

WYROK
z dnia 16 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 września 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2011 r. przez Odwołującego – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A., Maria Potz prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „MOSAICON” Maria Potz, 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zespół Pieśni i Tańca „Śląsk” im. Stanisława Hadyny, 42-286 Koszęcin, ul. Zamkowa 3**

przy udziale wykonawcy "**Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA**" S.A., 42-200 Częstochowa, ul. **Pułaskiego 25**, zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A., Maria Potz prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „MOSAICON” Maria Potz, 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A., Maria Potz prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „MOSAICON”**

Maria Potz, 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Odwołującego – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A., Maria Potz prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „MOSAICON” Maria Potz, 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9** na rzecz Zamawiającego - **Zespół Pieśni i Tańca „Śląsk” im. Stanisława Hadyny, 42-286 Koszęcin, ul. Zamkowa 3, kwotę 3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zespół Pieśni i Tańca „Śląsk” im. Stanisława Hadyny, Ul. Zamkowa 3, 42-286 Koszęcin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Rewitalizacja Zespołu pałacowo parkowego w Koszęcinie w ramach tworzenia Śląskiego Centrum Edukacji Regionalnej - II i III etap”. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2011 r. pod nr 2011/S 51-083320.

W dniu 1 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: Skanska S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Gen J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa (lider) i Maria Potz prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „MOSAICON” Maria Potz, ul. Traugutta 10 m.8, 90-107 Łódź (dalej „Odwołujący”) wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione i pozbawione podstaw prawnych odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty „CZ.P.B.P. Przemysłówka” S.A. jako najkorzystniejszej i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem wniosku z pkt 2,
- 4) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród złożonych ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż informację o podstawach do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 22 sierpnia 2011 r., tj. z chwilą otrzymania informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego przesłanej faxem, zatem odwołanie wnoszone w dniu 1 września 2011 r. jest wniesione w ustawowym terminie. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

(dalej „SIWZ”). Jako uzasadnienie swojej decyzji Zamawiający podał, iż Odwołujący odmówił podania typów poszczególnych elementów instalacji oświetleniowej oraz kamery obrotowej, nie wykonując tym samym wezwania w tym zakresie wystosowanego przez Zamawiającego. Pismem z dnia 12 lipca 2011 r. znak L.dz. 5087/2011 Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Przedmiotowe wezwanie dotyczyło m.in. zestawienia materiałów pozycje 50-98 - instalacje elektryczne i pozycja 22 - sieć niskoprądowa i monitoring. Zamawiający zażądał podania szczegółowych typów poszczególnych materiałów w pozycji 50-98 oraz podania typu kamery w pozycji 22. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący zapewnił, że oferowany materiał i urządzenia odpowiadają w całości wymaganiom Zamawiającego postawionym w dokumentacji projektowej (w tym w projekcie wykonawczym), wskazując jednocześnie, iż spełnił już w ofercie oczekiwania Zamawiającego, określając w zestawieniu materiałów typy oferowanych produktów np. typ: oprawa stojąca, typ: oprawa zawieszana, typ: plafoniera. Odwołujący podnosił zatem naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez pozbawione podstaw prawnych odrzucenie jego oferty. Odwołujący zauważał, iż zobowiązaniem Wykonawcy (Odwołującego) było przedstawienie oferowanego przedmiotu zamówienia w kosztorysie ofertowym, sporządzonym zgodnie z wymaganiem pkt A) 7 części VI SIWZ, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany był, wskazując zakres świadczenia, przygotować kosztorys, podając ceny jednostek obmiarowych i ceny dla wszystkich asortymentów robót, ujętych w przedmiarze robót oraz dostarczonej dokumentacji technicznej. Dodatkowo, odpowiedzią na zapytania dotyczące SIWZ z dnia 4 kwietnia 2011r. - nr 7 Zamawiający wskazał, iż: *„(...) Ponadto w zestawieniu materiałów budowlanych do kosztorysów należy podać producenta i typ zaproponowanych poszczególnych materiałów budowlanych”*, postanawiając tym samym o potrzebie załączenia przez Wykonawców do oferty odrębnego zestawienia materiałów, którego zakres opracowania doprecyzował odpowiedzią na pytanie nr 1 z dnia 13 kwietnia 2011 r. Odpowiedzią tą Zamawiający zdecydował o konieczności załączenia do oferty zestawienia materiałów z poszczególnych branż. Odwołujący opracowując kosztorys: „Przebudowa pałacu - instalacja elektryczna pałac” pozycje 30-47 i 129-133 i kosztorys „Przebudowa sieci uzbrojenia podziemnego- sieć niskoprądowa i monitoring” pozycja 55, wskazał, iż oferuje montaż i asortyment zgodnie z danymi technicznymi zawartymi w Projekcie Wykonawczym. Dodatkowo, załączone do oferty zestawienie materiałów, określało dla rodzaju materiału powtórzonego z opisu pozycji kosztorysu, jego typ i nazwę producenta. Odwołujący podkreślał, iż część opisowa projektu wykonawczego - branża elektryczna, w pkt 9 zawiera opis cech charakterystycznych opraw elektrycznych wg parametrów identyfikujących ten materiał. Podobnie wymagane parametry dla kamery obrotowej zostały zawarte w Opisie technicznym „instalacje niskoprądowe”. W sposobie dokonywanego opisu Zamawiający użył określeń charakteryzujących produkt bez

odwoływania się do znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, a tym samym nie towarzyszą opisowi wyrazy „lub równoważnych”. Odwołujący nie powoływał się w ofercie na rozwiązania równoważne. Tym samym Odwołujący nie musiał wykazywać, że rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Sporządzając kosztorys ofertowy, Odwołujący uwzględnił też odpowiedź Zamawiającego z dnia 29 marca 2011 r., a mianowicie *„w nawiązaniu do prośby w sprawie podania przykładowych typów oprav informujemy, iż nie możemy tego wykonać. Przedmiot zamówienia został opisany w dokumentacji projektowej (załączniku do siwz) zgodnie z art. 29, 30 i 32 ustawy Prawo zamówień publicznych tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 z późn. zm.)*. Odwołujący stwierdził, iż oferuje produkty dokładnie spełniające wymagania Zamawiającego i gwarantuje spełnienie parametrów dla tych materiałów i urządzeń (poprzez wskazanie do oferty materiału czy urządzenia), zarówno oświadczając w kosztorysie, iż oferuje materiał zgodny z danymi technicznymi wymaganymi w projektach wykonawczych, jak i poprzez umieszczenie w zestawieniu danych dotyczących materiałów w powołaniu na charakterystykę materiału określoną w Projekcie Wykonawczym i wskazanie w tymże zestawieniu typu materiału, urządzenia wraz z określeniem producenta. Argumentacja Zamawiającego zawarta w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego jest o tyle niezasadna, iż Zamawiający stwierdza niemożność zweryfikowania zgodności danego elementu (materiału, urządzenia) z projektem, podczas gdy Odwołujący nie wskazuje, iż oferuje coś „równoważnego”, a wprost przeciwnie oferuje dokładnie to, czego żąda Zamawiający. W podobnym duchu wypowiedział się skład orzekający w wyroku sygn. akt KIO/UZP 218/08 z dnia 26 marca 2008 r. Odwołujący wskazywał, iż przy każdej wymaganej pozycji zestawienia materiałów w tym także 50- 98 i 22 określił typ poszczególnego materiału i urządzenia. Zamawiający nie zadecydował przecież, poprzez powołaną wyżej odpowiedź na pytanie (modyfikującą SIWZ), o potrzebie przygotowania zestawienia materiałów w taki sposób, iż przy każdym z oferowanych materiałów należy zamieścić nazwę handlową produktu. Typ żądany w zestawieniu przez Zamawiającego miał identyfikować materiał, którego szczegółowe parametry określa dokumentacja wykonawcza. Zatem Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych na żądanie Zamawiającego jeszcze raz odwołał się do określonych w swojej ofercie typów materiałów i urządzeń, wskazujących na cechy materiału lub urządzenia i ponownie (obok treści kosztorysu i oświadczeń złożonych w ofercie) potwierdził, iż oferuje to co jest wymagane przez Zamawiającego w dokumentacji wykonawczej. Zdaniem Odwołującego nie może więc być mowy o braku zgodności treści oferty z treścią SIWZ, skoro Odwołujący zaoferował w kosztorysie właściwy materiał, czego Zamawiający nie kwestionuje, oraz skoro w zestawieniu materiałów Odwołujący określił typ oferowanych materiałów i urządzeń. Dopiero z uzasadnienia odrzucenia wynika, iż Zamawiający „typ” materiału rozumie jako potrzebę podania szczegółowych nazw poszczególnych materiałów,

