

WYROK
z dnia 28 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski
Marzenna Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2011 r. przez **Odwołującego - Konsorcjum: RenCraft sp. z o.o., Ren Ventures sp. z o.o.**, 85-147 Bydgoszcz, ul. Dąbrowa 21 w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Energia Wierchosławice sp. z o.o.**, 33-122 Wierchosławice, Wierchosławice 550

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania **obciąża Odwołującego - Konsorcjum: RenCraft sp. z o.o., Ren Ventures sp. z o.o. 85-147 Bydgoszcz, ul. Dąbrowa 21, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Konsorcjum: RenCraft sp. z o.o., Ren Ventures sp. z o.o. 85-147 Bydgoszcz, ul. Dąbrowa 21**, tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego - Konsorcjum: RenCraft sp. z o.o., Ren Ventures sp. z o.o. 85-147 Bydgoszcz, ul. Dąbrowa 21** na rzecz **Zamawiającego - Energia Wierchosławice sp. z o.o., 33-122 Wierchosławice, Wierchosławice 550** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: **osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy**) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1235/11

Uzasadnienie

Zamawiający - Energia Wierzchosławice Sp. z o.o., 33-122 Wierzchosławice 550 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego powyżej progu unijnego na wykonanie zadania pn.: „Budowa farmy fotowoltaicznej o mocy 1,8 MW w Wierzchosławicach-Etap I”.

Ogłoszenie o zamówieniu : nr 2011/S 67-108773 zostało opublikowane w dniu 06.04.2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Pismem z dnia 31.05.2011 r., przekazanym w tej samej dacie, Odwołujący – Konsorcjum : Lider : RenCraft Sp. z o.o., ul. Dąbrowa 21, 85-147 Bydgoszcz, Partner: Ren Ventures Sp. z o.o., ul. Dąbrowa 21, 85-147 Bydgoszcz został powiadomiony o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu jego oferty.

Zamawiający poinformował Odwołującego, że w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucił jego ofertę z uwagi na zaferowanie panelu o parametrach: 60 fotoogniw multisristalline, połączonych 3 busbars, wysokości ramki do 46 mm i wymiarach zewnętrznych panelu 992x 1650 mm, czyli wymiarach zewnętrznych różnych od podanych przez Zamawiającego.

Z powyższymi czynnościami Zamawiającego oraz zaniechaniem czynności wykluczenia na podstawie art. 24 ust.2 pkt. 3) ustawy Pzp Wykonawcy Konsorcjum Georyt Krzysztof Witkowski z siedzibą Nieciecza 150, 33-240 Żabno (Lider) i Elzag Protech Z. Zagrajek Sp .j. z siedzibą 30-390 Kraków, ul. Zawila 57, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i/lub odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp nie zgodził się Odwołujący, który w dniu 10.06.2011r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Podstawą faktyczną do wykluczenia wybranego przez Zamawiającego Wykonawcy powinno być – zdaniem Odwołującego - złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a dodatkowo podstawą odrzucenia wybranej oferty powinno być popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami zagrażające interesom innych przedsiębiorców (w tym wszystkich biorących udział w niniejszym postępowaniu) i interesom Zamawiającego

poprzez narażenie go na dostawy urządzeń nie posiadających wymaganych deklaracji zgodności z polskimi normami lub normami zharmonizowanymi oraz znaku CE i nie spełniających wymogów ICE.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który pośrednio wskazuje na możliwość jego realizacji wyłącznie przez preferowanego, jednego wykonawcę i stanowi naruszenie zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji - art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 - 3 oraz art. 30 ust. 4 - 6 ustawy Pzp. Jako przyczynę tego stanu rzeczy wskazał na brak porównywalnych instalacji w Polsce.

