klimatyzacyjnych, które będą zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia i kart katalogowych tych urządzeń”.

Dokumenty dotyczące potwierdzenia, że oferowane roboty spełniają wymagania Zamawiającego, Zamawiający zażądał w modyfikacji SIWZ.

W modyfikacji SIWZ Zamawiający poinformował, że wymaga załączenia do oferty opisu technicznego urządzeń oraz kart katalogowych. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie opisał co zawierać ma opis techniczny oraz w jakiej formie ma być załączony do oferty. Odwołujący złożył szczegółowy opis techniczny urządzeń, który zawarty był w katalogu producenta, a który podawał parametry urządzeń: hałas, moc chłodniczą wydatek powietrza, moc elektryczną wymiary, wagę, itp.

Odwołujący dodał, iż Zamawiający nie oczekiwał przedłożenia do oferty koncepcji technicznej, w której zawarte byłyby szczegółowe zestawienia urządzeń z wyszczególnieniem pomieszczeń i z podaniem informacji, w których pomieszczeniach jakie urządzenia byłyby zainstalowane. Zamawiający oczekiwał – zdaniem Odwołującego - złożenia oferty w oparciu o załącznik nr 1 do SIWZ. Natomiast zgodnie z formularzem ofertowym, wykonawcy składali oświadczenie, że „oferują wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale III Specyfikacji oraz załączniku nr 1 do SIWZ”. Takie oświadczenie złożył również Odwołujący.

Według Odwołującego Zamawiający, dysponując kartami katalogowymi załączonymi do oferty, dysponował wszelkimi informacjami jakie mogłyby być mu potrzebne, aby ocenić czy zaproponowane urządzenia są zgodne z wymogami zawartymi w załączniku nr 1 SIWZ.

Odwołujący twierdził, że żądanie zamieszczenia opisu technicznego i kart katalogowych, w żaden sposób nie oznaczało przedłożenia koncepcji technicznej czy zestawienia urządzeń dobranych do parametrów podanych przez Zamawiającego, a tylko w takich dokumentach oferenci mogliby podać szczegółowe zestawienia konkretnych urządzeń. Jeśli Zamawiający chciał otrzymać specyfikację urządzeń zawierającą szczegółowe informacje, który (konkretny) model wykonawca zamierza zastosować w konkretnym pomieszczeniu to powinien taką informację zamieścić wprost w SIWZ. Odwołujący zauważył, że sformułowanie dotyczące „opisu technicznego” mogło być jedynie rozpatrywane w świetle rozporządzenia o dokumentach, a dokumenty, które mają potwierdzać, że oferowane roboty spełniają

wymagania stawiane przez Zamawiającego to dokumenty wskazujące charakterystykę techniczną urządzenia. Natomiast zgodnie z art. 25 ustawy Pzp Zamawiający mógł żądać jedynie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Z tego też powodu, w postępowaniu na projekt i wykonanie instalacji nie było możliwe wskazywanie konkretnego urządzenia o wybranych z typoszeregu parametrach. Dodatkowo podkreślił, że jeśli Zamawiający żądał by w SIWZ specyfikacji konkretnych urządzeń w odniesieniu do jego zestawienia zawartego w programie funkcjonalno-użytkowym, to dokument taki nie podlegał uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący uznał za nieoparte postanowieniami specyfikacji żądanie Zamawiającego, że wykonawca powinien wskazać konkretne urządzenia, dobrane do parametrów określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. W takim wypadku należałoby niejako traktować ów program funkcjonalno-użytkowy, jako dokumentację projektową na podstawie której należałoby te urządzenia dobrać, a to by wskazywało, że Zamawiający posiada już szczegółową koncepcję techniczną.