co de facto stanowi nadużycie Zamawiającego i jest niezgodne z ustawą Pzp, gdyż nie wynika z wymagań Zamawiającego podanych na etapie przygotowania oferty. Zmiana zakresu oczekiwań wobec treści oferty Wykonawców powinna się dokonywać na etapie procedury przetargowej, co potwierdza ugruntowane orzecznictwo jak chociażby w wyroku KIO/UZP 1013/10, gdzie wskazano, iż Zamawiający nie może odstępować od wymogów określonych w SIWZ, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż tym samym narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślał, iż oferta Odwołującego została sporządzona zgodnie z SIWZ, co Odwołujący potwierdził w wyjaśnieniach z dnia 19 lipca 2011 r., więc Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie składów orzekających ZA/KIO, gdzie fakt oferowania przez Wykonawcę materiału lub urządzenia zgodnego z wymaganiami dokumentacji przetargowej jest wystarczający dla uznania, iż Wykonawca prawidłowo zaoferował przedmiot zamówienia. Tak np. sygn. akt: UZP/ZO/0-842/04 z dnia 15 czerwca 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1036/05 z dnia 23 maja 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-3270/05 z dnia 10 listopada 2005 r. Zamawiający w dokumentacji projektowej, w szczególności w projekcie wykonawczym bardzo szczegółowo opisał wymagania dotyczące sprzętu i materiałów. Reasumując, Odwołujący, opierając się na opisie przedmiotu zamówienia zawartym w dokumentacji projektowej, wypełnił kosztorysy ofertowe, podając typ materiałów i urządzeń, wskazując na cechy odzwierciedlające szczegółowy opis z dokumentacji projektowej tak, aby było wiadomo, jaka pozycja z kosztorysu odpowiada opisowi z projektu. Z tych też, wyżej wymienionych powodów, z uwagi na fakt, iż interes prawny Odwołującego polegający na możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia - oferta Odwołującego była najkorzystniejsza cenowo, a z uwagi na zarzuty powołane w odwołaniu, stojące w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp, został naruszony, Odwołujący złożył odwołanie i wnosił jak na wstępie. Odwołujący złożył ważną ofertę w niniejszym postępowaniu, a czynności Zamawiającego dokonane w trakcie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy Pzp uniemożliwiają mu uzyskanie niniejszego zamówienia, a dodatkowo argumenty podnoszone przez Odwołującego wskazują, że to jego oferta jest najkorzystniejsza.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 31 sierpnia 2011 r.

W dniu 2 września 2011 r. Zamawiający wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania.

W dniu 5 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy „CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A., ul. Pułaskiego 25, 42 - 200 Częstochowa („Przystępujący”). Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości. Wskazywał, iż ma

interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Jego oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu została uznana za najkorzystniejszą, a ewentualne uwzględnienie odwołania pozbawi go możliwości realizacji zamówienia. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu 13 września 2011 r. Przystępujący wniósł pismo procesowe (oświadczenie do protokołu rozprawy), w którym przedstawił dodatkową argumentację w zakresie podniesionych zarzutów. Przystępujący wskazywał, iż we wniesionym odwołaniu Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez nieuprawnione i pozbawione podstaw prawnych odrzucenie oferty Odwołującego.

Zdaniem Przystępującego obydwie zarzuty nie znajdują oparcia w stanie faktycznym postępowania i powinny zostać oddalone. W pierwszej kolejności Przystępujący podnosił, że Odwołujący nie prowadził odrębnej argumentacji w stosunku do każdego z podniesionych zarzutów. Uzasadnienie odwołania zawiera argumentację łączną. Można się domyślać, że odnosi się ona do obydwu zarzutów.

Przyczyną odrzucenia oferty było niewskazanie w treści oferty ani w treści odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień - typów niektórych urządzeń oferowanych w przetargu przez Odwołującego. Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie miał prawa odrzucić jego oferty, gdyż nie zdefiniował, co to znaczy typ urządzenia. Z kolei Odwołujący określił, że typem lampy jest: stojąca, zwieszana, plafoniera, zaś typem kamery jest: obrotowa. Wskazuje, że Zamawiający nie ustalił przed terminem do złożenia ofert, iż wymaga podania w ofercie nazw handlowych oferowanych urządzeń, zaś określenie typu jest według niego semantycznie dowolne.

W przedmiotowym postępowaniu przyjęto kosztorysową metodę kształtowania wynagrodzenia wykonawcy. Rodzi to konieczność na tyle szczegółowego sporządzenia oferty, aby Zamawiający miał pewność co do zakresu zobowiązania wykonawcy. Z tej zapewne przyczyny w modyfikacji SIWZ nr II w piśmie z 15 kwietnia 2011 roku nastąpiło doszczegółowienie żądań Zamawiającego w zakresie sposobu przygotowania oferty. Zamawiający w punkcie 8 na str. 13 niniejszego pisma zapisał: „*Ponadto w zestawieniu materiałów budowlanych do kosztorysów należy podać Producenta i typ zaproponowanych poszczególnych materiałów budowlanych*”, jednocześnie wskazując, o jakie rodzaje materiałów mu chodzi. W tej liczbie wyszczególnił oprawy oświetleniowe i kamerę z obiektywem. Oznacza to, że Zamawiający wyraził życzenie, aby w przypadku wyboru oferty jako najkorzystniejszej istniała pewność co do zakresu zobowiązania wybranego wykonawcy

w stosunku do treści jego oferty. Działanie takie znajduje wsparcie w przepisach art. 140 ust. 1 oraz art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Z jednej strony występuje konieczność szczegółowego opisu zakresu zobowiązania niepieniężnego wykonawcy wynikającego z realizacji przyszłego zamówienia, z drugiej - obowiązek zachowania tożsamości zakresu świadczenia wynikającego z umowy ze zobowiązaniem wykonawcy zawartym w jego ofercie, zaś z trzeciej - występuje zakaz dokonywania zmian umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Stąd też koniecznym jest szczegółowe wskazanie co w rzeczywistości, w tym przypadku, wmontuje i uruchomi - wykonawca. Treść oferty na gruncie ustawy Pzp należy rozumieć w sposób ścisły i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zakres jego zobowiązania względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy. Z postanowień art. 61 k.c., do którego odsyła art. 14 ustawy Pzp, wynika, że oświadczenie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, gdy określa istotne jej postanowienia. Wyrażona zatem propozycja zawarcia umowy powinna zostać tak sformułowana, aby było możliwe przyjęcie oferty wprost. Oferta może zawierać również inne postanowienia, to znaczy nie tylko wskazujące na ustawowe cechy umowy o roboty budowlane, ale umowa dochodzi do skutku wówczas, gdy zostanie zaakceptowana pełna treść oferty. W przypadku, gdy Zamawiający żądał podania nazwy, typu i producenta, niepodanie tych informacji stanowi o braku możliwości ustalenia, jaki w istocie rzeczy asortyment będzie treścią zobowiązania umownego. Pogląd ten znajduje wsparcie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1071/11:

„Zdaniem Izby, wymagane podanie: typu maszyn i urządzeń, nazw producenta, czy oznaczenia tożsamyh oferowanych parametrów technicznych urządzeń, z punktu widzenia przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pozwalających na odrzucenie oferty w przypadku gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowi w tym znaczeniu treść oferty. Za istotne warunki zamówienia w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, należy przyjmować postanowienia umowy odnoszące się do określenia jej essentialia negotii, jak: przedmiot umowy, sposób wykonania zamówienia, wynagrodzenie, warunki jakościowe. Wymaganie podania typu maszyn i urządzeń, bądź oznaczonych ich parametrów wpisuje się więc w określenie oferowanego przez wykonawcę świadczenia, jego istotnych cech technicznych i właściwości (...), którym sam zamawiający w ramach dopuszczalnej swobody kontraktowej nadał taką rangę. Dane te tworzyły treść oferty, a zarazem pozwalały zamawiającemu na identyfikację oferowanych maszyn i urządzeń oraz poddanie ich porównaniu z opisem zawartym w PTU. Z tych względów miały jednocześnie charakter potwierdzający spełnienie istotnych warunków zamówienia, gdyż warunki do spełnienia, w tym zakresie zostały określone w SIWZ. ”

Podobnie w wyroku sygn. akt KIO 934/11 Izba stwierdziła:

„Zdaniem Izby, wymagane podanie: typu/modelu maszyn i urządzeń, nazw producenta, z punktu widzenia przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pozwalających na odrzucenie oferty w przypadku gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowi w tym znaczeniu treść oferty. Za istotne warunki zamówienia w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, należy przyjmować postanowienia umowy odnoszące się do określenia jej essentialia negotii, jak: przedmiot umowy, sposób wykonania zamówienia, wynagrodzenie, warunki jakościowe. Wymaganie podania typu/modelu maszyn i urządzeń wpisuje się więc w określenie oferowanego przez wykonawcę świadczenia, jego istotnych parametrów technicznych i właściwości opisanych w dokumentacji technicznej Dane te pozwalały zamawiającemu na identyfikację oferowanych maszyn i urządzeń oraz poddanie ich porównaniu z opisem zawartym w STWiORB oraz projektach technicznych. Z tych względów miały charakter potwierdzający spełnienie istotnych warunków zamówienia, gdyż warunki do spełnienia, w tym zakresie zostały określone w SIWZ.” Przystępujący zauważał, iż w tej ostatniej sprawie wywołanej wniesieniem odwołania przez obecnego Odwołującego, Odwołujący podnosił twierdzenia odwrotne od prezentowanych w przedmiotowym odwołaniu. Niepodanie omawianych informacji uniemożliwia Zamawiającemu identyfikację istotnych cech technicznych i właściwości świadczenia. Oferta Odwołującego podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przystępujący zauważał, że Odwołujący zastosował życzeniową wykładnię słów „nazwa” i „typ”. Spekuluje, że Zamawiający nie napisał, iżby chodziło mu o nazwę handlową, z czym wiąże pomocniczy zarzut zmiany sposobu rozumienia zapisów SIWZ po upływie terminu do składania ofert. Niesporne jest, iż Zestawienie materiałów do kosztorysu ofertowego stanowi treść oświadczenia woli wykonawcy. Zgodnie z zapisami art. 65 § 1 k.c., oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zwyczaje ustalone w technice w tym np. w branży oświetleniowej nakazują wskazywanie konkretnych typów urządzeń odnoszących się do istotnych rozróżnień technologicznych oraz cenowych. Typ urządzenia odnosi się do konkretnego rozwiązania, które może być powtarzalne, jednak za każdym razem charakteryzować się będzie identycznymi szczegółowymi cechami technicznymi. Podział zaproponowany przez Odwołującego dotyczy rozróżnienia rodzajów opraw: stojąca, zwieszana, plafoniera, oraz kamery: obrotowa. W tabeli Zestawienie materiałów, pierwotnie występowało pole „Nazwa”. Pismem z dnia 15 kwietnia 2011 r. Zamawiający dodał „typ i producenta”. Zatem nagłówek omawianej tabeli w kolumnie drugiej należałoby czytać: „nazwa, typ, Producent”. Taka notacja z pewnością nie nasuwa już żadnych wątpliwości co do żądanej zawartości omawianej kolumny tabeli. Nazwa wskazuje mniej lub bardziej dokładnie na rodzaj przedmiotu. W tym przypadku nazwa musi co najmniej wskazywać na semantyczną zgodność nazewnictwa oferowanego przedmiotu z kosztorysem

(w tym SIWZ). Typ personalizuje przedmiot szczegółowo, np. Lampa wisząca halogenowa (nazwa) typu IPW 2757, Producent XYZ Sp. z o.o. Wskazanie typu pozwala Zamawiającemu na sprawdzenie, czy oferowane urządzenie odpowiada opisowi technicznemu w dokumentacji projektowej oraz STWiOR. Tymczasem w odniesieniu do omawianych tabel Odwołujący usiłuje na swój wyłączny użytek wyprowadzić inne rozumienie znaczenia językowego słowa „typ”. W treści Zestawienia materiałów Instalacje elektryczne czyni to dosyć konsekwentnie, bowiem nawet w pozycjach, w których znał i podał szczegółowy typ oferowanych urządzeń, stwierdza, że typ jest to lampa wisząca, stojąca, kinkiet itp. Inaczej rzecz ma się w przypadku interpretacji tego samego żądania Zamawiającego w odniesieniu do części zestawienia materiałów do kosztorysu 1.10 Instalacje sanitarne - wieża i kaplica. Tam Odwołujący zastosował rozumienie „typu” takie samo, jak to prezentuje Zamawiający. W piśmie z dnia 19 lipca 2011 roku dotyczącym wyjaśnienia złożonej oferty napisał ad. 1: „*Powinno być: w poz. 1 grzejnik Jaga typ Heat Wave Extra Large, w poz. 2 grzejnik Jaga typ Iguana Aplano (...)*” Zatem zarzuty Odwołującego wobec konsekwencji żądania przez Zamawiającego podania nazwy i typu urządzenia są nietrafne. Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Przystępujący stwierdzał, iż nawet gdyby Krajowa Izba Odwoławcza przyznała rację Odwołującemu, mając na uwadze przepis art. 192 ust 2 ustawy Pzp - nie może odwołania uwzględnić. Oferta Odwołującego podlega odrzuceniu również z innych niż będące przedmiotem sporu przyczyn. W piśmie będącym odpowiedzią XII z dnia 13 kwietnia 2011 r., w punkcie 8, Zamawiający zażądał wyceny kosztów geodezyjnego wytyczenia: aktualizacji granic własności terenu Zamawiającego, nowych obiektów i sieci wraz z inwentaryzacją geodezyjną powykonawczą (dalej zwanych obsługą geodezyjną) w osobnej pozycji kosztorysu ofertowego lub kosztach ogólnych. W ofercie Odwołującego nie zamieszczono osobnej pozycji kosztorysowej odnoszącej się do przedmiotowych czynności. Koszty ogólne wpisane do oferty przez Odwołującego wynoszą 0% /0 zł/, co zostało podane na stronach tytułowych kosztorysów ofertowych. Pismem z dnia 12 lipca 2011 r., Zamawiający poprosił o wskazanie, w której pozycji naliczono koszty obsługi geodezyjnej. W odpowiedzi, pismem z dnia 19 lipca 2011 r., Odwołujący stwierdził, że koszty te ujęto w kosztach ogólnych, które według Odwołującego zostały ujęte proporcjonalnie we wszystkich pozycjach kosztorysu ofertowego. Oświadczenie to, zdaniem Przystępującego, jest z gruntu fałszywe. Koszty obsługi geodezyjnej nie mogły zostać wliczone do kosztów ogólnych, bowiem w tej pozycji Odwołujący wpisał 0 zł. Gdyby było tak, jak to wyjaśnia Odwołujący, oznaczałoby to, że w poszczególnych pozycjach kosztorysowych (rzekomo) ujęto proporcjonalnie koszt obsługi geodezyjnej w kwocie 0 zł. Z kolei dla ujęcia w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego jakiegokolwiek innej czynności niż to wynika ze wskazanego