Zaskarżonej czynności zarzucił :

1) naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie tj. przyjęcie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy w świetle przywołanego przepisu brak było przesłanek do dokonania takiej czynności,

2) naruszenie art. 24 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez nie dokonanie obligatoryjnego wykluczenia w związku z złożeniem nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

3) naruszenie art. 89 ust 1 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji art. 7 ust. 1 i ust.3 tejże ustawy poprzez niezachowanie zasady zapewniającej uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Georyt Krzysztof Witkowski z siedzibą Nieciecza 150, 33-240 Żabno (Lider) i Elzag Protech Z. Zagrajek Sp j. z siedzibą 30-390 Kraków, ul. Zawila 57,

2) wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum Georyt Krzysztof Witkowski z siedzibą Nieciecza 150, 33-240 Żabno (Lider) i Elzag Protech Z. Zagrajek Sp J. z siedzibą 30-390 Kraków, ul. Zawila 57 i odrzucenie jego oferty,

3) dokonania powtórnej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

4) poniesienia kosztów zastępstwa procesowego wraz z kosztami dojazdu.

Nadto Odwołujący wnosil o :

1) zgodę na dopuszczenie dowodu z opinii biegłego wydanej w zakresie równoważności przedmiotu dostawy oferowanego przez Odwołującego,

2) przeprowadzenie dowodu z oględzin paneli Odwołującego i wybranego Wykonawcy na okoliczność posiadanych przez nie wymaganych parametrów technicznych i jakościowych oraz ich wzajemnej równoważności w zakresie istotnych elementów.

W odwołaniu zwrócił uwagę, że w pkt. 1.4.1 opisu do Projektu budowlanego „Budowa farmy fotowoltaicznej o mocy 1,8 MW w Wierzchosławicach” autorstwa BBW- PROJEKT Sp. z o. o. z siedzibą w 39-200 Dębica, ul. Konarskiego 32 stanowiącego integralną część SIWZ Zamawiający opisał ogólnie (bez określania wymiarów) moduły fotowoltaiczne (baterie słoneczne), które połączone ze sobą -5 szt. tworzą panele fotowoltaiczne zainstalowane na stelażach wykonanych w wersji stacjonarnej posadowionych bezpośrednio w gruncie, a na rysunku „schemat zasilania” brak było wymiarów paneli.

Nadto wskazywał, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania Wykonawców, w większości dotyczących parametrów i wymiarów zewnętrznych paneli fotowoltaicznych dokonał korekty pkt 14 ogłoszenia na stronie internetowej -zakaz składania ofert równoważnych i pkt. 21.3 dodając w pkt 3 SIWZ zapis „lub równoważne o porównywalnych parametrach”.

Poza tym zauważył, że w odpowiedzi na pytanie nr 18 z dnia 29.04.2011 r. Zamawiający potwierdził, że nie zna podstawy technicznej, ani Polskiej normy uzasadniającej określone przez niego precyzyjnie parametry wysokości, szerokości i długości panelu fotowoltaicznego, lecz jest to jego zdaniem uzasadnione wagą elementów mocowanych na stojakach (konstrukcji montażu panelu), która nie może przekroczyć wymaganych 21 kg.

Wskazał również, że Zamawiający w odpowiedziach na pytania dotyczące – w ocenie Odwołującego - nieistotnych parametrów panelu fotowoltaicznego i stwierdzających nie spełnienie przez panel o wysokości 30 mm i podanych wymiarach 1030x 1680 wymagań dotyczących stabilności i obciążeń zamawiający nie widział możliwości ich zmiany np. zwiększenia wysokości panelu -30 mm przy zachowaniu jego dopuszczalnej wagi - 21 kg i maksymalnych wymiarów 1035x 1680 mm (pyt.7, pyt. 9, pyt.10 , pyt 13 z dnia 10.05.2011 r.). Zaznaczył, że Zamawiający potwierdził także konieczność spełnienia przez panele wymogów IEC (pyt.17 z dnia 10.05.2011 r) i dodał, że podane parametry nie naruszają zasad ustawy Pzp (pyt. 19 z dnia 29.04.2011 r.).

Argumentował, że Odwołujący potwierdził składając ofertę, że zapoznał się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz oświadczył, że treść oferty odpowiada treści SIWZ.