Zdaniem Odwołującego załącznik nr 1 do SIWZ nie jest ostatecznym i niewzruszalnym dokumentem doboru urządzeń. Dopiero wykonanie dokumentacji projektowej pozwalałoby na stwierdzenie jakie szczegółowe urządzenia muszą być zastosowane (w szczególności: rodzaje, typy, moce urządzeń). Odwołujący wywodził, że bez dokumentacji projektowej i fachowego wyliczenia wszelkich parametrów dla stosowanych urządzeń nie byłoby możliwe wskazanie ich konkretnych modeli, złożone zaś dokumenty potwierdzały, że wykonawca dysponuje urządzeniami spełniającymi parametry wymagane przez Zamawiającego i na podstawie wykonywanego projektu dobierze z nich właściwe modele. Program funkcjonalno-użytkowy zawierał istotne warunki, jakie musiała spełniać instalacja, jednak nie zawierał dokładnych jej wyliczeń.

Odwołujący dodał, iż zgodnie z obowiązującym Prawem Budowlanym, to Projektant odpowiada za dokumentację projektową, a nie Zamawiający, który zażądał, iż w określonym pomieszczeniu ma być jakaś określona moc klimatyzatora. Wykonując obliczenia zysków ciepła projektant, nawet jeśli zyski ciepła wychodziłyby na poziomie dwukrotnie większym niż podał to Zamawiający w SIWZ, to aby spełnić wymagania normowe utrzymania właściwych temperatur w pomieszczeniu musiałby dobrać klimatyzator dwukrotnie większy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów, nie wskazał w jakim zakresie złożone w ofercie dokumenty nie spełniają wymagań SIWZ. Nie wykazał również w jakim

zakresie wymagał uzupełnienia tychże dokumentów. Wskazanie „opis techniczny” było enigmatycznie określone jak w modyfikacji SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie wskazuje, że Zamawiający może żądać kart katalogowych, a jedynie opisu.

Poza tym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezgodne z prawem zatrzymanie wadium o czym poinformował go Zamawiający w dniu 26.03.2010r. w związku ze stwierdzeniem, że złożone dokumenty nie potwierdzają wg Zamawiającego, że oferowane roboty spełniają jego wymagania. Odwołujący wskazywał, że zatrzymanie wadium może nastąpić tylko w przypadku nie uzupełnienia dokumentu, a nie w przypadku, jeśli uzupełniony dokument nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego.

Dodatkowo stwierdził, że nie uzupełnienie dokumentu musi być zawinione przez wykonawcę. W tym przypadku, nawet uznając, że zatrzymanie wadium mogło nastąpić także, gdy uzupełniony dokument nie potwierdzał, że oferowane roboty spełniały wymagania Zamawiającego, wykonawca nie mógł uzupełnić dokumentów w sposób prawidłowy. Zamawiający nie wskazał, w sposób wystarczająco precyzyjny, w jakim zakresie załączone do oferty dokumenty nie spełniały jego wymagań. Zarzucił również Zamawiającemu, że ten nie wskazał również, w jakim zakresie wykonawca ma uzupełnić opis urządzeń, aby spełnił on jego wymagania.

Dlatego też Odwołujący uważał, że wadium zgodnie z przepisami podlegało zwrotowi w dniu 25.03.2010r., a zatem przed terminem upływu jego ważności. W takiej sytuacji koszty uzyskania aneksu do gwarancji zapłaty wadium były kosztami niezasadnymi, a konieczność ich poniesienia stanowiła szkodę jaką poniósł Odwołujący z winy Zamawiającego.

W dniu 9.04.2010r. przedmiotowy protest został rozstrzygnięty przez Zamawiającego w ten sposób, że został oddalony.