numeru KNNR koniecznym byłoby wskazanie, że mamy do czynienia z kalkulacją własną. W znakomitej większości pozycji, w których rzekomo proporcjonalnie ujęto omawiane koszty - zapis takowy się nie znajduje. W drugiej kolumnie podano bowiem szczegółowe numery Katalogu Nakładów Rzeczowych. Do tego podano odpowiadające danej pozycji KNR-u, KNNR u - nazwy czynności. Brak wzmianki o umieszczeniu w kosztorysie jakichkolwiek innych kosztów. Gdyby intencją Odwołującego było zamieszczenie w tych pozycjach kosztorysu jakiegokolwiek innej niż faktycznie zamieszczona informacji, powinien był wskazać, iż wyliczenie ceny jest jego kalkulacją własną. Odwrotnie - brak takiego zapisu -całkowicie wyklucza możliwość uznania, iżby w pozycjach tych mogła być dokonana kalkulacja czegokolwiek innego, niż wprost z niej wynika. Reasumując, Przystępujący stwierdzał, że treść oferty Odwołującego nie zawiera żądanej obsługi geodezyjnej, co stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Kalkulację ceny oferty oparto na błędnych podstawach. Nie wzięto bowiem pod uwagę kosztów omawianych usług. Spełniła się zatem także przesłanka art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp - oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Zdaniem Przystępującego należałoby także rozpatrzyć, czy w świetle wyjaśnienia Odwołującego, że niezerowy koszt obsługi geodezyjnej został ujęty w zerowych kosztach ogólnych Zamawiający nie ma podstawy do stwierdzenia, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, z późn zm.). W myśl przywołanego przepisu czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dochodząc do wniosku twierdzącego, bowiem Odwołujący nie oświadczył, że dysponuje nieodpłatną obsługą geodezyjną, należałoby odrzucić ofertę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Przystępującego, należy stwierdzić, że odwołanie musi zostać oddalone jako całkowicie bezzasadne.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest realizacja robót budowlanych na terenie Zespołu

pałacowo-parkowego o powierzchni 12,41ha.

W dniu 29 marca 2011 r. (Pytania i odpowiedzi V) Zamawiający przekazał wykonawcom wyjaśnienie treści SIWZ, w którym w odpowiedzi na pytanie nr 1:

„Projekt i zestawienie materiałów na roboty elektryczne nie określa dokładnych typów i parametrów opraw oświetleniowych. W związku z tym może powstać duża rozbieżność oferentów w doborze typów na własną rękę. Dla ujednoczenia oferty prosimy o podanie przykładowych typów przyjętych opraw przez projektanta”

udzielił następującej odpowiedzi:

„W nawiązaniu do prośby w sprawie podania przykładowych typów przyjętych opraw informujemy, że nie możemy tego wykonać. Przedmiot zamówienia został opisany w dokumentacji projektowej (załączniku do SIWZ) zgodnie z art. 29, 30 i 31 Ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.)”.

W piśmie z dnia 4 kwietnia 2011 r. (Pytania i odpowiedzi VI) w odpowiedzi na pytanie nr 7:

„Czy dane przyjęte przez wykonawcę do kalkulacji ofertowej, które Zamawiający wymaga zgodnie z zapisem w Rozdziale VI punkt A.7) SIWZ jako „załącznik ofertowy” tj:

- wysokość stawki roboczogodziny kosztorysowej,*
 - wysokość wskaźnika kosztów ogólnych,*
 - wysokość stawki zysku,*
 - wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego,*
 - wysokość kosztorysowych cen materiałów budowlanych wraz z kosztami zakupu*
- mogą być przedstawione przez wykonawcę na pierwszych stronach kosztorysów ofertowych (wysokość stawki roboczogodziny kosztorysowej, wysokość wskaźnika kosztów ogólnych, wysokość stawki zysku) oraz jako zestawienia S (cen sprzętu) i M (cen materiałów) do każdego z kosztorysów ofertowych”*

udzielono odpowiedzi:

„Kosztorys ofertowy należy wykonać zgodnie z zapisami SIWZ pkt. A7) oraz zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 roku (z późn. zmianami) w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych. Ponadto w zestawieniu materiałów budowlanych do kosztorysów należy podać Producenta i typ zaproponowanych poszczególnych materiałów budowlanych”.

W wyjaśnieniu treści SIWZ z dnia 13 kwietnia 2011 r. (pytania i odpowiedzi XVI) na pytanie nr 1: *„W nawiązaniu do pisma Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2011r., stanowiącego odpowiedzi na pytania wykonawców (Pytania i odpowiedzi VI), a w szczególności odpowiedzi na pytanie nr 7, w której Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień Rozdziału VI punkt A.7) SIWZ poprzez żądanie wskazania przez wykonawców*

w zestawieniu materiałów budowlanych do kosztorysów ich producenta i typu zaproponowanych poszczególnych materiałów budowlanych wnosimy o przedłużenie terminu składania ofert do 29.04.2011r. Przedłużenie terminu składania ofert o minimum 9 dni będzie równoważyło niezbędny czas do wprowadzenia zmian w treści kosztorysów ofertowych o nowe dane żądane przez Zamawiającego. Jednocześnie prosimy o doprecyzowanie czy podanie producentów i typów ma obejmować wszystkie materiały występujące w zestawieniach łącznie z materiałami takimi jak np. tlen techniczny, deski szalunkowe, kotłki rozporowe, gwoździe, złączki, rury winidurowe itp., czy też dotyczy to materiałów, które będą miały wpływ na efekt wizualny i użytkowy zrealizowanego zadania (...)", Zamawiający, uszczegółowiając odpowiedź na pytanie nr 7 z dokumentu Pytania i odpowiedzi VI, poinformował, iż materiały i urządzenia dla których należy podać typ i producenta to:

I. Pałac

1. Roboty budowlane

- drzwi drewniane, stalowe i szklane
- okna dachowe
- oprawy oświetleniowe
- naświetlacze
- ściany szklane – witryny

2. Instalacja wod-kan.

- baterie umywalkowe, bidetowe, zlewozmywakowe i natryskowe
- umywalki, miski ustępowe, bidety, brodziki, zlewozmywaki
- kabiny prysznicowe
- pompa cyrkulacyjna
- urządzenie przepompowujące ścieki
- rury do rurociągów z tworzyw sztucznych

3. Instalacja hydrantowa p.poż.

- hydranty

4. Instalacja co

- grzejniki
- rury do rurociągów z tworzyw sztucznych
- zawory regulacyjno- pomiarowe

5. Instalacja solarna

- kolektor słoneczny płaski wraz z zestawem przyłączeniowym
- niskociśnieniowy moduł transferu energii solarnej
- pojemnościowy zbiornik bez wężownicy
- pompa podmieszania UPS 25-60 B

- zestaw montażowy dla kolektorów
6. Instalacja wentylacji i klimatyzacji
 - klimatyzatory
 - kurtyna powietrzna
 - nawilżacz z higrostatem
 - wentylatory
 7. Instalacja elektryczna
 - oprawy oświetleniowe
 - samoregulujący przewód grzejny z akcesoriami
 8. Instalacja niskoprądowa
 - centrale : alarmowa, domofonowa, klap dymowych
 - czujki
 - kamera z obiektywem
 - monitor
 - multiplexer z rejestratorem
 - szlaban wjazdowy z wyposażeniem
 9. Wieża – roboty budowlane
 - schody dywanowe
 - zegar wieżowy
 - drzwi aluminiowe
 - kopyły poliwęglanowe
 - okna aluminiowe
 - ścianka aluminiowa kompletna EI-60
 10. Wieża – instalacja elektryczna
oprawy oświetleniowe i projektory
 11. Wieża – instalacje sanitarne
 - grzejniki
 - rury do rurociągów z tworzyw sztucznych

II. Garaż

1. Roboty budowlane
 - winda hydrauliczna towarowo-osobowa - udźwig 1100 kg
 - drzwi i okna
 - brama garażowa segmentowa
2. Instalacja wod-kan wodan solarna
 - baterie umywalkowe, zlewozmywakowe i natryskowe

- umywalki, miski ustępowe, brodziki, zlewozmywaki
 - kabiny prysznicowe
 - rury do rurociągów z tworzyw sztucznych
 - stacja solarna
 - podgrzewacz c.w. B-1000 z grzałką elektryczną
 - pompa - 15-14BUT, N=85W, U=230 V
 - regulator solarny
 - rury do rurociągów z tworzyw sztucznych
 - separator ścieków ropopochodnych
 - hydranty
 - zestaw pompowy Soalr
3. Instalacja elektryczna
- oprawy oświetleniowe
4. Niskie prądy
- centrala klap dymowych
 - kamera z obiektywem
 - czujki
5. Wentylacja
- centrala z automatyką
 - wentylatory
6. Instalacja co
- grzejniki
 - rury do rurociągów z tworzyw sztucznych
 - zawory regulacyjno- pomiarowe
 - licznik energii cieplnej
 - wymiennik ciepła co