Według Odwołującego o niezgodności o charakterze merytorycznym można mówić w sytuacji, gdy zaoferowane przez wykonawcę świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji wymaganiom zamawiającego w szczególności, co do istotnych parametrów technicznych i jakościowych, a te kwestionowane przez Zamawiającego nie miały istotnego znaczenia.

Odwołujący uzupełniająco zauważył, że przedmiot zamówienia, w tym przypadku dostawy zawsze opisuje się za pomocą obiektywnych cech jakościowych i technicznych, czyli cech właściwych dla danego przedmiotu dostawy, a nie w odniesieniu do konkretnego produktu czy wyrobu, a obowiązek zachowania obiektywizmu wyklucza jako sprzeczne z prawem wszelkie wymagania nie mające znaczenia dla parametrów jakościowych i użytkowych sprzętu, w szczególności zaś zabrania żądania posiadania przez nabywany sprzęt cech wynikających wyłącznie z subiektywnych odczuć zamawiającego (nieuzasadnione wymagania co do identyczności wymiarów przy spełnieniu wymogu max. wagi).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez świadomie dokonanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, w którym poprzez użyte sformułowania lub parametry chciał on wskazać na jednego konkretnego dostawcę lub na jeden konkretny produkt.

Odwołujący dodatkowo zauważył, że argument Zamawiającego o niezmienności wymogu wysokości ramki panelu wynoszącej 30 mm przy uwzględnieniu prawdopodobnych ograniczeń wynikających z braku doświadczenia Zamawiającego działa na niekorzyść Zamawiającego oraz naraża projekt finansowany ze środków publicznych, w tym ze środków Unii Europejskiej na uszkodzenia modułów prowadzące w konsekwencji do naruszenia dyscypliny finansów publicznych i ewidentnego marnotrawstwa.

Twierdził, że wymiar grubości ramki wymagany przez Zamawiającego nie jest nigdzie spotykany i ewentualnie, na podstawie konsultacji z ekspertem, można by rozważyć jego zastosowanie w obszarach geograficznych o niewielkich dobowych i rocznych wahaniami temperatur oraz nie zagrożonych obciążeniami wiatru i śniegu (np. obszary międzyzwrotnikowe).

Odwołujący wskazał na załączony do odwołania załącznik zawierający standardowy typoszereg paneli PV producenta QIXIN SOLAR, z którego wynika jak dla zachowania odpowiedniej wytrzymałości konstrukcyjnej, zmienia się grubość ramki w zależności od mocy modułu (jest ona funkcją jego powierzchni modułu), a grubość ramki 30 mm spełniają tylko

panele o mocy do 30 Wp, przy wymiarach max 580 x 420 mm, podczas gdy Zamawiający żądał panelu o mocy min. 235 Wp i powierzchni 1035 x 1680 mm.

Zarzucił także, że Zamawiający nie zażądał dokumentów zgodnie z § 5 ust.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich Zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane, a w szczególności dotyczących zgodności konstrukcji i wydajności z obowiązującymi normami, potwierdzonych badaniami modułów fotowoltaicznych przeprowadzonymi przez niezależne instytucje, wyposażone w odpowiednie stanowiska badawcze.

Ostatecznie wskazał, że Zamawiający żądał gwarancji producenta odmiennej (gorszej) od przyjętych światowych standardów przemysłowych. Zamawiający mianowicie żądał 5 lat na 100 % mocy, 10 lat na 90% mocy, 20 lat na 80% mocy w warunkach gdy standard przemysłowy dla generowania 80% mocy znamionowej panelu wynosi 25 lat (taką zaoferował Odwołujący, zgodnie z gwarancją producenta).

W zakresie kolejnego zarzutu Odwołujący zwrócił uwagę, że dokonując analizy oferty wykonawcy reprezentowanego przez lidera Konsorcjum Georyt Krzysztof Witkowski stwierdził z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że złożył on nieprawdziwe oświadczenie w ofercie, co do posiadania deklaracji zgodności z polskimi normami lub normami zharmonizowanymi, znaku CE oraz dokumentów potwierdzających parametry oferowanych urządzeń w tym panelu spełniającego w sposób identyczny jak tego wymagał zamawiający nie tylko wymiary zewnętrzne, ale również wszystkie pozostałe cechy techniczne i jakościowe panelu fotowoltaicznego.