Zamawiający podkreślił, że wymagał w SIWZ, aby dołączony był Opis techniczny wszystkich urządzeń klimatyzacyjnych, które będą zastosowane do wykonania przedmiotu

zamówienia i kart katalogowych tych urządzeń". Załączone przez Wykonawcę dokumenty nie spełniały – zdaniem Zamawiającego - wymagań określonych przez niego.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie dołączył specyfikacji urządzeń, które będą zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia, przez co Zamawiający nie był w stanie stwierdzić prawidłowości wyżej wymienianego dokumentu, co stanowiło niezgodność z treścią Specyfikacji. Odwołujący przedłożył jedynie karty katalogowe szerokiej gamy urządzeń producenta - firmy GD Midea Commercial Air-Conditioning Equipment CO bez wyszczególnienia, które z nich mają być zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia. W celu prawidłowego oszacowania wartości składanej oferty oraz sprawdzenia jej wykonalności z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego, Odwołujący – według Zamawiającego - powinien sporządzić specyfikację planowanych do realizacji zadania urządzeń. Wskazanie urządzeń, które będą zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia nie miało nic wspólnego z procesem projektowania, gdyż dopiero po doborze urządzeń projektant mógłby przystąpić do wykonywania projektu. Doboru urządzeń dokonuje Wykonawca, a nie Zamawiający. Są to dla niego niezbędne dane wyjściowe. W złożonych przez Wykonawcę dokumentach zabrakło wyspecyfikowania urządzeń, które będą zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia, przez co niemożliwe było stwierdzenie przez Zamawiającego czy urządzenia będą spełniały wymogi SIWZ. Zamawiający przyznał, że Program funkcjonalno-użytkowy nie jest dokumentacją projektową, ale ma umożliwić Wykonawcy prawidłowy dobór urządzeń, a projektantowi zapewnić dane wyjściowe do wykonania projektu. Dodatkowo program funkcjonalno-użytkowy określa wymagania Zamawiającego, które muszą być spełnione zarówno w projekcie, jak i parametrach dostarczonych przez Wykonawcę urządzeń. Jakikolwiek zmiany w wymaganiach technicznych ujętych w SIWZ, które miałyby być dokonane przez projektanta byłyby niedopuszczalne.

Zamawiający podniósł również, że Odwołujący równocześnie z innymi uczestnikami powyższego zamówienia publicznego został powiadomiony, iż nie uzupełnienie dokumentów w odpowiedzi na wezwanie w wyznaczonym terminie wiąże się z konsekwencjami wynikającymi z art. 46 ust 4a ustawy Pzp.

Z takim rozstrzygnięciem protestu Odwołujący się nie zgodził i w dniu 14.04.2010r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W swoim odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania jak w proteście.

Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 663/10

Zamawiający pismem z dnia 11.03.2010r. wezwał Odwołującego - AREA – TERM Sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, potwierdzających, że oferowane roboty spełniają wymagania Zamawiającego.

W dniu 17.03.2009r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia wraz z uzupełnieniem dokumentów, zgodnie z wezwaniem.

Pismem z dnia 24.03.2010r. przekazany w dniu następnym Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem wymagał on, aby dołączony był „opis techniczny wszystkich urządzeń klimatyzacyjnych, które będą zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia i kart katalogowych tych urządzeń”. Załączone przez Odwołującego dokumenty – zdaniem Zamawiającego – nie spełniały wymagań z tego powodu, że zastosowane przez Odwołującego urządzenie do wykonania przedmiotu zamówienia było o zbyt wysokim poziomie hałasu. Poza tym w następstwie tej czynności Zamawiający zatrzymał złożone przez Odwołującego wadium.

Z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził i wniósł w dniu 1.04.2010r. protest.

Przedmiotowy protest został wniesiony na czynności i zaniechania Zamawiającego mające miejsce w wyżej wymienionym postępowaniu, polegające na:

- 1) odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ,
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: „KLIMA-BYTOM” sp.j. J.Szczerba, R.Szczerba, z siedzibą w Bytomiu, ul. Adamka 1 (41-909),
- 3) zatrzymaniu złożonego przez Protestującego wadium,
- 4) zaniechania wezwania Protestującego do złożenia wyjaśnień, jak i nie uznania za wystarczające uzupełnienia złożonej oferty.