III. Sieci uzbrojenia podziemnego

1. Kanalizacja deszczowa i sanitarna
- pompownia ścieków sanitarnych
3. Sieć elektryczna z oświetleniem terenu
- słupy oświetleniowe
 - oprawy oświetleniowe i lampy ogrodowe
 - studnie kablowe
 - rozdzielnice przenośne
4. Sieć niskoprądowa + kamery zewnętrzne

- centrala domofonowi
- kamera z obiektywem
- monitor
- rejestrator
- szlaban wjazdowy z wyposażeniem

IV. Zagospodarowanie terenu

1. Ogrodzenie, ławki, kosze

- kosze na śmieci
- ławki parkowe

5. Boiska sportowe

- nawierzchnia właściwa poliuretanowa dwuwarstwowa
- wyposażenie do koszykówki
- wyposażenie do siatkówki
- wyposażenie do tenisa

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że w związku z tym dokonano sprostowania ogłoszenia oraz modyfikacji SIWZ.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2011 r. Zamawiający przedstawił zakres modyfikacji SIWZ:

„8. pkt. VI, pkt A7) SIWZ

Dodaje się zapis o następującej treści:

Kosztorys ofertowy należy wykonać zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 roku (z późn. zmianami) w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych. Ponadto w zestawieniu materiałów budowlanych do kosztorysów należy podać Producenta i typ zaproponowanych poszczególnych materiałów budowlanych (...),

przy czym powtórzony został zakres określony powyżej.

Odwołujący w swojej ofercie w zakresie oprav oświetleniowych jako typ wskazał w zestawieniu materiałów do Kosztorysu 1.7 – pałac – instalacje elektryczne w pozycjach 50-98 jako typ np. określenia „żyrandol”, „oprawa stojąca”, „kinkiet”, nie podając bliższego określenia ani nazwy handlowej materiału. Wskazał natomiast producenta. Podobnie uczynił w zestawieniu materiałów do Kosztorysu 2.4 Sieć niskoprądowa i monitoring w pozycji 22 w odniesieniu do kamery obrotowej – poprzestał na określeniu kamera obrotowa oraz określił producenta.

Zamawiający w dniu 12 lipca 2011 r. wezwał Odwołującego m.in. do wyjaśnień treści oferty. W pkt 1 wezwania wskazał na niezgodność z wymaganiami Zamawiającego pozycji w zestawieniu materiałów do Kosztorysu 1.10 – Instalacje sanitarne – wieża i kaplica pozycje 1-3 w zakresie zaoferowanych grzejników oraz zwracał się o wyjaśnienie, czy zastosowane grzejniki odpowiadają wymaganiom projektowym. Z kolei w pkt 2 wskazywał, iż w zestawieniu materiałów do Kosztorysu 1.7 – pałac – instalacje elektryczne w pozycjach 50-98 podano producenta, natomiast jako typ podano np. „kinkiet”, „plafoniera”, „oprawa nastropowa”, „żyrandol”. Zamawiający wskazywał, iż każdy z wymienionych producentów produkuje dużą liczbę typów plafonier, gdzie każda posiada określoną nazwę, która bardzo precyzyjnie określa dane techniczne oprawy. W związku z powyższym Zamawiający prosił o podanie szczegółowych typów poszczególnych materiałów. Podobnie w pkt 3 w zakresie zestawienia materiałów do Kosztorysu 2.4 Sieć niskoprądowa i monitoring Zamawiający wskazywał, iż w pozycji 22 podano producenta kamery obrotowej bez podania typu, których firma BOSCH produkuje ponad 20. Brak typu kamery nie pozwala stwierdzić, czy kamera proponowana przez Odwołującego jest zgodna z danymi technicznymi zawartymi w projekcie wykonawczym. Zamawiający prosił zatem o podanie typu ww kamery.

Zamawiający pismem z dnia 18 sierpnia 2011 r. zawiadomił o stwierdzonych omyłkach i ich poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie zestawienia materiałów do kosztorysu 1.10 – Instalacje sanitarne – wieża i kaplica pozycje 1-3, na co Odwołujący pismem z dnia 19 lipca 2011 r. wyraził zgodę.

Odwołujący pismem z dnia 19 lipca 2011 r. udzielił odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, w którym w odniesieniu do pkt 1 wezwania potwierdził, iż omyłkowo wskazał niewłaściwe grzejniki PURMO Santorini zamiast grzejników firmy Jaga typ Heat Wave Extra Large i Iguana Aplano. Stwierdzał, iż żadne inne grzejniki żadnego innego producenta nie spełniają szczegółowo określonych w projekcie wykonawczym wymagań, tym samym nie miał wątpliwości, jakie grzejniki należało ująć w zestawieniu materiałów. Oświadczał, iż nazwy podane przez niego w zestawieniu materiałów do kosztorysu 1.10 – Instalacje sanitarne – wieża i kaplica stanowią omyłkę pisarską, którą niniejszym poprawia, dołączając wykaz materiałów do przedmiotowego pisma. Z kolei w odniesieniu do pkt 2 i 3 wezwania, tj. Kosztorysu 1.7 – pałac – instalacje elektryczne oraz Kosztorysu 2.4 Sieć niskoprądowa i monitoring wskazywał, iż Zamawiający nie sprecyzował pojęcia „typ”. Wskazywał, iż ponieważ Zamawiający opisuje zgodnie z ustawą Pzp przedmiot zamówienia na wykonanie robót budowlanych za pomocą dokumentacji projektowej, gdzie w projekcie wykonawczym bardzo szczegółowo opisał wymagania dotyczące sprzętu i materiałów, Odwołujący wypełniając kosztorysy, był zobligowany do podania typu materiału i urządzenia wskazującego na cechy materiału lub urządzenia odzwierciedlające szczegółowy opis z

projektu tak, by było wiadomo, jaka pozycja z kosztorysu odpowiada opisowi z projektu. Zauważał, iż Zamawiający może zmieniać zapisy SIWZ do chwili otwarcia ofert, zaś późniejsza zmiana jest niedopuszczalna. Doprecyzowanie pojęcia „typ” na „typ szczegółowy” jest zmianą SIWZ dokonaną przez Zamawiającego po otwarciu ofert, a więc podanie szczegółowych typów poszczególnych materiałów jest nieuzasadnione, gdyż nie wynika z wymagań Zamawiającego podanych na etapie przygotowania oferty. Dlatego też Odwołujący podtrzymał treść złożonych kosztorysów w zestawieniu materiałowym w pozycjach od 50 do 98 Kosztorys 1.7 – pałac – instalacje elektryczne oraz w pozycji 22 Kosztorysu 2.4 Sieć niskoprądowa i zapewniał, że materiały i urządzenia podane w kosztorysie odpowiadają w całości wymaganiom Zamawiającego, a oferta złożona przez Odwołującego w przetargu jest tożsama z SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 22 sierpnia 2011 r. powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując, iż Odwołujący odmówił podania typów poszczególnych elementów instalacji oświetleniowej oraz kamery obrotowej. Wykonawca nie wykonał wezwania w tym zakresie, podtrzymując treść złożonych kosztorysów. Zdaniem Zamawiającego, podanie, iż dany element stanowi „plafonierę”, „żyrandol” itp. nie wypełnia wymagań SIWZ odnośnie podania typu. Nie pozwala bowiem na zweryfikowanie zgodności danego elementu z projektem w sytuacji, gdy dany producent oferuje kilka-kilkanaście typów np. plafonier. Orzecznictwo KIO jednoznacznie uznaje za dopuszczalne żądanie przez Zamawiającego podania dokładnego typu danego urządzenia, wskazując, że *„Zamawiający nie ma prawa narzucać wykonawcom podania w ofercie określonego typu maszyny czy urządzenia oraz producenta, ale może żądać zamieszczenia tych danych w ofercie wykonawcy. Jest to praktyka stosowana i umożliwia wykonawcy podanie dowolnej maszyny, urządzenia i producenta, zgodnej jednak z wymaganiami SIWZ”* (wyrok z dnia 1 czerwca 2011 r., KIO/UZP 1071/11). W orzecznictwie wskazuje się też, że *Wymagane podanie: typu/modelu maszyn i urządzeń, nazw producenta, z punktu widzenia przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., pozwalających na odrzucenie oferty w przypadku gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ stanowi w tym znaczeniu treść oferty* (wyrok KIO z dnia 1 maja 2011 r., KIO/UZP 934/11). Oznacza to, że brak podania typów elementów oświetlenia oraz kamery obrotowej, mimo wezwania do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie, powoduje niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. W konsekwencji oferta Odwołującego zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny, Izba zważyła co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie posiada braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis.

