

Sygn. akt: KIO/UZP 1205/09

WYROK
z dnia 12 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 7 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Gminy Chlewiska, ul. D. Czachowskiego 49, 26-510 Chlewiska** protestu z dnia 28 sierpnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Centrum Zaopatrzenia Energetyki „ELTAST” Sp. z o.o., ul. Toruńska 9, 26-600 Radom**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław** na rzecz **Urzędu Gminy Chlewiska, ul. D. Czachowskiego 49, 26-510 Chlewiska** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 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 15 538 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław**.

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

Zamawiający Gmina Chlewiska wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonanie przebudowy systemu oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Chlewiska oraz zapewnienie konserwacji systemu oświetlenia w okresie trzech lat”. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej w skrócie Pzp.

15.06.2009 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 190524.

27.07.2009 r. Zamawiający zawiadomił na piśmie (pismo z 23.07.2009 r.) o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy:

- a) Energio-Inwest Jacek Mielczarek, Serock, z powodu niezgodności oferty z pkt 8 specyfikacji – brak wniesienia wadium w wymaganej formie – art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 2-4 i 6 Pzp,
- b) Thorn Lighting Polska Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, z powodu niezgodności oferty ze specyfikacją – brak wyliczeń, brak udokumentowania „równoważności” zaoferowanych rozwiązań – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

28.07.2009 r. wykonawca Thorn Lighting Polska Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł protest na:

- 1) wybór najkorzystniejszej oferty;
- 2) odrzucenie przez zamawiającego oferty protestującego.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez bezzasadne odrzucenie oferty protestującego;
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp, przez brak wezwania protestującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń potwierdzających, że oferowane przez protestującego roboty budowlane spełniają wymagania opisane w specyfikacji;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp, przez brak wezwania protestującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń, czym ograniczył uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie decyzji o wyborze oferty spółki Centrum Zaopatrzenia Energetyki "ELTAST" Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie decyzji odrzucenia oferty wykonawcy Thorn Lighting Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;
- 3) wezwanie zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp wykonawcy Thorn Lighting Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia wszystkich brakujących dokumentów oraz oświadczeń, mających potwierdzić, że oferowane przez nich roboty budowlane spełniają wymagania opisane w specyfikacji;
- 4) ocenę i ponowny wybór najkorzystniejszej oferty;
- 5) w przypadku nieuwzględnienia wniosków zawartych w pkt 1-4, unieważnienie postępowania z uwagi na rażące naruszenie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, co uniemożliwia zawarcie umowy o wykonanie przedmiotu przetargu.

Argumentacja protestującego:

Odrzucając ofertę protestującego, zamawiający jako uzasadnienie podał, że protestujący nie zastosował się do wymogów specyfikacji, gdyż nie zamieścił w swej ofercie wszystkich tabel zestawieniowych ze swoimi opravami, zatem nie udokumentował równoważności

oferowanych oprav w stosunku do oprav przewidzianych w projekcie zamawiającego. Oferta protestującego została odrzucona przez zamawiającego bezzasadnie.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający, po zapoznaniu się z treścią złożonych ofert, ma obowiązek wezwać wszystkich bez wyjątku wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub które to oświadczenia bądź, dokumenty zawierają błędy – do ich uzupełnienia, wyznaczając przy tym termin, w jakim uzupełnienia mają być dostarczone. Specyfikacja określa, że tabele z zestawieniami oprav, których brak zamawiający zarzucił protestującemu, stanowią część dokumentacji technicznej, jaka miała zostać załączona przez protestującego do oferty równoważnej. W związku z powyższym są to dokumenty mieszczące się w katalogu wymienionym w art. 25 ust. 1 Pzp, zatem zamawiający – w przypadku ich nie złożenia przez wykonawcę bądź złożenia dokumentacji zawierającej błędy – zobligowany był do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