Zdaniem Odwołującego wskazane czynności dokonane lub zaniechane zostały dokonane z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a mianowicie:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania, w szczególności odjęcie powyżej zaskarżonych czynności, w sposób który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż oferta Protestującego nie jest zgodna z treścią SIWZ,

3) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie obowiązku zwrócenia się do Protestującego o wyjaśnienia, w sytuacji gdy Zamawiający miał wątpliwości co do treści złożonej oferty, w szczególności złożonych celem jej uzupełnienia dokumentów,

4) art. 46 ust. 4a ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie, w sytuacji gdy nie zachodzą wskazane w nim przesłanki uprawniające do zatrzymania wadium Protestującego,

5) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż dokumenty złożone przez Protestującego jako uzupełnienie jego oferty, nie potwierdzają spełnienia wymagań Zamawiającego zawartych w treści SIWZ.

Odwołujący wnosił przy tym o:

1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
2) unieważnienie czynności zatrzymania wadium Protestującego,
3) ponowne przeprowadzenia czynności składających się na badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty Protestującego,

4) uznanie oferty Protestującego za zgodną z treścią siwz i nie podlegającą odrzuceniu,

5) dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Protestującego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazując żadnych postanowień siwz, z którymi miałyby być niezgodna treść oferty, jak i samych postanowień oferty, nie określając wymagań, jakie Zamawiający miałyby sprecyzować w inny sposób, uzasadniając jedynie swoją decyzję stwierdzeniem, iż „Wykonawca podał w specyfikacji jednostki zewnętrzne, które będą zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia, o zbyt wysokim poziomie hałasu, co stanowi niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji i skutkuje jej odrzuceniem.”

Z takim uzasadnieniem, jak i samym faktem odrzucenia oferty Protestującego, Odwołujący nie zgodził się, mając na uwadze zarówno powyższe nieścisłości wezwania do uzupełnienia oferty, jak i samą treść siwz oraz złożonej oferty wraz z uzupełnieniem. Zaznaczył, że w programie funkcjonalno - użytkowym, stanowiącym załącznik nr 1 do Siwz,

Zamawiający w „Części opisowej”, w pkt 1.4.3. zawarł m.in. wymóg, aby „...maksymalne wartości emitowanego hałasu przez jednostki zewnętrzne: 60 dB (A) na najwyższym biegu...” W powyższym postanowieniu jednakże nie zawarte były – zdaniem Odwołującego - wszystkie wymagane informacje do ustalenia ww. wielkości, gdyż samo określenie „poziomu hałasu” nie jest wystarczające, powinno być ono dookreślone poprzez podanie jednego przynajmniej z parametrów tj. mocy akustycznej, jej poziomu, jak i odległości w jakiej mierzony ma zostać ww. „poziom hałasu”. Zatem uznał powyższy zapis za nieskuteczny.

Poza tym podniósł, iż Protestujący złożył jako uzupełnienie m.in. dokument pn. „2-2. Dane techniczne”, w którym w sposób również ogólny określony został poziom hałasu pracy jednostek zewnętrznych przy opcji grzania na poziomie 62 dB (A). Odwołujący wyjaśnił, że powyższe dokumenty zawierały ogólne, zawyżone dane, jak i w ich treści zawarto zastrzeżenie, iż m. in. powyższa wielkość „poziomu hałasu” mierzona była w określonych warunkach (dół strony), natomiast w warunkach, które będą występować przy realizacji przedmiotowego zamówienia m.in. poziom hałasu będzie znajdował się na poziomie niższym, niż wskazany w SIWZ.