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył najtańszą ofertę (jedyne kryterium - cena), która została przez Zamawiającego odrzucona. Ma on zatem możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, której to możliwości na skutek podnoszonych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego „CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A., ul. Pułaskiego 25, 42 - 200 Częstochowa – Przystępującego z uwagi na spełnienie przez tegoż wykonawcę przewidzianych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp warunków przystąpienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, SIWZ wraz z modyfikacjami, odpowiedzi na pytania z dnia 29 marca 2011 r. (Pytania i odpowiedzi V) , 4 kwietnia 2011 r. (Pytania i odpowiedzi VI), 13 kwietnia 2011 r. (Pytania i odpowiedzi XVI), pismo Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2011 r. zawierające modyfikację SIWZ nr II w odniesieniu do części VI SIWZ pkt A.7, oferty złożone w postępowaniu, w tym ofertę Odwołującego i Przystępującego, wezwanie do wyjaśnień z dnia 12 lipca 2011 r., wyjaśnienia z dnia 19 lipca 2011 r., zawiadomienie o stwierdzonych omyłkach z dnia 18 lipca 2011 r., pismo Odwołującego z dnia 19 lipca 2011 r. wyrażające zgodę na poprawienie omyłek, odwołanie, przystąpienie, pismo Przystępującego wniesione 13 września 2011 r., fragmenty dokumentacji projektowej – OT/29/EN Opis techniczny Instalacje niskoprądowe Zagospodarowanie terenu oraz projekt wykonawczy branża elektryczna A. Część opisowa, przykładowe katalogi opraw oświetleniowych firmy Philips, przykładową kartę katalogową - instrukcję obsługi urządzenia (listwy wibracyjnej z silnikiem elektrycznym – model Zeus) przedłożone na potwierdzenie branżowego rozumienia pojęcia typu, wydruk ze strony internetowej na temat stosowanego rozróżnienia rodzajów lamp, fragmenty oferty ES System ze wskazaniem typów opraw oświetleniowych.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazane w odwołaniu.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Bezspornym między stronami było, iż Zamawiający poprzez modyfikację

SIWZ w zakresie części VI pkt A.7 zobowiązał wykonawców do podania w zestawieniu materiałów składanym wraz z kosztorysem informacji dotyczących typu i producenta oferowanych materiałów. Zakres modyfikacji SIWZ wynikał jednoznacznie z treści pkt 8 pisma z dnia 15 kwietnia 2011 r. Obowiązek powyższy dotyczył m.in. podania typu i producenta opraw oświetleniowych w ramach zestawienia materiałów do Kosztorysu 1.7 – pałac – instalacje elektryczne oraz kamery obrotowej w zestawieniu materiałów do Kosztorysu 2.4 Sieć niskoprądowa i monitoring. Spornym natomiast jest dopuszczalny sposób rozumienia pojęcia „typ” w odniesieniu do opraw oświetleniowych oraz kamery obrotowej. Zdaniem Odwołującego brak definicji tego pojęcia w SIWZ, jak również jego wieloznaczności obejmująca zarówno interpretację szeroką (rodzaj), jak i wąską, bardziej szczegółową (model, nazwa handlowa, numer katalogowy), pozwalała Odwołującemu dokonać opisu w taki sposób, w jaki uczynił to w swojej ofercie. Ponadto podnosił, iż nie proponował Zamawiającemu rozwiązania równoważnego, stąd nie musiał wykazywać, iż rozwiązania równoważne spełniają wymagania Zamawiającego. Tym samym argumentacja Zamawiającego o braku możliwości zweryfikowania zgodności danego materiału z projektem jest niezasadna, ponieważ oferuje on dokładnie to, czego oczekuje Zamawiający, nie posiłkując się rozwiązaniem równoważnym. Nie może być zatem mowy o niezgodności oferty z treścią SIWZ, skoro Odwołujący zaoferował w kosztorysie właściwy materiał, czego Zamawiający nie kwestionuje oraz skoro w zestawieniu materiałów określił typ oferowanych materiałów i urządzeń. Na rozprawie argumentował nadto, iż w przypadku jego opraw oświetleniowych niezbędne byłoby podanie numerów katalogowych, a te niekoniecznie pozwoliłyby Zamawiającemu na ustalenie konkretnego oferowanego materiału i/lub urządzenia. Wskazywał, iż podane materiały i urządzenia mogą bowiem nie być zawarte w oficjalnych katalogach. Na dowód powyższego wskazywał na przedłożony przez Przystępującego fragment oferty opraw oświetleniowych ES System, gdzie podano modele, które nie występują w dostępnym oficjalnym katalogu. Tym samym kwestionował faktyczną możliwość weryfikacji tak zaoferowanego materiału/urządzenia z parametrami wymaganymi w SIWZ (także wobec oferty Przystępującego), co Zamawiający podawał jako uzasadnienie odrzucenia jego oferty.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż powyższy wymóg konstytuuje merytoryczną treść oferty, odnosząc się do sposobu wykonania przez oferenta zamówienia. Oferta podlega zatem w tym zakresie ocenie z punktu widzenia jej zgodności z SIWZ i sankcji przewidzianej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyby ustalone zostało, iż powyższy wymóg nie został spełniony. Tym samym istotny jest nie tylko fakt, czy zaproponowany materiał /urządzenie spełnia parametry techniczne określone w SIWZ, ale także czy wykonawca zrealizował obowiązek zawarcia w ofercie określonych informacji (tu: typu i producenta

materiału/urządzenia) tak, jak tego wymagano w SIWZ.

Jak wskazano powyżej osią sporu pomiędzy stronami była wykładnia pojęcia „typ”, którym posłużył się Zamawiający. Według Odwołującego przyjęcie, iż obowiązek podania typu oznaczał podanie nazwy handlowej, numeru katalogowego czy typu szczegółowego, nie wynika z definicji językowej tego pojęcia, a Zamawiający nie zdefiniował powyższego określenia w SIWZ. Stąd Odwołujący nie był zobowiązany do zachowania określonego poziomu szczegółowości wskazania typu materiału, jako że poziom ten nie został opisany. Zdaniem Izby powyższe rozumowanie nie jest zasadne. Zamawiający wymagał dla określonej kategorii materiałów podania ich typu i producenta, zaś aby zapewnić sobie uzyskanie takich informacji odpowiednio zmodyfikował postanowienia SIWZ. W ocenie Izby zestawienie tych dwóch kategorii informacji pozwalało profesjonalnemu uczestnikowi obrotu jednoznacznie na ustalenie, iż dla realizacji powyższego postanowienia niezbędne jest przedstawienie danego produktu w taki sposób, aby był identyfikowalny dla Zamawiającego. Tym samym w przedmiotowym przypadku pojęcia „typu” nie sposób było wyklądać inaczej niż poprzez obowiązek wskazania oferowanego modelu, tj. skonkretyzowanie w zestawieniu materiałów przedmiotu oferty. Podobnie cel takiego żądania dla profesjonalisty nie powinien budzić wątpliwości. W oparciu o powyżej przedstawione informacje Zamawiający miał możliwość identyfikacji materiału/urządzenia oraz oceny zgodności zaoferowanego materiału/urządzenia ze szczegółowo określonymi w projekcie wykonawczym parametrami technicznymi, porównując cechy materiału/urządzenia zaoferowanego oraz wymagania projektu. Jak wyjaśniał, było to dla niego istotne z uwagi na wymogi związane z zabytkowym charakterem obiektu i podleganiu ochronie konserwatorskiej. To, w jaki sposób wykonawca uczyni zadość powyższemu żądaniu, należało do samego wykonawcy. Izba nie uznała za przekonującą argumentacji Odwołującego, iż wybrane przez niego oprawy oświetleniowe wymagały wskazania numerów katalogowych, co mogłoby nie być dla Zamawiającego czytelne. Swego twierdzenia w żaden sposób nie udowodnił, a i w postępowaniu odwoławczym nie wskazywał, co było faktycznym przedmiotem jego oferty. Warto zauważyć, iż nie jest troską wykonawcy, w jaki sposób Zamawiający zrealizuje swój cel weryfikacji zaproponowanego materiału/urządzenia z parametrami technicznymi, o ile podane informacje pozwalają na jego zidentyfikowanie. W razie ewentualnych trudności z pozyskaniem właściwych informacji Zamawiający może skorzystać z procedury art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i zwrócić się o wyjaśnienie treści oferty. Niewątpliwie podanie numeru katalogowego realizuje obowiązek określenia typu, jako że jednoznacznie wskazuje na oferowany przedmiot.