W postępowaniu zamawiający zaniechał tej czynności w stosunku do oferty protestującego, czym naruszył normę ww. przepisu, a tym samym również normę art. 89 ust. 1 Pzp. Przez niezastosowanie się do obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający błędnie powziął decyzję co do odrzucenia oferty protestującego naruszając tym przepis art. 7 ust. 1 Pzp. Zaniechanie obligatoryjnego wezwania protestującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów spowodowało, że zamawiający błędnie w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił ofertę protestującego. Ponadto, protestujący zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, które to naruszenie polegało na przyjęciu przez zamawiającego, że brak przedstawienia przez protestującego w ofercie zestawienia oprav i tym samym nie udokumentowanie równoważności oferowanych oprav w stosunku do oprav przewidzianych w projekcie zamawiającego spowodowało, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Jest to założenie błędne z tego względu, że protestujący w swej ofercie zawarł projekt równoważny, w którym wyliczone zostały wszystkie żądane przez zamawiającego parametry dla każdego odcinka drogi. Sprzęt równoważny podany w ofercie przez protestującego, nie odbiega w żadnym z przypadków od wymagań, jakie przewiduje w tym zakresie specyfikacja, a sporządzone wyliczenia zostały wykonane dla identycznych danych wejściowych, jak w projekcie zamawiającego. Zestawienie tych wyników w formie tabeli zbiorczej nie zmieni treści oferty protestującego oraz ceny ofertowej.

O powyższym fakcie zamawiający mógł uzyskać informację z całości treści oferty protestującego, w tym z oświadczeń zawartych w formularzu ofertowym. Tym samym, wezwanie protestującego do uzupełnienia brakujących tabel zestawieniowych nie spowoduje istotnej zmiany oferty protestującego. Kwestią zasadniczą jest to, że oferta protestującego,

jest ofertą korzystniejszą cenowo od oferty wybranej przez zamawiającego, tym samym naruszając interes prawny protestującego.

04.08.2009 r. (pismo z 30.07.2009 r.) zamawiający powiadomił pisemnie wykonawców o wniesieniu protestu.

06.08.2009 r. wykonawca Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu złożył pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

11.08.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości.

Zamawiający wyraźnie żądał w specyfikacji w opisie przedmiotu zamówienia (część dotycząca warunków składania oferty równoważnej), że „wyliczenia muszą być wykonane dla identycznych danych wejściowych jak w projekcie zamawiającego (siatka obliczeń)”. Tymczasem dla wyliczenia natężenia oświetlenia i równomierności natężenia oświetlenia, dla wszystkich odcinków dróg, oferent przyjął zupełnie inne siatki obliczeń – niezgodne z projektem zamawiającego np. Aleksandrów:

- w projekcie zamawiającego jest siatka obliczeń: X-Y – 6 x 12, krok 0,9 m dla X;
- u protestującego jest siatka obliczeń: X-Y – 4 x 12, krok 1,1 m dla X.

Zamawiający wyraźnie żądał w specyfikacji (II. Opis przedmiotu zamówienia – część dotycząca warunków składania oferty równoważnej), że „należy precyzyjnie podać pozycje nastaw odbłyśnika i oprawki (jeśli oprawa taką regulację posiada) (oznaczenia te muszą odpowiadać oznaczeniom w programie do obliczania w bazie danych opraw)”.

W bazie danych do programu Relux (WWW.THORNLIGHTING.pl – plik nazwany: „Baza danych do programu Dislux i Relux, 09 kwiecień 2007) nie ma opraw Jet 2 o mocy 70 W. Funkcjonują tylko oprawy Jet 1. Nie wiadomo więc skąd w wyliczeniach znalazły się oprawy Jet 2 o takich parametrach. Również co do opraw o mocach 100 W i 150 W nasuwają się wątpliwości co do rzetelności wyliczeń. W bazie danych nie ma opraw, które posiadałyby takie nastawy odbłyśnika i oprawki, których użyto w wyliczeniach (np. dla odcinka Aleksandrów 2 są nastawy V5L4 – w bazie takich nie ma).

Powyższe dyskwalifikuje ofertę jako ofertę równoważną, a w konsekwencji ofertę taką należy odrzucić.

Zamawiający wyraźnie żądał w specyfikacji (II. Opis przedmiotu zamówienia – część dotycząca warunków składania oferty równoważnej), że „druki muszą zawierać wszystkie dane, obliczenia, tabele, takie, które występują w projekcie zamawiającego”. Tymczasem nie podano nastaw regulacji strumienia świetlnego dla 19 wskazanych w piśmie odcinków dróg (w projekcie zamawiającego dane dla tych odcinków znajdują się w tabelach w części „Wejściowe dane projektowe”).