Na potwierdzenie powyższej okoliczności Odwołujący przedłożył oświadczenie generalnego dystrybutora zaoferowanych urządzeń, który miał zagwarantować żądany parametr. Ponadto zauważył, że dla potrzeb wykonania konkretnego zamówienia urządzenia mogą zostać dostosowane, poprzez choćby wprowadzenie poniższych dodatkowych trybów ich pracy, przez co będą one spełniać wymagania konkretnego zamawiającego, w tym również w nn. postępowaniu. Zatem mając na uwadze powyższe Zamawiający powinien, jeżeli miał wątpliwości, a powinien przynajmniej je mieć, co do powyższych podanych informacji w ofercie, zgodnie z treścią art. 26 ust. 4 uPzp, zobowiązany był przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Protestującego, wezwać go do złożenia w ww. zakresie wyjaśnień, czego jednakże Zamawiający zaniechał naruszając powyższy przepis, wprowadzając w takiej sytuacji obligatoryjny obowiązek Zamawiającego. Poza tym Odwołujący przypomniał, że złożył w nn. postępowaniu oświadczenie, które już powinno być dla Zamawiającego jednoznaczne i wiążące, iż „oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale III Specyfikacji oraz załączniku nr 1 do SIWZ” (karta 1 oferty), zatem Odwołujący potwierdził tym samym, iż również oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego (jak i będą je spełniać po dostosowaniu do warunków panujących przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia). Poza tym w dalszej treści ww. dokumentu Odwołujący oświadczył, iż akceptuje bez zastrzeżeń warunki Umowy, do której załącznikiem będą

również zawarte w SIWZ dane techniczne (program funkcjonalno - użytkowy, zwany dalej „pfu”). Na potwierdzenie powyższego, w celu usunięcia ewentualnych wątpliwości Zamawiającego, Odwołujący uzupełniając złożoną ofertę potwierdził również, iż urządzenia klimatyzacyjne, które będą zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia będą zgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ (pismo z dnia 17 marca 2010r.). Dlatego też Protestujący, w celu wyjaśnienia ew. wątpliwości Zamawiającego, udzielił mu wyjaśnień, iż zaoferowane jednostki zewnętrzne będą spełniać jego wymagania zawarte w SIWZ. Odwołujący stwierdził, że zaoferowane jednostki mogą pracować w różnych trybach, w tym również w trybie „cichym”, przy którym wartość wydawanego dźwięku obniża się o co najmniej 5 - 10 % powyżej podanego, a jednostki z takim trybem zastosuje przy wykonaniu nn. zamówienia Protestujący. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił ww. oświadczenie generalnego dystrybutora ww. urządzeń. Ponadto zauważył, iż w odpowiedniej odległości od ww. jednostki, poziom hałasu będzie mniejszy, nawet jeżeli będzie ona pracować w trybie innym niż „cichy”, a zatem spełniać będzie ona wymagania Zamawiającego j.w., który nie określił odległości, w jakiej ww. poziom należy mierzyć.

Jeżeli Zamawiający miałby jeszcze jakieś ew. wątpliwości Zamawiający powinien uwzględnić nn. Protest i wezwać Protestującego do złożenia ew. dalszych wyjaśnień.

W zakresie zarzutu zatrzymania wadium Odwołujący wskazał, że przesłankę zatrzymania wadium stanowi jedynie nie złożenie wymaganych dokumentów.

Odwołujący takie działanie Zamawiającego uznał za stanowiące również w istniejącym stanie rzeczy, świadome zmierzanie do uzyskania bezpodstawnego wzbogacenia kosztem wykonawców, które to działanie nie powinno być uznane za wykonywanie uprawnienia i jednocześnie obowiązku zatrzymania wadium, na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

W dniu 9.04.2010r. przedmiotowy protest został rozstrzygnięty przez Zamawiającego w ten sposób, że został oddalony.