Zdaniem Odwołującego na dzień składania oferty stanowiącej oświadczenie woli i wiedzy Wykonawca winien posiadać w/w dokumenty, które potwierdzałyby spełnienie żądanych przez Zamawiającego wymogów dla paneli.

Natomiast z uzyskanych przez Odwołującego informacji wynika, że Wykonawca ten dopiero w czerwcu 2011 r. wyprodukuje pierwszy panel fotowoltaiczny, czyli po rozstrzygnięciu postępowania, co potwierdza – jego zdaniem - brak możliwości przeprowadzenia certyfikacji przed złożeniem oferty i posiadania deklaracji zgodności na zaoferowane „identyczne” z oczekiwaniami Zamawiającego produkty.

W ocenie Odwołującego, istnieją również uzasadnione podstawy, aby przypisać wykonawcy reprezentowanemu przez Lidera Konsorcjum Georyt Krzysztof Witkowski

popęlnienie czynu nieuczciwej konkurencji w oparciu o przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący za czyn nieuczciwej konkurencji uważał nieuczciwe wskazanie przez Zamawiającego urządzeń, które w żadnej mierze nie spełniają wymaganych warunków, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie pomimo, że pozostałe oferty w pełni potwierdzały wszystkie istotne wymagane warunki przedmiotowe będąc ofertami równoważnymi. Przy czym działanie takie było szkodliwe, zagrażało bowiem interesom innych wykonawców, gdyż oznaczało, że inni przedsiębiorcy, którzy podobnego wariantu jak wykonawca nie dokonali (wpisując do oferty identyczne z żądaniem zamawiającego parametry), a zaoferowali urządzenia zgodne z obiektywną rzeczywistością posiadające pełną certyfikację, znaleźli się bez żadnych obiektywnych przyczyn w znacznie gorszej sytuacji. Oczywiście jest więc, że działania wykonawcy utrudniły im dostęp do rynku.

W piśmie z dnia 27.06.2011r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań wykonawców skierowanych do Zamawiającego i udzielonych na nie odpowiedzi, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 27.06.2011r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego – w badanym zakresie – naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest między innymi kwestia oceny zasadności odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że zaoferowany przez Odwołującego produkt nie odpowiadał parametrom technicznym opisanym przez Zamawiającego w SIWZ.

W rozdziale II pkt 1 lit. A opisu przedmiotu zamówienia na stronie 13 SIWZ Zamawiający ustanowił jednoznaczne wymagania techniczne dotyczące paneli słonecznych (fotowoltaicznych). Według tej specyfikacji Zamawiający żądał paneli słonecznych zbudowanych z 60 fotoogniw multicristalline, połączonych 2 busbars o parametrach panelu w zakresie wysokości ramki do 30 mm i wymiarach zewnętrznych panela: 1035 mm x 1680 mm +/- 1,5 mm, podczas gdy Odwołujący w swojej ofercie na stronie 3 zaoferował produkt o połączeniu fotoogniw 3 busbars o parametrach wysokości ramki: do 46 mm i wymiarach zewnętrznych panela: 992 mm x 1650 mm. Odwołujący w treści odwołania sam przyznał, że zaoferował urządzenie o parametrach przekraczających maksymalne parametry dopuszczone w SIWZ, lecz twierdził, że jest to nieistotne z punktu widzenia funkcji, jaką urządzenie ma pełnić.

Powyższe rozbieżności pomiędzy parametrami żądanymi przedmiotu zamówienia a tymi zaoferowanymi przesądzają – zdaniem Izby – o konieczności uznania istnienia w tym zakresie sprzeczności pomiędzy treścią złożonej przez Odwołującego oferty a treścią SIWZ.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób precyzyjny informował wykonawców o wymaganiach technicznych specyfikacji, co wynika z definitywnej treści udzielanych im odpowiedzi.

W piśmie z dnia 20.04.2011r., l.dz. ZP/01/04/2011 w odpowiedziach do pkt. 2 i 4 Zamawiający między innymi udzielił odpowiedzi, że dostawa musi odpowiadać parametrom podanym w Rozdziale II SIWZ.

Poza tym w odpowiedzi na pytanie, czy podane parametry modułów PV jak waga, wymiary, grubość ramki, muszą być spełniane dokładnie, czy też są tylko przykładowe Zamawiający wyjaśnił, że dostawa musi odpowiadać zapisom SIWZ Rozdział II punkt 1A. W odpowiedzi z dnia 10.05.2011r. Zamawiający poinformował zaś wykonawców, że nie dopuszcza zwiększenia grubości panela do 35 mm czy 38 mm, nawet jeśli waga całego panela i maksymalne wymiary nie są przekroczone – tj. 21 kg i wymiary 1035 mm x 1680 mm, a dostawa ma być realizowana zgodnie z SIWZ Rozdział II pkt.1 A.

Poza tym w piśmie z dnia 10.05.2011r. w pytaniu nr 1 o możliwość zastosowania grubości ramki minimum 40mm Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Dostawa zgodnie z SIWZ Rozdział II pkt.1 A”, co oznaczało stanowcze podtrzymanie wymogów odnośnie parametrów określonych w SIWZ.

Powołane wyżej oświadczenia Zamawiającego w sposób jednoznaczny świadczą o przywiązywaniu przez Zamawiającego wagi do postanowień SIWZ.

Izba nie podziela również zapatrywania Odwołującego, iż Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w spornym zakresie, bowiem w aktach sprawy brak jest śladu dokonania takiej czynności, również odpowiadając na pytania wykonawców będące częściowo de facto wnioskami o zmianę treści SIWZ, odmawiał zmiany swoich wymagań.

Nie sposób zgodzić się z wywodem Odwołującego, iż z udzielonej w piśmie z dnia 29.04.2011r.odpowiedzi Zamawiającego do pkt. 10 można wyprowadzić wniosek, że informacja o braku podstawy technicznej lub normy prawnej i podanie parametrów z powodu ograniczenia wagi elementów mocowanych na stojakach (konstrukcji montażu panela) oznacza nadanie istoty jedynie parametrowi wagi pozbawiając inne parametry tego przymiotu.

Takiej argumentacji Izba nie podziela uznając, iż zaproponowana przez Odwołującego dychotomia znaczenia parametrów określonych w SIWZ jako istotnych i nieistotnych nie znajduje uzasadnienia w kontekście samej treści SIWZ oraz składanych przez Zamawiającego oświadczeń. Niezależnie od powyższego, według Izby, dla powyższej oceny nie ma znaczenia, czy dany parametr ma obiektywnie istotne znaczenie z punktu widzenia interesu Zamawiającego, czy też jest mało znaczący z tego samego powodu.

Nie można nie zauważyć, iż w istocie zarzuty Odwołującego wymierzone są przeciwko treści SIWZ, a ta na obecnym etapie postępowania nie może zostać skutecznie przez niego podważona z uwagi na spóźnione podniesienie tego zarzutu. Zgodnie bowiem z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,co w przedmiotowej sprawie nastąpiło w dniu 6.04.2011r.,

a odwołanie wobec treści ogłoszenia i SIWZ zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10.06.2011r., a zatem znacznie po terminie ustawowym.

Z tych przyczyn Izba nie znalazła podstawy prawnej do rozpoznania zarzutu wobec treści SIWZ, a w szczególności naruszenia przez Zamawiającego postanowień art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. To samo dotyczy zarzutu nieumieszczenia przez Zamawiającego w SIWZ dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowaną dostawę wymagań przez niego określonych oraz wprowadzenia niekorzystnych dla Zamawiającego postanowień dotyczących gwarancji.

Odnosząc się do argumentu o konieczności dopuszczenia ofert równoważnych, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z postanowieniami pkt. 21.3 SIWZ Zamawiający nie dopuścił składania ofert równoważnych i wariantowych, a dodanie przez Zamawiającego do SIWZ zapisu „lub równoważne o porównywalnych parametrach” nie oznacza dopuszczenia do oferty produktów „równoważnych” pod względem parametrów, lecz dotyczy wyłącznie sytuacji, gdyby w SIWZ wskazano konkretnego producenta lub nazwę własną materiałów. Wynika to wyraźnie z odpowiedzi z 20.04.2011r.

Z powyższych przyczyn nie mogły także zostać uwzględnione zgłoszone przez Odwołującego wnioski dowodowe, gdyż okoliczności wykazania równoważności produktowej oraz ponownego badania parametrów technicznych panela, dotyczące bezspornej treści oferty, nie miały żadnego znaczenia wobec braku podstaw do kwestionowania treści SIWZ oraz uznania, iż „istotność” parametrów nie decyduje o tym, czy produkt spełnia wymagania tej specyfikacji.

Argumentację Odwołującego o zapoznaniu się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i niewnoszeniu do niej zastrzeżeń wraz z oświadczeniem, że treść oferty odpowiada treści SIWZ Izba uznała za chybioną, bowiem dla oceny zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ nie jest wystarczające ogólne oświadczenie woli, lecz konieczne jest także spełnianie przez zaofertowany przedmiot zamówienia warunków technicznych opisanych w SIWZ.

Rozpatrując zarzut wymierzony przeciwko ofercie konkurencyjnej, Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, iż konkurent złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo, w odwołaniu sam wskazał, że jego teza o nieprawdziwości jest jedynie „stwierdzeniem z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością”.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że nie jest słusznym twierdzenie Odwołującego o obowiązku wykonawców legitymowania się deklaracjami zgodności z polskimi normami lub normami zharmonizowanymi, znakiem CE oraz dokumentami potwierdzającymi parametry oferowanych urządzeń na etapie składania ofert. Zgodnie z treścią rozdziału II SIWZ wykonawcy muszą posiadać wymienione wyżej dokumenty, jednak specyfikacja nie określiła momentu wykazania się tymi dokumentami. W tym stanie rzeczy należy przyjąć, iż wymóg ten będzie realizowany przy odbiorze przedmiotu zamówienia. Tym bardziej, że zamawiający nie wykluczył możliwości zaoferowania produktu, który zostanie zaprojektowany i wyprodukowany dopiero w przyszłości, w odpowiedzi na indywidualne zapotrzebowanie Zamawiającego. Wobec tego, że warunek wyżej określony dotyczy zdarzenia przyszłego, to nie można przyjąć, że obecna informacja o produkcie jest nieprawdziwa. Weryfikacja tej informacji pod względem prawdziwości może nastąpić dopiero w trakcie wykonania zobowiązania, to jest po terminie badania i oceny ofert. Zwłaszcza, że, jak Odwołujący sam wskazał podczas rozprawy, wybrany wykonawca zamierza wyprodukować panele właśnie zgodnie z indywidualnymi wymaganiami Zamawiającego. W konsekwencji nie sposób zgodzić się również z twierdzeniem Odwołującego, iż złożona oferta konkurencyjna stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, skoro podmiot ten ma prawną możliwość przedłożenia wymaganych dokumentów w innym terminie niż chce Odwołujący. Wcześniejsze zaś złożenie przez innych wykonawców stosownych dokumentów nie jest równoznaczne z ograniczeniem tym podmiotom dostępu do rynku, jak twierdzi Odwołujący.

Nie potwierdził się również zarzut – w zakresie badanym przez Izbę – naruszenia zasady równości i konkurencyjności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem Odwołujący nie przytoczył żadnej obiektywnej okoliczności uzasadniającej ten zarzut. Wszyscy wykonawcy na tych samych zasadach w warunkach występowania konkurencji mogli ubiegać się o przedmiotowe zamówienia, w tym sam Odwołujący.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....

.....

.....