W ofercie równoważnej brakuje projektu rozmieszczenia opraw (schematów obwodów). Brakuje jakichkolwiek informacji na temat opraw zastosowanych w projektach funkcjonalno-

-użytkowych. Protestujący nie zamieścił ani jednej tabeli zestawieniowej ze swoimi opravami.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp nie wezwano protestującego do uzupełnienia, gdyż oferta ta podlega odrzuceniu.

12.08.2009 r. Wykonawca Thorn Lighting Polska Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu złożył odwołanie od oddalenia przez zamawiającego protestu odwołującego z dnia 28 lipca 2009 r., przez brak rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego w ustawowym terminie. Zamawiający – na skutek interwencji telefonicznej odwołującego – przesłał faksem odwołującemu oddalenie protestu w dniu 11 sierpnia 2009 r., jednakże termin na rozstrzygnięcie protestu upływał w dniu 10 sierpnia 2009 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp przez brak wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń potwierdzających, że oferowane przez odwołującego roboty budowlane spełniają wymagania opisane w specyfikacji;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez brak wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń, czym zamawiający ograniczył uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców w postępowaniu;
- 4) art. 87 ust. 1 Pzp przez brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i w związku z tym naruszenie przez zamawiającego prawa, polegające na niewłaściwej ocenie propozycji zawartej w ofercie odwołującego, którego to naruszenia można było uniknąć, gdyby zamawiający zwrócił się o stosowne wyjaśnienia do odwołującego;
- 5) art. 181 ust. 3 Pzp przez zaniechanie umieszczenia protestu odwołującego na stronie internetowej zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, jako oferty najkorzystniejszej;
- 3) wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających, że oferowane przez odwołującego roboty budowlane spełniają wymagania opisane w specyfikacji;
- 4) wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- 5) dokonania ponownie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 6) w przypadku nieuwzględnienia wniosków zawartych w pkt 1-5, unieważnienie postępowania z uwagi na rażące naruszenie przez zamawiającego przepisów

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, co uniemożliwia zawarcie umowy.

I. 23.07.2009 r. zamawiający na swojej stronie internetowej ogłosił wybór najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty odwołującego. 28.07.2009 r. odwołujący wniósł protest, w którym podniósł, że oferta odwołującego została przez zamawiającego odrzucona bezzasadnie. Zamawiający zobowiązany był do rozstrzygnięcia protestu w terminie 10 dni, tj. do 10 sierpnia 2009 r. Jednak zamawiający tego nie uczynił, co zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp uznane jest za oddalenie protestu. Wprawdzie odwołujący 11 sierpnia 2009 r. otrzymał faksem informację o oddaleniu protestu, aczkolwiek uchybienie terminu powoduje, że zamawiający nie przedstawił swego stanowiska w sposób prawnie skuteczny. Ponadto, zamawiający nie zamieścił protestu odwołującego, jak i oddalenia protestu na swej stronie internetowej, do czego na podstawie art. 181 ust. 3 Pzp był zobowiązany.

II. Zamawiający w odrzuceniu oferty odwołującego argumentował, że odwołujący nie zastosował się do wymogów specyfikacji, gdyż nie umieścił w swej ofercie tabeli zestawieniowej z zaoferowanymi oprowami, a co za tym idzie nie udokumentował równoważności oferowanych oprow w odniesieniu do oprow przewidzianych w projekcie zamawiającego. Był to praktycznie jedyny argument zamawiającego podany w uzasadnieniu odrzucenia oferty. W związku z powyższym, odwołujący w złożonym proteście wskazał, które z przepisów naruszył zamawiający.

Przede wszystkim zamawiający zaniechał względem odwołującego wykonania obowiązku wynikającego z przepisu art. 26 ust. 3 Pzp przez wezwania odwołującego do uzupełnienia braku w postaci udokumentowania równoważności oferowanych oprow w stosunku do oprow przewidzianych w projekcie zamawiającego.