Z takim rozstrzygnięciem protestu Odwołujący się nie zgodził i w dniu 14.04.2010r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W swoim odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty jak w proteście wnosił o uwzględnienie odwołania i podniesionych w nim zarzutów poprzez:

1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,

2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na zatrzymaniu wadium Odwołującego,

3) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia siwz i jej zmianę z dnia 23.02.2010r. oraz treść złożonych ofert Odwołujących, wezwań do uzupełnienia dokumentów 11.03.2010r., pisma procesowego Odwołującego - AREA – TERM Sp. z o.o., odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie w dniu 28 stycznia 2010r. tj. przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009r., Nr 223, poz.1778) do rozpoznawania niniejszej sprawy mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym.

Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 655/10

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła odwołanie oddalić, uznając, iż działanie Zamawiającego nie naruszało treści art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie uczynił zadość postanowieniom zmienionego rozdziału VI pkt 9, str. 4 SIWZ wedle, którego dokumentami wymaganymi w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu był opis techniczny wszystkich urządzeń klimatyzacyjnych, które będą zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia.

Z uzupełnionych przez Odwołującego dokumentów załączonych przy piśmie z 19.03.2010r., l.dz. DRI/22/03/10 nie wynikało, które urządzenia techniczne będą zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący jedynie stwierdził w tym piśmie, że przekazuje w załączeniu pełen opis techniczny wszystkich dostępnych urządzeń producenta wraz z certyfikatami, spośród których zostaną zastosowane wybrane jednostki (29 stron w załączeniu).

Zamawiający miał zatem pełne podstawy do skorzystania z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 cyt. ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Izba zwraca uwagę, że te postanowienia zmienionego SIWZ nie były przedmiotem odrębnego postępowania protestacyjnego, a zatem Zamawiający mógł oczekiwać na złożenie żądanego dokumentu zgodnie z treścią powołanych wyżej postanowień SIWZ.

Jednocześnie Izba nie podzieliła zapatrywania Odwołującego, że na podstawie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Zamawiający nie może żądać kart katalogowych, a jedynie opisu urządzeń technicznych. Przepis § 5 ust.1 cyt. wyżej rozporządzenia zawiera wyliczenie dokumentów jedynie przykładowe, ponieważ zawiera sformułowanie „w szczególności”.

Izba, na rozprawie, postanowiła oddalić wnioski dowodowe pełnomocnika Odwołującego uznając, że dowody za zbędne, bowiem powyższe fakty mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wobec ustalenia Izby, że postanowienia SIWZ zawierały obowiązek przedłożenia wraz z ofertą wymaganych przez Zamawiającego dokumentów na potwierdzenie spełnienia, że oferowane zamówienie spełnia wymogi SIWZ..

W zakresie zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium Izba uznała, że zarzut ten z racji tego, że nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 184 ust. 1 a ustawy Pzp, a wartość niniejszego przedmiotu zamówienia nie przekracza wartości kwot, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę. .

Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 663/10

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła odwołanie oddalić, uznając, iż działanie Zamawiającego nie naruszało treści art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Zdaniem Izby przedłożone przez Odwołującego przy piśmie z dnia 17 marca 2010r. dokumenty zawierające opis techniczny wszystkich urządzeń klimatyzacyjnych, które będą zastosowane do wykonania przedmiotu zamówienia oraz karty katalogowe tych urządzeń nie były zgodne z punktem 1.4.3 załącznika nr 1 Programu funkcjonalno-użytkowego do SIWZ, który stanowił w zakresie zastosowania urządzenia między innymi, iż maksymalne wartości emitowanego hałasu jednostka zewnętrzna : 60 dB(A) na najwyższym biegu. Wartości danych technicznych jednostki zewnętrznej modelu AJH 162 LALH w tym zakresie przekraczała żądany parametr.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego wskazującego na niejednoznaczność SIWZ w rozważanym zakresie.

Izba uznała, iż wątpliwości w tej materii zostały w sposób wystarczający wyjaśnione przez Zamawiającego w piśmie skierowanym do wszystkich wykonawców w odpowiedzi na pytanie nr 3 w związku z pytaniem nr 18.