Ponadto należy zwrócić uwagę, iż sam Odwołujący w znaczącej części własnej oferty podlegającej tak samo sformułowanemu obowiązkowi podania typu i producenta - pojęcie

„typ” rozumiał jako model. Świadczy o tym choćby przykład objęty żądaniem wyjaśnień z dnia 12 lipca 2011 r. w pkt Ad. 1 – Kosztorys 1.10 instalacja sanitarna – wieża i kaplica poz. 1-3 zestawienia materiałów, gdzie Odwołujący zarówno w treści oferty podał dokładny model oferowanego materiału (grzejników), jak i w odpowiedzi na żądanie wyjaśnień także wskazał szczegółową charakterystykę materiału („*Powinno być: w poz. 1 grzejnik Jaga typ Heat Wave Extra Large, w poz. 2 grzejnik Jaga typ Iguana Aplano (...)*”). Tym samym niezasadnym jest stwierdzenie, iż pomimo tożsamego brzmienia postanowienia SIWZ, różne kategorie materiałów miałyby być objęte odmiennymi zasadami co do rozumienia wymogu Zamawiającego. Izba nie uznała za przekonującą argumentacji, iż uszczegółowienie typu materiału było niejako przejawem dobrej woli Odwołującego, a nie emanacją obowiązku wynikającego z postanowień SIWZ. Powyższe oznacza, iż Odwołujący w części swojej oferty zastosował się do sposobu rozumienia pojęcia „typu”, który obecnie kontestuje, a zatem pojęcie to postrzegał jako tożsame z pojęciem model czy koniecznością wskazania nazwy handlowej produktu.

Dowodem na prawidłowość oferty Odwołującego w zakresie sposobu opisu oferowanych opraw oświetleniowych w pałacu nie może być również okoliczność, że Zamawiający nie zakwestionował analogicznego opisu w zakresie opraw oświetleniowych w wieży czy garażu, które również były objęte obowiązkiem wskazania typu i producenta. W opinii Izby nieścisłości, braki czy niekonsekwencja w sposobie prowadzenia badania i oceny ofert nie może prowadzić do wniosku, iż nie jest możliwe uznanie oferty za niezgodną z treścią SIWZ. Taka interpretacja jest nieuprawniona, skoro przeczy temu literalne brzmienie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego. Ponadto przesłanka niezgodności treści oferty z treścią SIWZ ma charakter zobiektywizowany, toteż powyższy brak konsekwencji Zamawiającego nie może być uznany za przesądzający dla uznania, iż nie miała ona miejsca.

Tym samym, zdaniem Izby, stwierdzić należy, iż podanie przez Odwołującego jako typu w zakresie opraw oświetleniowych w pozycjach 50-98 zestawienia materiałów do Kosztorysu 1.7 – pałac – instalacje elektryczne jako typ określonych jak np. „kinkiet”, „żyrandol”, „oprawa do zagłębienia w podłożu”, „oprawa biurkowa”, „oprawa stojąca”, „plafoniera”, „oprawa zwieszana”, „oprawa świetlówkowa”, „oprawa nastropowa”, „oprawa do montażu w stropach podwieszanych” nie wypełnia, zdaniem Izby, wymogu postawionego w SIWZ. Podobnie wskazanie w zestawieniu materiałów do Kosztorysu 2.4 Sieć niskoprądowa i monitoring w pozycji 22 określenia „kamera obrotowa”. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż do takich pojęć (większości z nich) odwołuje się dokumentacja projektowa – projekt wykonawczy, a zatem nie sposób uznać, iż Zamawiający, dokonując modyfikacji SIWZ, oczekiwał podania tych samych danych, jakie już wynikają z dokumentacji projektowej. W

istocie stanowią one element wymagań Zamawiającego poprzez wskazanie żadanego rodzaju oświetlenia czy kamery. Odwołujący, powielając w zestawieniu materiałów powyższe określenia, nie wypełnił zatem w sposób prawidłowy dyspozycji wynikającej z SIWZ przewidującej podanie typu oprawy oświetleniowej (np. typu oferowanej plafonierzy czy kinkietu) czy też typu kamery obrotowej. Nie sposób zatem uznać zasadność argumentacji podnoszonej w odwołaniu oraz wyjaśnieniach z dnia 19 lipca 2011 r., iż wypełniając kosztorysy był zobligowany do podania typu materiału i urządzenia wskazującego na cechy materiału lub urządzenia odzwierciedlające szczegółowy opis z projektu tak, aby było wiadomo, jaka pozycja z kosztorysu odpowiada opisowi z projektu. Równocześnie jednak w treści odwołania wskazywał, iż typ żądany w zestawieniu materiałów miał identyfikować materiał, którego szczegółowe parametry określa dokumentacja wykonawcza. Powyższa interpretacja, z której wysnuć można wniosek, iż wskazanie w zestawieniu materiałów typu polegać mogło na powtórzeniu określeń zawartych w dokumentacji projektowej czy kosztorysie, nie może się ostać. W takiej sytuacji całkowicie zbędne i pozbawione oparcia logicznego byłoby żądanie wskazania producenta, skoro wiadomym jest, iż w ofercie poszczególnych producentów znajduje się wiele materiałów/urządzeń, które spełniałyby tak zinterpretowane pojęcie typu, przy czym niekoniecznie wszystkie odpowiadają wymogom projektowym. To Zamawiający sporządza SIWZ, uwzględniając własne potrzeby, zaś z punktu widzenia Zamawiającego zestawienie materiałów, które powtarza jedynie dane z dokumentacji projektowej czy kosztorysu uzupełnione o wskazanie producenta bez możliwości zidentyfikowania zaoferowanego materiału, należałoby uznać za zbędne. Szczególnie widoczne jest to w odniesieniu do kamery obrotowej, gdzie przedmiotem oferty miała być kamera obrotowa, a nie żadna inna, toteż nie sposób argumentować, iż obowiązek podania typu oznacza wskazanie określenia „kamera obrotowa”. W tym zakresie uznać zatem należy, iż Odwołujący nie podał typu urządzenia w ogóle.

Odwołujący wskazywał, iż uwzględnił odpowiedź Zamawiającego na pytanie z dnia 29 marca 2011 r. (Pytania i odpowiedzi V): *„W nawiązaniu do prośby w sprawie podania przykładowych typów przyjętych opraw informujemy, że nie możemy tego wykonać. Przedmiot zamówienia został opisany w dokumentacji projektowej (załączniku do SIWZ) zgodnie z art. 29, 30 i 31 Ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.)”*. Odwołujący nie sprecyzował jednak jednoznacznie, w jaki sposób powyższą odpowiedź w treści oferty uwzględnił. W ocenie Izby z powyższej odpowiedzi wynika, iż Zamawiający odmówił podania przykładowych typów opraw rozumianych jako skonkretyzowane typy, jako że dokumentacja projektowa posługiwała się parametrami technicznymi. Powyższa odpowiedź (a także i pytanie) potwierdza zatem, zdaniem Izby, wniosek przeciwny niż wywodzony przez Odwołującego, a mianowicie, iż

pojęcie typu należało utożsamiać ze typem skonkretyzowanym. Inna interpretacja nie znajduje racjonalnego uzasadnienia, jako że brak celu dla którego wykonawcy mieliby oczekiwać od Zamawiającego informacji, które były dostępne w dokumentacji projektowej.