W proteście zostało podniesione, że wspomniany brak mieści się w zakresie stosowania przepisu art. 26 ust. 3 Pzp w związku z brzmieniem przepisu art. 25 ust. 1 Pzp. Wezwanie do usunięcia wspomnianego braku było obowiązkiem zamawiającego. Implikacją tego naruszenia jest również naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 Pzp przez uznanie, że wspomniany brak stanowił podstawę do odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp ma obowiązek (a nie uprawnienie) wezwać wykonawcę do uzupełnienia braków lub błędów dotyczących oświadczeń wykonawcy oraz złożonych przez niego dokumentów zarówno o charakterze podmiotowym, jak i przedmiotowym. Oferta odwołującego nie zawierała tabel z zestawieniami oprow. Zatem oferta odwołującego zawierała brak dokumentu o charakterze przedmiotowym, przy czym dokument ten mieści się w katalogu dokumentów, o których stanowi § 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 (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155)*. Nie było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Nie ulega wątpliwości, że

zamawiający powinien był wezwać odwołującego do uzupełnienia wspomnianego braku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zaniechanie tej czynności przez zamawiającego stanowi ewidentne naruszenie przepisów.

Konsekwencją tego naruszenia było błędne uznanie, jakoby treść oferty odwołującego nie spełniała wymogów wskazanych w specyfikacji. Przyjęcie takiego stanowiska przez zamawiającego jest nieuzasadnione, gdyż jest ono następstwem naruszenia przez zamawiającego treści przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, a co za tym idzie takie zachowanie zamawiającego przez błędną interpretację stanowi również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nie można obarczać wykonawcy konsekwencjami zaniechania wykonania przez zamawiającego obowiązku ciążącego na nim z mocy przepisów ustawy.

Gdyby zamawiający zastosował się do obowiązku uregulowanego w art. 26 ust. 3 Pzp, nie doszłoby do nieuprawnionego zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czyli nie doszłoby do bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego. Przyjęcie odrębnej wykładni wskazanych wyżej przepisów byłoby sprzeczne z zamiarem ustawodawcy, który dopuścił możliwość uzupełniania braków odnośnie oświadczeń i dokumentów o charakterze przedmiotowym, obok istniejącej już pod panowaniem poprzednich przepisów możliwości uzupełnienia braków o charakterze podmiotowym. Ponadto, wbrew zarzutom zamawiającego przedstawionym w uzasadnieniu do odrzucenia oferty odwołującego i wyborze najkorzystniejszej oferty, w przedmiotowej sprawie odwołujący przyjął parametry oświetleniowe adekwatnie do projektu zamawiającego. Również przedstawiony w ofercie odwołującego sprzęt równoważny był zgodny z wymaganiami określonym w specyfikacji.

Za kolejny chybiony zarzut zamawiającego należy uznać twierdzenie, jakoby wyliczenia dokonane przez odwołującego były niezgodne z wymaganymi przez zamawiającego. Jak już zostało wskazane w proteście odwołującego z 28 lipca 2009 r., przy wspomnianych wyliczeniach odwołujący posłużył się identycznymi danymi jak w projekcie zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że zarzuty podniesione przez zamawiającego należy uznać za nie znajdujące uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy, a co za tym idzie należy uznać odrzucenie oferty odwołującego za bezpodstawne.

Zachowanie zamawiającego stanowi także przejaw prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Implikacją naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp jest niezachowanie fundamentalnych zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Wezwanie do usunięcia braków wskazanych w art. 26 ust. 3 Pzp ma na celu zachowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami oraz równego ich traktowania. Pełna dokumentacja oferty umożliwi racjonalną i rzetelną ocenę wszystkich ofert przy uwzględnieniu tych samych wymogów, a co za tym idzie pozwala na identyczne traktowanie

wszystkich wykonawców w tych samych okolicznościach oraz sprawiedliwą ocenę przedstawionych przez nich ofert w celu zapewnienia uczciwej konkurencji między wykonawcami z jednoczesnym zachowaniem interesu samego zamawiającego. Wezwanie przez zamawiającego odwołującego do uzupełnienia braków w jego ofercie nie stanowiłoby zachowania sprzecznego z treścią normy wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Wręcz przeciwnie, nie wypełnienie przez zamawiającego obowiązku ciężącego z mocy ustawy, doprowadziło do wspomnianego naruszenia.

Ponadto informację o rzeczywistej woli odwołującego w zakresie równoważności oferowanych przez niego oprav w stosunku do oprav przewidzianych w projekcie zamawiającego, zamawiający mógł wywnioskować z całości oferty odwołującego, a w szczególności z treści formularza ofertowego. Na podstawie wskazanych tam danych, oświadczeń i informacji jasno wynika, że oferowane przez odwołującego oprawy są równoważne ze wskazanymi w projekcie. Oczywistym również jest, że wezwanie do uzupełnienia tabeli zestawień nie zmienia samej treści oferty ani nie ma wpływu na cenę przedstawioną przez odwołującego.

Warto również zauważyć, że zgodnie z dyspozycją art. 146 ust. 1 pkt 5 Pzp umowa o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku, gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy, jest dotknięta sankcją nieważności, przy czym nieważność ta powstaje *ab inito* i *ipso iure*. Zgodnie ze zdaniem doktryny, rażące naruszenie ustawy w zakresie wyboru oferty może mieć miejsce w formalnej ocenie ofert, czego wyrazem może być m.in. odrzucenie ofert bez podstawy prawnej (tak: J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” 2007 r.).

Jak już zostało wykazane wyżej, odrzucenie oferty odwołującego zostało dokonane bezpodstawnie. Ewentualnie w omawianym przypadku może mieć zastosowanie norma przewidziana w przepisie art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp, zgodnie z którą, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest nieważna. Bez wątplenia w postępowaniu doszło do naruszeń przepisów wskazanych wyżej. Konsekwencją tych naruszeń był wybór przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty odwołującego, która była najkorzystniejsza cenowo.

Na marginesie odwołujący dodaje, że zgodnie z treścią przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005, Nr 14, poz. 114, ze zm.) udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem wskazanych przepisów stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Konsekwencje takiego działania zostały unormowane w art. 31 i n. wspomnianej ustawy.

Zamawiający był zobowiązany do umieszczenia na swej stronie internetowej protestu. Do dnia wniesienia odwołania, protest odwołującego nie znalazł się na tej stronie.

Odpowiedzialność za powyższe spoczywa na osobach realizujących w imieniu zamawiającego poszczególne procedury zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutów przedstawionych przez zamawiającego w piśmie informującym o oddaleniu protestu z dnia 10 sierpnia 2009 r., a przesłanego odwołującemu w dniu 11 sierpnia 2009 r., odwołujący podaje, że projekt równoważny został przez odwołującego policzony w oparciu o takie same dane wejściowe, jakie były zawarte w projekcie zamawiającego, wyliczając jednocześnie wszystkie parametry zgodnie z opisem w specyfikacji.

Ponadto zamawiający w specyfikacji założył, że prezentacja wyników ma zostać złożona w formie zbliżonej do projektu załączonego do specyfikacji, dopuszczając tym samym różnice w prezentacji wyników. Siatka obliczeń jest przypisana do danego oprogramowania i wykonawca nie ma możliwości jej zmiany bez ingerencji w konstrukcję programu (co jest zresztą zabronione). Zamawiający do policzenia swojego projektu użył programu Calculux marki Philips – program ten jest własnością koncernu Philips i można na nim liczyć projekty wyłącznie na oprawach marki Philips.

Program Relux, na którym odwołujący dokonał obliczeń projektu równoważnego, jest programem mającym inną formę graficzną prezentacji wyników, jest inaczej skonstruowany i jest programem, na którym można sporządzać projekty na oprawach innych marek, w tym marki Thorn. Fakt ten również jest powodem, dla którego zamawiający dopuścił różnice w prezentacji wyników – siatka obliczeniowa danego oprogramowania jest cechą przypisaną do niego i nie jest daną wejściową projektu, ponieważ nie odnosi się do fizycznego rozstawienia słupów na terenie zamawiającego, rozmieszczenia na nich opraw, przebiegu drogi, mocy użytych opraw i źródeł światła.

Zamawiający przypisał ulicom na terenie gminy, zgodnie z normą PN EN 13201 kategorii typu Me – i dla nich wyliczanym parametrem jest luminancja, a nie natężenie, których to brak zamawiający podniósł w treści odrzucenia protestu. Zamawiający w projekcie dołączonym do specyfikacji ma wyliczoną jako parametr luminancję, a nie natężenie – jeśli jednak wyliczenia te są mu niezbędne, powinien wezwać odwołującego do uzupełnienia oferty zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający ocenia oferty w oparciu o postanowienia i parametry opisane w specyfikacji, a nie dane zawarte w Internecie. Powyższe potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów z 20 stycznia 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-107/06 o treści: „Niedopuszczalnym jest aby zamawiający weryfikował możliwość udziału w postępowaniu wykonawców na podstawie stron internetowych oraz katalogów producentów oferowanego sprzętu. Uzasadniony jest również zarzut, że odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło nieprawidłowo w związku ze złożoną przez odwołującego ofertą.”.

Jeżeli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w związku z powyższym, mógł zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp żądać wyjaśnień oraz uzupełnień i tej czynności zaniechał. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z 4 lipca 2003 r. (UZP/ZO/0-936/03), w którym, uwzględniając odwołanie, Zespół stwierdził: „Zamawiający może, ale nie musi z tego uprawnienia skorzystać. (...) Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki.”.

W rozpoznawanej sprawie takie przesłanki istniały, a zamawiający nie wykorzystując możliwości uzyskania dodatkowych wyjaśnień, nie dołożył tym samym należytej staranności. Zarzuty te nie były też podniesione w odrzuceniu oferty z 23 lipca 2009 r., a tym samym odwołujący w swoim proteście i odwołaniu nie miał możliwości się do nich ustosunkować.

Odpowiadając na zarzut braku nastaw regulacji strumienia świetlnego na odcinków dróg odwołujący stwierdza, że powyższe informacje znajdują się w ofercie przy obliczeniach poszczególnych odcinków. Zamawiający nie zadał sobie trudu ich znalezienia. Ich zbiorcze zestawienie w postaci tabeli może być uzupełnione na wezwanie zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, tym bardziej, że nie zmieni to treści oferty odwołującego i jej ceny.

Odwołujący w ofercie zamieścił karty katalogowe z opisem użytych opraw równoważnych i pasujących do nich źródeł światła, stąd zarzut braku ich opisu jest chybiony.

W związku z powyższym, odwołujący podtrzymuje wszelkie zarzuty naruszenia przepisów wykazane w proteście. Nie ulega żadnym wątpliwościom fakt, że zachowanie zamawiającego przedstawione w uzasadnieniu protestu stanowi rażące naruszenie przepisów.

Odwołanie zostaje wniesione w 12 sierpnia 2009 r., czyli w terminie przewidzianym w art. 184 ust. 2 Pzp.

03.09.2009 r. Wykonawca Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty wykonawcy Thorn Lighting Polska Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, ze

względu na to, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji oraz zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń potwierdzających, że oferowane przez protestującego roboty budowlane spełniają wymagania opisane w specyfikacji, nie zasługują na poparcie.

Zgodnie z unormowaniem art. 20 ust. 1 Pzp zamawiający po otwarciu ofert ma obowiązek dokonania:

- 1) oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) badania ofert;
- 3) oceny ofert.

W trakcie dokonywania oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu zamawiający jest uprawniony i jednocześnie obowiązany zastosować się do art. 26 ust. 3 Pzp, czyli do wezwania wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Zamawiający może wezwać tylko do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Dokumenty te zostały precyzyjniej określone w uregulowaniach *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*. Odwołujący nie dołączył do oferty dokumentów w zakresie równoważności przedstawionej przez siebie oferty w stosunku do wymagań zamawiającego zawartych w „Szczegółowej specyfikacji wykonania i odbioru robót” stanowiącej część specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Skład orzekający Izby stwierdza, że dokumenty wykazujące, że wykonawca zaoferował przedmiot równoważny przedmiotowi zamówienia nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp., jako dokumenty przedmiotowe w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz przepisem § 3 ust. 1 *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*.

Zgodnie z § 3 ust. 1 *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* dokumentami potwierdzającymi, że oferowane roboty budowlane (dostawy lub usługi) odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego mogą być w szczególności:

- 1) próbki, opisy lub fotografie sporządzone przez dowolne podmioty, a w tym przez wykonawcę (§ 3 ust. 1 pkt 1 *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*);

- 2) zaświadczenia podmiotów zewnętrznych uprawnionych do kontroli jakości lub podmiotów zajmujących się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z odpowiednimi normami (§ 3 ust. 1 pkt 2-4 *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*).

W związku z otwartą listą dokumentów można do dokumentów przykładowo wymienionych w § 3 ust. 1 pkt 1 *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* zaliczyć również rysunki, szkice, projekty, modele czy prezentacje komputerowe oferowanego przedmiotu lub jego części. Ogólnie zgodnie z tym przepisem zamawiający może żądać od wykonawców wizualizacji lub opisu, czyli dokumentu umożliwiającego wyobrażenie sobie oferowanego przedmiotu zamówienia bądź jego części. Drugim rodzajem – określonych w § 3 ust. 1 pkt 2-4 *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* są zaświadczenia odpowiednich podmiotów zewnętrznych.

Potwierdzenia równoważności zaoferowanego przedmiotu w stosunku do wymaganego specyfikacją przedmiotu zamówienia nie są dokumentami przedmiotowymi w postaci opisu lub wizualizacji, które mają potwierdzać, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom wyspecyfikowanym przez zamawiającego, o których mowa w § 3 ust. 1 *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*.

Potwierdzenia równoważności zaoferowanego przedmiotu mają na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem właściwego funkcjonowania efektu końcowego, zgodnego z założeniami zamawiającego, a więc oceny zgodności oferty z treścią specyfikacji. Ewentualne uzupełnienie tych dokumentów prowadziłyby do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Dlatego nie można do tego typu brakujących dokumentów zażądać ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Tak też postąpił zamawiający w rozpoznawanej sprawie i nie wszczął procedury uregulowanej w art. 26 ust. 3 Pzp, a od razu zastosował się do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucił ofertę ze względu na to, że treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z tym skład orzekający Izby uznał, że zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego (ze względu na uniemożliwienie wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów oferty) nie potwierdził się, gdyż zamawiający nie ma uprawnienia żądać od wykonawców uzupełnienia – na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp – dokumentów innych niż określonych w art. 25 ust. 1 Pzp i doprecyzowanych w § 1 lub 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*, a dokumenty potwierdzające równoważność oferowanego

przedmiotu z przedmiotem zamówienia nie są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp i § 1 lub § 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. Przedmiotowe dokumenty (tak jak inne nie określone w art. 25 ust. 1 Pzp i § 1 lub § 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) stanowią treść oferty i – w związku z tym – do nich należy w całej rozciągłości stosować art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp, czyli nie można dokonywać w ich treści jakiegokolwiek zmiany, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i 2 Pzp.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego skład orzekający Izby stwierdza, że wszystkie pozostałe zarzuty odwołującego nie mogą się ostać. Zamawiający prawidłowo wykonał swoje czynności w rozpoznawanym postępowaniu i nie naruszył wskazywanych przez odwołującego przepisów.

Ponadto skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie ma obowiązku zamieszczać treści protestu na stronie internetowej poza przypadkiem, gdy protest jest wniesiony w stosunku do treści ogłoszenia lub specyfikacji przed upływem terminu składania ofert, o czym stanowi art. 181 ust. 3 Pzp. Celem tego przepisu jest umożliwienie wykonawcom, którzy nie są w żaden sposób identyfikowalni przed upływem terminu składania ofert, zapoznania się z protestem i ewentualnego złożenia przystępnie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

W rozpoznawanym postępowaniu, zamawiający właściwie przekazał kopię wniesionego protestu wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kierując ten dokument do poszczególnych wykonawców, którzy złożyli oferty, zgodnie z art. 181 ust. 3 *in initio* Pzp. Wykonawcy ci byli znani zamawiającemu na podstawie danych adresowych zawartych w otwartych ofertach.

Zaniechanie rozstrzygnięcia protestu w ustawowym terminie jest traktowane jako oddalenie protestu i tak było w tej sprawie traktowane. Późniejsze przekazanie uzasadnienia oddalenia nie wpłynęło na utrudnienie wnoszenia środków ochrony prawnej przez odwołującego, a zaniechanie rozstrzygnięcia protestu było zgodne z art. 183 ust. 3 Pzp i zostało zgodnie z tym przepisem potraktowane jako oddalenie protestu.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia

pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie 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 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*