W odpowiedzi na pytanie nr 3 Zamawiający wyjaśnił, iż „poziom dopuszczalnego hałasu emitowanego przez urządzenia określa punkt 1.4.3. załącznika nr 1 do SIWZ. Należy przyjąć katalogowe wartości producenta urządzeń, spełniające wymagania określone w punkcie 1.4.3. załącznika nr 1 do SIWZ. Zamawiający nie dopuszcza wykonywania zabudów jednostek zewnętrznych w celu zmniejszenia emisji hałasu”.

Natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 18 Zamawiający odesłał do odpowiedzi na pytanie nr 3 oraz poinformował, że łączny poziom hałasu w przypadku jednostek zewnętrznych dwumodułowych nie może przekraczać wartości podanych w punkcie 1.4.3. załącznika do SIWZ.

Izba nie zaakceptowała próby Odwołującego konwalidacji spornego parametru poprzez oświadczenie z dnia 29.04.2010r. Generalnego Dystrybutora marki General na Polskę ze wskazaniem poziomu ciśnienia akustycznego dla trybu pracy cichej 60 Db(A).

Przedłożony przez Odwołującego dokument złożony na wezwanie Zamawiającego takiej informacji nie zawierał.

Izba uznała, że zabieg Odwołującego polegający próbie dowiedzenia okoliczności zmiany parametru urządzenia zewnętrznego w istocie nie miał znaczenia dla oceny przedłożonych przez niego dokumentów na żądanie Zamawiającego, skoro te złożone zawierały odmienny opis techniczny niż ten wynikający z SIWZ.

Izba zwróciła również uwagę, iż Odwołujący nie zaskarżył SIWZ w rozpatrywanym zakresie, chociaż obecnie twierdzi on, że opis przedmiotu zamówienia był niejednoznaczny.

Nadto Izba przyjęła, że Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących przedłożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem zawarte w nich informacje były czytelne, również dla innych wykonawców. Inne podejście oznaczałoby, że Zamawiający w każdej sytuacji byłby zobowiązany dodatkowo żądać potwierdzenia już złożonych informacji, czego ustawodawca nie przewidział.

Natomiast powoływanie się na brak precyzji w zdefiniowaniu pojęcia hałasu przez Zamawiającego jest spóźnione, bowiem argument taki nie był podnoszony w terminie umożliwiającym zaskarżenie treści SIWZ.

Ponadto definicja pojęć podstawowych wynika z przedłożonego przez pełnomocnika samego Odwołującego opracowania Systemair (Grupa Kanalfakt) pt.: „Wentylacja materiały pomocnicze”. Zgodnie z powyższym opracowaniem pojęcie hałasu oznacza dźwięk o dowolnym charakterze niepożądany w danych warunkach. Natomiast wartości poziomu dźwięku podaje się w dB(A) co odpowiada ważonemu filtrem A poziomowi ciśnienia akustycznego będącego jednocześnie pomiarowym przybliżeniem odczuwalnego przez człowieka poziomu głośności. Z powyższego wynika – zdaniem Izby, że hałas jest pojęciem związanym z poziomem ciśnienia akustycznego. Poziom ciśnienia akustycznego stanowi zaś parametr podawany przez producenta w celu ustalenia granic hałasu.

Ostatecznie Izba zwraca uwagę, iż inny sposób rozumienia powyższych parametrów technicznych oznaczałoby dowolność przy ocenie ofert, a to stanowiłoby nierówne traktowanie innych uczestników przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podobnie jak w przypadku zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium podnoszonego w ramach odwołania o sygn. akt: KIO/UZP 655/10 Izba uznała, że zarzut ten z racji tego, że nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 184 ust. 1 a ustawy Pzp, a wartość niniejszego przedmiotu zamówienia nie przekracza wartości kwot, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutów rozpatrywanych odwołań, na zasadzie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 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 ze zm.).

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....