Należy również wskazać, iż Odwołujący zaniechał skorzystania z możliwości sanowania tej niezgodności treści oferty. Z sanowania niezgodności oferty skorzystał natomiast w odniesieniu do zaoferowanych w zestawieniu materiałów do Kosztorysu 1.10 – instalacje sanitarne – wieża i kaplica grzejników stalowych łazienkowych drabinkowych PURMO Santorini, które Zamawiający uznał za niespełniające wymogów projektowych, co stało się podstawą do dokonania poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, na co wyraził zgodę. W treści wyjaśnień odmówił uszczegółowienia wskazanych przez Zamawiającego informacji, podtrzymał dotychczasową brzmienie oferty, nie odwoływał się też do omyłkowego charakteru treści swojej oferty w tym zakresie (jak to uczynił w odniesieniu do ww grzejników), lecz argumentował, iż, jego zdaniem, sposób sformułowania treści oferty stanowi wystarczającą realizację postanowień SIWZ. Był to zatem element świadomego oświadczenia woli wykonawcy, która to okoliczność *per se* wyłącza możliwość zastosowania w tym zakresie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto sam Odwołujący w treści odwołania nie podnosił argumentacji, iż Zamawiający, pomimo treści wyjaśnień, winien był zastosować procedurę poprawienia tzw. innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie argumentacji dotyczącej nieprzedstawienia przez Odwołującego rozwiązania równoważnego należy zauważyć, iż konieczność podania konkretnego modelu materiału/urządzenia (doprecyzowania treści oferty poza obowiązek podania parametrów technicznych), nie jest ograniczona wyłącznie do przypadku oferowania rozwiązań równoważnych, lecz może wynikać, tak jak w niniejszej sprawie, z obowiązku wynikającego z SIWZ w tym zakresie. W takiej sytuacji ograniczenie treści oferty do informacji zbyt ogólnej dla ustalenia rzeczywistego przedmiotu świadczenia (tożsame z niepodaniem wymaganego typu materiału/urządzenia), choćby towarzyszyło mu oświadczenie potwierdzające zaoferowanie wymaganych parametrów technicznych, nie stanowi o prawidłowej realizacji dyspozycji SIWZ. Treść oferty nie jest wówczas zgodna z treścią SIWZ. Należy bowiem podkreślić, iż Zamawiający wprawdzie co do zasady nie może narzucać wykonawcom określonego materiału, urządzenia czy producenta, lecz ma prawo żądania zamieszczenia w ofercie danych dotyczących oferowanego typu materiału/urządzenia oraz wskazania jego producenta. Podobny pogląd został wyrażony w przywoływanym przez Zamawiającego wyroku KIO z dnia 1 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1071/11: *„Bezspornie zamawiający nie ma prawa narzucać wykonawcom podania w ofercie określonego typu maszyny czy urządzenia oraz producenta, i takiego wymagania naruszającego przepisy ustawy Prawo*

zamówień publicznych zamawiający nie przedstawił, ale może żądać zamieszczenia tych danych w ofercie wykonawcy. Jest to praktyka stosowana i umożliwia wykonawcy podanie dowolnej maszyny, urządzenia i producenta, zgodnej jednak z wymaganiami SIWZ'.

Uwzględniając powyższe, Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które przemawiałyby za naruszeniem przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert w odniesieniu do oferty Odwołującego. Odwołujący podnosił także, iż jego oferta podlegała surowszemu badaniu i ocenie niż inne oferty, jednak na tę okoliczność nie przedstawił żadnego dowodu, zaś analiza dokumentacji przetargowej przeczy tezie, aby Zamawiający stosował wobec oferty Odwołującego bardziej rygorystyczne zasady niż wobec innych ofert. Ponadto Zamawiający wskazywał, iż część oferentów nie wyraziła zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie wniosła wadium na przedłużony okres związania ofertą (potwierdza to treść zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty), co stanowiło samodzielną przesłankę ich wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zatem oferty przez nich złożone nie podlegały już badaniu i ocenie na takich samych zasadach jak oferty ważne i wiążące.

Izba pozostawiła natomiast bez rozpoznania nowe okoliczności zgłoszone w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, a mianowicie wskazujące na dodatkowe, nie wskazane przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, podstawy faktyczne i prawne, które w ocenie Przystępującego uzasadniały odrzucenie oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Przystąpienie dotyczy zatem przyłączenia się do postępowania wszczętego wniesieniem konkretnego odwołania zawierającego określone zarzuty i żądania dotyczące czynności lub zaniechania zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać o zarzutach nie zawartych w odwołaniu. Ponadto na podstawie art. 185 ust. 3 ustawy Pzp czynności uczestnika postępowania nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp przez uczestnika, który przystąpił po stronie zamawiającego. Wprawdzie obecnie obowiązująca ustawa Pzp nie powtarza w zakresie przystąpienia do postępowania odwoławczego regulacji zawartej poprzednio w art. 181 ust. 5 ustawy Pzp, a mianowicie, że zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania toczącego się

w wyniku wniesienia protestu wskazuje się swój interes prawny w przystąpieniu i określa swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście, jednak w opinii Izby nie oznacza to wprowadzenia merytorycznej zmiany w charakterze samego przystąpienia jako immanentnie związanego z danym odwołaniem. Celem instytucji przystąpienia pozostaje nadal uzyskanie rozstrzygnięcia postępowania wywołanego określonym odwołaniem na korzyść strony, do której się przystępuje poprzez odpowiednio poparcie lub opozycję w stosunku do zarzutów zawartych w odwołaniu (zależnie od strony, do której uczestnik przystąpił). Nie jest zatem celem przystąpienia zgłaszanie nowych zarzutów, lecz odniesienie się do zarzutów podniesionych w odwołaniu. Ponadto należy zwrócić uwagę, że za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wskazuje on na istnienie okoliczności, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu wskazanie innych okoliczności jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. KIO/UZP 935/09). Uzasadniając akcesoryjny wobec postępowania odwoławczego charakter przystąpienia warto także wskazać, że dopuszczenie podnoszenia w przystąpieniu nowych zarzutów zwalczających ofertę Odwołującego oznaczałoby ograniczenie uprawnień wykonawcy wnoszącego odwołanie i ponoszącego jego koszty. Wykonawca w odwołaniu odnosi się bowiem tylko do tych okoliczności, które zostały dokonane lub zaniechane przez Zamawiającego, a nie takich, które hipotetycznie powinny być mieć miejsce, i pod tym kątem ocenia swoje potencjalne szanse w postępowaniu odwoławczym. Przyznanie prawa do podnoszenia nowych zarzutów zwalczających ofertę Odwołującego, które nie były mu znane na etapie poprzedzającym odwołanie oznaczałoby także przerzucenie na Odwołującego kosztów i ryzyka niezgodnych z ustawą Pzp czynności lub zaniechań Zamawiającego. Ponadto przyjęcie poglądu, iż dopuszczalne jest zgłaszanie nowych zarzutów w przystąpieniu oznaczałoby obejście przepisów ustawy Pzp dotyczących terminów na wniesienie odwołania, które mają charakter terminów zawitych, a więc takich, których upływ powoduje wygaśnięcie prawa. Należy zatem uznać, że w przypadku stwierdzenia dodatkowych okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego, które nie były przedmiotem zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego, Przystępujący mógł rozważyć wniesienie własnego odwołania, z którego to uprawnienia jednakże nie skorzystał.

Izba uznała zatem, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w

sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 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), uwzględniając poniesione przez Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł wynikające z przedłożonej do akt sprawy faktury.

Przewodniczący: