

Sygn. akt: KIO/UZP 842 /09

WYROK
z dnia 20 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm: **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., Elektro-Spark Sp. z o.o. 50-513 Wrocław, ul. Gazowa 26A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Wydminy, 11-510 Wydminy, ul. Grunwaldzka 74** protestu z dnia 9 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., Elektro-Spark Sp. z o.o. 50-513 Wrocław ul. Gazowa 26A i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., Elektro-Spark Sp. z o.o. 50-513 Wrocław ul. Gazowa 26A,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., Elektro-Spark Sp. z o.o. 50-513 Wrocław ul. Gazowa 26A** na rzecz **Gmina Wydminy, 11-510 Wydminy, ul. Grunwaldzka 74** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm Thorn Lighting Polska Sp. z o.o. i Elektro-Spark Sp. z o.o. 50-513 Wrocław ul. Gazowa 26A.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Wydminy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Zaprojektowanie i wykonanie oświetlenia drogowego wraz z dobudowaniami oraz iluminacjami wybranych obiektów na terenie Gminy Wydminy spłacane z oszczędności w zużyciu energii”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 lutego 2009 r., nr 1, poz. 25970.

W dniu 8 czerwca 2009 r. zamawiający poinformował Konsorcjum Thorn Lighting Polska Sp. z o.o. i Elektro-Spark Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu o odrzuceniu złożonej przez Konsorcjum oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści siwz oraz oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Konsorcjum Thorn Lighting Polska Sp. z o.o. i Elektro-Spark Sp. z o.o. wniosło protest na czynność odrzucenia oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, art. 29 ust. 3 Pzp, art. 25 ust 1 pkt 2 Pzp, art. 87 ust 1a Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp, art. 92 ust. 1 Pzp. Wykonawca wniosł o uznanie złożonej oferty za ważną oraz w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku - o unieważnienie postępowania, gdyż wobec naruszeń przepisów Pzp nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu odwołujący podniósł, co następuje:

1) Zamawiający zobowiązany jest oceniać treść oferty, a nie formę. W dniu 2 czerwca 2009 r. zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia harmonogramu spłat, danych dot. rozsyłu światła zaoferowanych opraw w formacie opisanym w siwz oraz próbek opraw. Odwołujący wyjaśnił, że w toku postępowania (w dniu 26 maja 2009 r.) zamawiający dokonał modyfikacji siwz w zakresie sposobu liczenia harmonogramu, w terminie krótszym niż 6 dni przed terminem składania ofert, co uniemożliwiło odwołującemu zadanie pytań, zgodnie z art. 38 ust 1 Pzp, przez co utrudnił konkurencję i naruszył art. 7 ust 1 Pzp. Zdaniem odwołującego złożona oferta zawiera cenę obliczoną zgodnie z siwz. W rozdziale 12 siwz zamawiający opisał kryterium oceny ofert – jako 100% cena, przy czym nie wskazano, że harmonogram spłat stanowi element ceny lub jest to dokument podlegający ocenie w toku badania ofert. W rozdziale 4.4.6 siwz opisano jedynie sposób pozyskania środków na inwestycję, sposób zapłaty za wykonany przedmiot zamówienia. W rozdziale 4.4.7 zawarto zastrzeżenie odnośnie możliwości zmiany harmonogramu. Harmonogram spłat jest zatem dokumentem wyłącznie informacyjnym, obrazującym sposób spłaty inwestycji, nie wpływającym na cenę oferty. Tym samym podlega on uzupełnieniu lub poprawkom błędów zgodnie z art. 26 ust 3 Pzp i art. 87 ust. 1, 2 lub 3 Pzp. Odwołujący wskazał, że wg poprawionego harmonogramu, odsetki całkowite złożonej oferty wynoszą 524 501,68 zł, a łączna cena oferty odwołującego wynosi 1 408 590,68 zł i nie zachodzi przesłanka do dokonywania jakichkolwiek poprawek rachunkowych w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, gdyż cena została prawidłowo obliczona.

2) Zamawiający w pkt 4.4.3 siwz zalecił, aby projekt równoważny był wykonany przez osobę posiadającą uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w zakresie wykonywania projektów sieci, co nie oznacza, że ma ona obowiązkowo podpisać projekt. Zalecenie powyższe nie może być brane pod uwagę przy ocenie oferty. Ponadto we wniosku o dopuszczenie do przetargu zostały złożone kopie uprawnień osób wykonujących przedmiot zamówienia, w tym uprawnienia do wykonywania projektów sieci, które zostały uznane przez zamawiającego.

3) W dniu 5 czerwca 2009 r. składając uzupełnienie dokumentów odwołujący podał nazwę programu, źródło bazy danych oraz załączył w formacie pdf. Zamawiający żądał w pkt 4.4.5

albo formy elektronicznej albo wydruku danych, pozostawiając wybór wykonawcom. Odwołujący załączył wydruki zgodnie z wymogiem siwz. Stwierdził, że podstawienie danych z tych wydruków do wzorów i sprawdzenie wyniku nie jest niemożliwe. W rozdziale 4.4.4 siwz zamawiający wymagał jedynie, aby oprawy miały możliwość policzenia programem komputerowym i oprawy Jet taką możliwość mają.

4) W opisie ofert równoważnych zamawiający nie wymagał sporządzenia zestawienia położenia źródła światła lub położenia odbłyśnika. Nie ma takiego zestawienia w projekcie zamawiającego dlatego odwołujący nie sporządzał takiego dokumentu. W wyjaśnieniach z dnia 4 czerwca 2009 r. odwołujący wskazał, że sposób regulacji rozsyłu światła opraw Jet jest zupełnie inny jak w oprawach SL 100 i nie da się tych systemów porównać wprost. Zamawiający natomiast w opisie 4.4.4 siwz nie wymagał, aby oprawy równoważne posiadały system regulacji rozsyłu światła. Brak takiego zestawienia nie może zatem być podstawą odrzucenia oferty.

5) Zgodnie z opisem w rozdziale 4.4.4 siwz dopuszczono oprawy wyposażone w klosz odporny na promieniowanie UV wykonany z poliwęglanu (PC) o IK 08 dla mocy 50 W, a dla mocy 100 W PPMA lub szyby hartowanej o IK 04 bądź równoważne. Odwołujący zaoferował klosz z PC o IK = 08 (czyli wyższy jak 04) odporny na promieniowanie UV, czyli lepszy niż wymagany, co spełnia kryterium równoważności.

6) Zamawiający w rozdziale 4.4.4 wymagał, aby oprawa miała panel osprzętu demontowany bez użycia narzędzi i taki panel ma zaoferowana oprawa Jet. Zamawiający nie udowodnił, że panel tej oprawy jest mocowany w sposób uniemożliwiający demontaż bez użycia narzędzi.

7) Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty łącznie z odrzuceniem oferty odwołującego, czym naruszył przepis art. 92 ust. 1 Pzp.

Zamawiający oddalił protest jako bezzasadny. Odpowiadając na podniesione zarzuty stwierdził, co następuje:

- Błąd w sposobie przygotowania harmonogramu spłat nie jest uchybieniem dotyczącym formy oferty lecz jej treści. Modyfikacja specyfikacji w zakresie przygotowania harmonogramu, poprzez dodanie słowa "rocznie", nastąpiła w dniu 26 maja 2009 r. natomiast termin składania ofert był wyznaczony na 1 czerwca 2009 r. Jest to okres zgodny z przepisem art. 38 ust. 1 Pzp i zarazem wystarczający, co nie stanowi naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Cena ofertowa została zdefiniowana w rozdziale 11 specyfikacji. Składa się ona z ryczałtowej ceny za roboty budowlane oraz ceny kosztorysowej za korzystanie z kapitału realizowanej poprzez wykup wierzytelności przez bank. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane połączone z rozłożeniem płatności za nie, poprzez umowę wykupu wierzytelności przez bank, co jednoznacznie wynika

z siwz (pkt. 4.4.6). Zamawiający dokonuje oceny ceny ofertowej obejmującej wszystkie elementy przedmiotu zamówienia. Formularz cenowy oferty odwołującego nie pozostawia żadnych wątpliwości. Harmonogram spłat jest to kosztorysowa cena usługi finansowania, jaką ma wynegocjować wykonawca z bankiem. Wynagrodzenie za tę usługę może ulec zmianie. Jediną niezmienną przez okres obowiązywania umowy jest marża. Zatem nie jest to "dokument jedynie informacyjny". Jest to kalkulacja usługi finansowania i za jej wynegocjowanie z bankiem odpowiedzialny jest wykonawca. Cena jaką zamawiający ma zapłacić za wykup wierzytelności, rozłożony w czasie, bezspornie wpływa na cenę całego przedmiotu zamówienia.

- Przepis art. 92 ust. 1 Pzp nie stanowi obowiązku dokonania równoczesnego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia ofert.
- W zakresie autoryzacji zmian w projekcie budowlanym posiadanym przez zamawiającego, uprawnione są tylko osoby spełniające kryteria określone przez Prawo budowlane. Zgodnie z art.12, art. 17, art. 18, oraz w szczególności art. 20 ust. 4 Prawa budowlanego, projektant ... do projektu budowlanego dołącza oświadczenie o sporządzeniu projektu budowlanego, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. Osoby wykazane natomiast we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mają uczestniczyć w przyszłym procesie budowlanym. Brak stosownego oświadczenia lub chociażby samej autoryzacji jest istotną wadą projektu równoważnego, której wykonawca na wezwanie nie usunął.
- W zakresie sposobu zaprezentowania danych fotometrycznych opraw "równoważnych" zamawiający wskazał, że format pdf. nie jest obsługiwany jako baza danych w programie Relux. Takim formatem jest ldt. Nie podając ustawienia źródła światła oraz odbłyśnika wykonawca skutecznie uniemożliwił weryfikację równoważności. Oprawy użyte w projekcie zamawiającego są innej konstrukcji i nie wymagają podawania tych parametrów, ponieważ ustawione są na stałe w jednej pozycji i nie podlegają regulacji. Oprawy zaoferowane podlegają regulacji i te dane powinny być podane, czego odwołujący na wezwanie nie uczynił. Oddzielny dokument z zestawieniem ustawień nie był wymagany i wystarczający byłby parametr podawany przez program Relux na karcie podsumowania obliczeń w sposób automatyczny i do podania takiego parametru wzywał zamawiający.
- Nie jest prawdą, że zamawiający dopuścił w siwz klosz oprawy odporny na promieniowanie UV wykonany z poliwęglanu dla mocy 50 W. Zgodnie z pkt 4.4.4 ppkt e zamawiający wymagał jednoznacznie kloszy opraw o mocy 50 W, 70 W oraz 100 W wykonanych ze szkła lub PMMA. Powodem odrzucenia oferty było to m.in., że zaproponowane klosze są z innego materiału niż to wymagała specyfikacja.

- Zamawiający wymagał mocowania panelu osprzętu za pomocą np. elastycznych zatrzasków, a nie śrub jak to zaproponował odwołujący.

Konsorcjum wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, podtrzymując żądania zawarte w proteście. Odwołujący podniósł zarzuty w zakresie naruszenia przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego,
- art. 29 ust. 3 Pzp, poprzez nie zakwalifikowanie jako oprav równoważnych oprav oświetleniowych zaoferowanych przez odwołującego o parametrach technicznych wyższych niż parametry oprav określonych w siwz,
- art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez żądanie dokumentów lub oświadczeń nie wymienionych w siwz i zbędnych tj. dokumentu autoryzacji wydruków z programu obliczeniowego,
- art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez wezwanie odwołującego do przedstawienia poprawionego harmonogramu spłat inwestycji, a następnie pominięcie przy ocenie ofert uzupełnionego pismem z dnia 4.06.2009 r. harmonogramu,
- art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z ww. zarzutami, poprzez utrudnianie uczciwej konkurencji, polegające na ukształtowaniu i prowadzeniu postępowania przetargowego w sposób uniemożliwiający złożenie odwołującemu oferty z zastosowaniem sprzętu równoważnego do sprzętu użytego w projekcie zamawiającego oraz nieprawidłowe określenie sposobu obliczenia ceny za wykonanie zamówienia, powodujące, iż niemożliwe jest złożenie prawidłowych ofert i ich ocena pod względem kryterium ceny,
- art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego bez równoczesnego wyboru najkorzystniejszej oferty,

W uzasadnieniu odwołujący podtrzymał argumentację przedstawioną w proteście. Podkreślił, że pismem z dnia 4.06.2009 r. uzupełnił braki, wskazane w wezwaniu do uzupełnienia, a w szczególności przedstawił harmonogram spłat według wskazówek zamawiającego. Zgodnie z ww. harmonogramem cena za wykonanie zamówienia wynosi 1.408.590,68zł brutto, a nie jak podaje zamawiający 1.579.985,36 zł. - i jest niższa niż cena zaoferowana przez drugiego wykonawcę. Zamawiający nie uwzględnił tego uzupełnienia. Modyfikacja siwz z dnia 26 maja 2009 r. wymusiła na odwołującym ponowne wykonanie harmonogramu spłat, co z kolei spowodowało ustalenie ceny za zamówienie na kwotę 1.408.590,68zł zamiast pierwotnej kwoty 1.579.985,36 zł, która została obliczona w oparciu o zasady ustalone w siwz przed modyfikacją. Wg poprawionego harmonogramu, odsetki całkowite od oferty brutto wynoszą 524 507,68 zł. Bezzasadne jest zatem odrzucenie oferty z uwagi na dostarczenie poprawionego harmonogramu spłat, skoro sam zamawiający zmienił warunki jego sporządzania.

Odnośnie braku autoryzacji obliczeń fotometrycznych odwołujący podkreślił, że siwz nie zawiera wymogu autoryzacji obliczeń fotometrycznych. Obliczenia te generowane są z programu komputerowego.

Odnośnie nie wykazania równoważności zaoferowanych oprav oświetleniowych odwołujący podkreślił, że w uzupełnieniu z dnia 04.06.2009 r. podał nazwę programu obliczeniowego, źródło bazy danych oraz załączył w formacie pdf. wydruki bazy rozsyłu światła oprav oświetleniowych zgodnie z pkt 4.4.5 siwz. Dodatkowy dokument – zestawienie wskazujące położenie źródła światła lub położenie odbłyśnika nie był wymagany w siwz.

Odnośnie nie załączenia obliczeń fotometrycznych wszystkich odcinków dróg odwołujący podniósł, że załączył obliczenia fotometryczne dla wszystkich punktów, dróg określonych w siwz, natomiast zamawiający nie wskazał, jakich obliczeń brakuje w ofercie odwołującego - nie sposób więc odnieść się do tego zarzutu.

W zakresie zaoferowania oprav oświetleniowych wykonanych z użyciem klosza wykonanego z PC odwołujący stwierdził, że zaproponował klosz z PC lepszy niż wymagał zamawiający, więc uznać go należy za spełniający kryterium równoważności.

Co do sposobu demontażu układu zapłonowego odwołujący wyjaśnił, że panel w dostarczonych próbkach demontuje się po odkręceniu palcami dwóch śrub typu "motylek" i taki sposób demontażu jest sposobem bez użycia narzędzi. Wymóg elastycznych zatrząsków nie jest zawarty w siwz oraz nie jest on uzasadniony przedmiotem zamówienia.

Odwołujący podkreślił także, iż czynność odrzucenia oferty powinna nastąpić po wyborze najkorzystniejszej oferty, co wynika z przepisu art. 92 ust. 1 Pzp.

Ponadto, w ocenie odwołującego nn. postępowanie przetargowe winno być unieważnione z uwagi na nieprawidłowe określenie przez zamawiającego sposobu obliczenia ceny za wykonanie zamówienia (jedyne kryterium wyboru oferty). Postanowienia siwz w tym zakresie są wewnątrznie sprzeczne i powodują niemożliwość prawidłowego obliczenia ceny oferty - w jednym miejscu określono cenę jako niezmienną, w innym jako kosztorysową, w innym zaś uzależnia się cenę od waloryzacji rocznej i nakazuje stosować równe raty roczne, w innym jeszcze uzależnia się cenę od możliwości wcześniejszej spłaty zadłużenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty. W toku badania i oceny ofert w dniu 2 czerwca 2009 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp oczywistej omyłki rachunkowej na stronie 1 oferty pkt 4.1 formularza ofertowego, gdzie widnieje wartość: 884 083,00 zł, a powinno być 1 579 985,36 zł - jako wynik sumowania wartości brutto robót budowlanych - w kwocie 884 083,00 zł oraz wartości odsetek (nie podlegających VAT) - w kwocie 695 902,36 zł.

Stosownie do treści art. 89 ust 1 pkt 7 Pzp odwołującemu przysługiwało prawo nie wyrażenia zgody na dokonanie tej czynności w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia. Odwołujący nie sprzeciwił się jednak poprawieniu ceny oferty. Dopiero w dniu 8 czerwca 2009 r. wniósł protest na czynności dokonane przez zamawiającego zgodnie z treścią pisma z dnia 2 czerwca 2009 r. twierdząc m.in., że zamawiający błędnie dokonał poprawienia oczywistego błędu rachunkowego w złożonej ofercie, polegającego na dodaniu odsetek (koszt finansowy) do zaoferowanej ceny brutto za przedmiot przetargu - całość nazywając ceną brutto. Wskazał, iż wg poprawionego harmonogramu, dostarczonego na wezwanie zamawiającego, odsetki całkowite od ceny oferty brutto wynoszącej 884 083,00 zł, liczone wg instrukcji z siwz wynoszą 524507,68 zł. Łączna cena oferty (cena brutto i koszty finansowe liczone wg wzoru z siwz) wynosi 1 408 590,68 zł., więc zamawiający ma obowiązek poprawić w ofercie zapis słowny i cyfrowy kosztów finansowych, wg poprawionego harmonogramu. Protest powyższy został oddalony przez zamawiającego, co wynika z treści protokołu postępowania i nie wniesiono odwołania od rozstrzygnięcia protestu, które zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp stało się ostateczne.

W przedmiotowym postępowaniu Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. w Radomiu złożyło ofertę z ceną 1 551 509,21 zł. Oferta odwołującego, po poprawce zamawiającego, zawiera wyższą cenę tj. 1 579 985,36 zł, co kwalifikuje tę ofertę na drugiej pozycji w oparciu o kryterium ceny i powoduje wątpliwość co do istnienia interesu prawnego odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Oceniając jednak tę kwestię, Izba zważyła, że zarzuty odwołania dotyczą m.in. harmonogramu spłaty stanowiącego kalkulację kosztów finansowania inwestycji i w konsekwencji ceny oferty, która podlegała ocenie w ramach ustalonego kryterium. Istotne znaczenie ma przy tym okoliczność, co Izba wzięła pod uwagę, iż zamawiający nie dokonał do tej pory wyboru oferty najkorzystniejszej, a zatem nie można wykluczyć, że w przypadku potwierdzenia się zasadności zarzutów odwołania wykonawca miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba rozpoznała podniesione w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że odwołujący formułując zarzuty w proteście nie wskazał literalnie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jako

naruszonego przez zamawiającego w toku postępowania. Izba uznała, że zarzut ten został zawarty w proteście, biorąc pod uwagę treść uzasadnienia protestu, z której wynika, że odwołujący jednoznacznie sprzeciwił się uznaniu przez zamawiającego, iż oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny stwierdzając chociażby, że „nie zachodzi tu przesłanka do dokonywania jakichkolwiek oczywistych poprawek rachunkowych w sytuacji, kiedy nasza oferta ma prawidłowo obliczoną cenę”.

Izba rozpoznała zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego odnosząc się do wskazanych przez zamawiającego następujących podstaw faktycznych odrzucenia:

1. harmonogram spłat wierzytelności został sporządzony niezgodnie z siwz (z uwzględnieniem wyjaśnień z dnia 26 maja 2009 r.). Przedłożony w ramach uzupełnienia harmonogram spowodował istotne zmiany w treści oferty – w zakresie ceny za przedmiot zamówienia, które nie mogły być wprowadzone w trybie poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Raty miały być stałe w ujęciu rocznym ze względu na 5 % waloryzację – stosownie do postanowienia pkt 4.4.6 ppkt 3 siwz.

Na podstawie wyjaśnień odwołującego, Izba ustaliła, że odwołujący złożył w ofercie harmonogram spłaty nie uwzględniający zmian treści specyfikacji wynikających z modyfikacji siwz dokonanej w dniu 26 maja 2009 r. Powyższe odwołujący potwierdził w treści protestu i odwołania. Odwołujący przyznał w treści odwołania, iż w wyniku uzupełnienia harmonogramu zostały do niego wprowadzone zmiany uwzględniające modyfikację siwz z dnia 26 maja 2009 r. „Modyfikacja siwz z dnia 26 maja 2009 r. wymusiła na odwołującym ponowne wykonanie harmonogramu spłat”. W wyniku uzupełnienia w dniu 5 czerwca 2009 r. (pismo z 4 czerwca 2009 r.) odwołujący złożył poprawiony harmonogram spłaty, z którego wynikały inne tj. znacznie niższe niż w ofercie całkowite koszty finansowe (odsetki, prowizje, marża) za okres spłaty tj. kwota 524 507,68 zł. Koszty te w ofercie zostały wskazane na kwotę 695 902,36 zł. Odwołujący nie kwestionował w toku postępowania, iż pierwotny harmonogram spłat złożony w ofercie zawierał błędy mające wpływ na wysokość ceny oferty, wynikające z nieuwzględnienia zmian treści siwz.

Biorąc pod uwagę niedopuszczalność zmiany treści oferty przez wykonawcę w toku badania i oceny ofert, w szczególności przepis art. 87 Pzp, Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do uwzględnienia harmonogramu złożonego w wyniku uzupełnienia. W efekcie tego uzupełnienia nastąpiła bowiem istotna zmiana treści oferty w postaci znaczącej zmiany wysokości ceny ofertowej, nie wynikająca z oczywistej omyłki rachunkowej lub innej omyłki możliwej do poprawienia przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Wezwanie odwołującego do uzupełnienia harmonogramu spłat, który stanowi istotny element oferty nie znajduje oparcia ani w przepisie przywołanym jako podstawa prawna wezwania, ani w jakiegokolwiek innej normie Prawa zamówień publicznych. Działanie zamawiającego w tym zakresie należy uznać za błędne. Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła naruszenie przez

zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez wezwanie do uzupełnienia elementu oferty, który nie stanowi oświadczenia lub dokumentu w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp. Izba nie podzieliła jednak wskazanej przez odwołującego podstawy faktycznej tego zarzutu. Odwołujący upatrywał, bowiem, naruszenie ww. przepisu w braku uwzględnienia przez zamawiającego, przy ocenie ofert, treści uzupełnionego harmonogramu spłaty. W ocenie Izby zamawiający słusznie nie uwzględnił uzupełnionego harmonogramu, korygując tym samym błędne wezwanie do uzupełnienia harmonogramu. Z tego względu należało uznać, iż naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w omawianym zakresie pozostało bez wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący, wbrew wcześniejszym twierdzeniom zawartym w proteście i odwołaniu, podnosił na rozprawie, iż cenę oferty stanowiącą podstawę do oceny ofert pod względem ustalonego w siwz kryterium (najniższa cena – 100%) stanowi wyceniona w ofercie wartość jedynie robót budowlanych, bez kosztów finansowania, która w ofercie odwołującego została obliczona prawidłowo. Izba uznała, że powyższe stanowisko nie zasługuje na uwzględnienie. W świetle postanowień siwz „cena ofertowa” to cena zawierająca wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia (Część 11 pkt 1 siwz). Zawarty w siwz opis przedmiotu zamówienia (Część 4) nie pozostawia wątpliwości, iż w jego skład wchodzi również usługa finansowania i spłaty wykonanej przebudowy z oszczędności w zużyciu energii elektrycznej (pkt 4.4.6 i 4.4.7 siwz). Izba nie stwierdziła niespójności postanowień siwz i wzoru umowy w powyższym zakresie, co podnosił odwołujący. Koszty finansowania inwestycji, jako istotna pozycja w realizacji całego przedsięwzięcia, podlegały ocenie (w ramach całkowitej ceny oferty). Wyjaśnienia zamawiającego w tym zakresie są spójne z postanowieniami siwz, w tym z postanowieniami § 7 i § 8 wzoru umowy.

W świetle powyższego Izba uznała, iż zamawiający nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp uznając, że oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu kosztów finansowania w złożonym w ofercie harmonogramie spłaty, a w konsekwencji zawiera błędy w obliczeniu ceny oferty. Natomiast uzupełniony przez odwołującego harmonogram spłaty jako zmieniający treść złożonej oferty nie mógł być uwzględniony przy ocenie ofert.

2. Brak autoryzacji obliczeń fotometrycznych przez osobę uprawnioną.

W punkcie 4.4.3 siwz „Wymagania w stosunku do ofert równoważnych” zamawiający wymagał, aby dokumentacja była wykonana przez osobę posiadającą wymagane uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie wykonywania projektów sieci i instalacji elektrycznych, urządzeń energetycznych. Dokumentacja przedłożona przez odwołującego nie zawiera podpisu osoby posiadającej wymagane uprawnienia. Na wezwanie zamawiającego odwołujący wyjaśnił jedynie (pismo z

dnia 4 czerwca 2009 r.), iż złożone w ofercie obliczenia zostały wykonane przez osobę uprawnioną zgodnie z pkt 4.4.3 siwz. Nie budzi wątpliwości Izby, iż wskazane postanowienie siwz oznacza, że wykonawca ma obowiązek wykazania, iż dokumentacja została sporządzona przez osobę uprawnioną, gwarantującą zgodność wykonania projektu równoważnego z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. Mając na uwadze powyższe oraz zasadę pisemności postępowania - art. 9 ust. 1 Pzp należy stwierdzić, że wykazanie ww. okoliczności jest możliwe wyłącznie przez wskazanie osoby, która dokumentację wykonała i złożenie przez tę osobę podpisu pod dokumentacją.

3. Brak skutecznego wykazania zgodnie z wymogiem siwz (pkt 4.4.5 ppkt 4), że zaoferowane oprawy jako równoważne spełniają wymagane parametry oświetleniowe.

Odwołujący przedstawił w ofercie dane dotyczące parametrów oświetleniowych zaoferowanych opraw Jet w postaci wydruków. W wyniku uzupełnienia dokumentów na wezwanie zamawiającego, odwołujący przesłał dodatkowe dane w formacie plików pdf na płycie CD. Zamawiający uznał, że dane w tej formie są nieprzydatne do weryfikacji równoważności oferty odwołującego.

Zgodnie z pkt 4.4.5 ppkt 4 siwz zamawiający wymagał udostępnienia danych technicznych właściwości opraw w formie wydruku lub w formie bazy danych, umożliwiających na ich podstawie dokonanie wyliczeń parametrów oświetleniowych drogi w ogólnie dostępnym programie komputerowym do wspomaganie obliczeń. Mając na uwadze powyższe postanowienie, zamawiający nie miał podstaw do uznania niezgodności oferty z treścią siwz w przypadku załączenia do oferty przez odwołującego wydruków danych lub plików w formacie pdf, skoro taką możliwość dopuścił w specyfikacji. Ponadto, w toku rozprawy zamawiający złożył do akt sprawy wyniki dokonanych obliczeń w załączeniu do opinii technicznej z dnia 14 lipca 2009 r. czym potwierdził, że wykonanie obliczeń w oparciu o dane przedstawione przez odwołującego jest możliwe.

Podnoszone przez zamawiającego na rozprawie okoliczności, iż oferta odwołującego nie spełnia wymogów równoważności, poprzez nie spełnianie kryteriów normy oświetleniowej w tym luminacji, co wynika z treści przedłożonej opinii, nie stanowiła podstawy do odrzucenia oferty odwołującego (pismo z dnia 8 czerwca 2009 r.). Wobec powyższego „Opinia techniczna z oceny technicznej złożonych ofert w przetargu na modernizację oświetlenia drogowego Gminy Wydminy” z dnia 14 lipca 2009 r. złożona na potwierdzenie powyższych twierdzeń zamawiającego, została pominięta przez Izbę, jako nie mająca znaczenia dla rozpoznawanej sprawy.

4. Nie załączono obliczeń fotometrycznych wszystkich odcinków dróg tak jak stanowi siwz w pkt. 4.4.2 do 4.4.5.

Z dokumentacji postępowania wynika, że na wezwanie do uzupełnienia obliczeń fotometrycznych (pkt 1.5 pisma z dnia 2 czerwca 2009 r.) odwołujący nie uzupełnił obliczeń o położenie źródła światła oraz położenie odbłyśnika tak jak w dokumentacji zamawiającego, które to parametry podlegają regulacji w przypadku opraw Jet. W piśmie z dnia 4 czerwca 2009 r. odwołujący wyjaśnił, że dokumentacja zamawiającego nie określa sposobu ustawienia źródła światła oraz odbłyśnika, a zmiana rozsyłu jest realizowana w odmienny sposób niż w oprawach proponowanych w ofercie odwołującego, zatem nie ma możliwości porównania sposobów regulacji.

W treści specyfikacji zamawiający w sposób bardzo szczegółowy określił parametry równoważności przedmiotu zamówienia (parametry oświetleniowe i techniczno-użytkowe opraw oświetleniowych) dopuszczając również tolerancje dla efektu oświetleniowego uzyskanego za pomocą opraw uznawanych za równoważne. W postanowieniu 4.4.3.c siwz zamawiający wskazał jednoznacznie, iż „Na Wykonawcy ciąży obowiązek udokumentowania spełniania wymagań poprzez wykonanie i załączenie do oferty projektu oświetleniowego zawierającego wszystkie elementy zawarte w projekcie Zamawiającego. Obliczenia oraz prezentacja wyników obliczeń musi być w pełni zgodna z przyjętymi w projekcie Zamawiającego parametrami projektu ...”. W treści protestu odwołujący przyznał, iż nie sporządził takiego zestawienia, gdyż nie ma go również w projekcie zamawiającego. Zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać spełnienie określonych wymagań zamawiającego. W ustalonym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołujący nie wykazał spełnienia wymagań zamawiającego w zakresie obliczeń dot. położenia źródła światła oraz położenia odbłyśnika.

5. W oprawach zastosowano klosze z PC podczas, gdy wymagano w siwz opraw z PMMA lub ze szkła.

Odwołujący zaoferował klosze wykonane z materiału PC i ten fakt nie stanowi okoliczności spornej. Izba ustaliła, że z treści postanowienia zawartego w pkt 4.4.4.e siwz „klosz odporny na promieniowanie UV dla mocy 50 W do 100 W – wykonany z PMMA lub szyba hartowana lub równoważnych” oraz postanowienia zawartego w pkt 4.4.5 siwz dotyczącego innych równoważnych materiałów: „W przypadku zastosowania innych materiałów (za wyjątkiem opraw) niż przewidziane w dokumentacji projektowej...” wynika jednoznacznie, że zamawiający nie dopuścił możliwości zaoferowania opraw wykonanych z innych materiałów niż PMMA lub szyba. Jak słusznie zauważył w tym miejscu odwołujący, równoważność dopuszczona w pkt 4.4.4.e odnosiła się wyłącznie do parametru odporności na promieniowanie UV, a nie była dopuszczona w zakresie materiału. Powyższe nie oznacza jednak, iż w świetle postanowień specyfikacji, oprawa wykonana z materiału innego niż

wymagał zamawiający lecz posiadająca za to lepszy parametr odporności na promieniowanie UV - stanowi w konsekwencji lepszy produkt. Jest to nadal produkt nie spełniający wymagań siwz.

Ponadto, złożona przez odwołującego na rozprawie karta katalogowa oprawy zastosowanej w projekcie zamawiającego wykonana z materiału PC nie dowodzi faktu dopuszczenia przez zamawiającego oprawy wykonanej z poliwęglanu PC. Odwołujący nie zaprzeczył w toku rozprawy twierdzeniu zamawiającego, iż ten sam symbol oprawy (SL-100) jest stosowany dla opraw wykonanych z różnych materiałów, natomiast jednoznaczne wymagania zamawiającego w tym zakresie zostały sprecyzowane w siwz.

6. Panel układu zapłonowego zaoferowanych opraw nie spełnia wymagań siwz, gdyż jego demontaż nie jest możliwy bez użycia narzędzi.

W pkt 4.4.4.g siwz zamawiający postanowił, że panel osprzętu musi być „całkowicie demontowany z oprawy bez użycia jakichkolwiek narzędzi”. Odwołujący zaoferował panel, którego demontaż następuje za pomocą śrub tzw. „motylków”. W toku rozprawy zamawiający stwierdził, że demontaż panelu w przypadku oferty odwołującego nie może nastąpić bez użycia śrubokrętu, gdyż po odkręceniu „motylków” panel jest przymocowany za pomocą kabli energetycznych, umocowanych na śruby. Odwołujący twierdził, że wraz z próbkami dostarczonymi zamawiającemu przekazano również tzw. „szybkozłącza”, które umożliwiają rozłączenie kabli bez użycia narzędzi. Zamawiający nie potwierdził tego faktu. Biorąc pod uwagę brak stanowczego zaprzeczenia ze strony zamawiającego, Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, iż zaoferowany przez odwołującego panel osprzętu nie może być zdemontowany bez użycia narzędzi.

W ustalonym powyżej stanie rzeczy (pkt 2 – 6), Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pomimo stwierdzenia przez Izbę braku podstaw do uznania niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz w zakresie omówionym w pkt 3 i 6 (powyżej), oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec potwierdzenia się niezgodności treści oferty z treścią siwz omówionych w pkt 2, 4 i 5 (powyżej).

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 3 Pzp. Przepis ten stanowi jedną z zasad dotyczących sposobu dokonywania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Zarzut dotyczący naruszenia tego przepisu może być podnoszony wyłącznie w odniesieniu do postanowień ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Okoliczność nie zakwalifikowania przez zamawiającego jako opraw równoważnych – zaoferowanych opraw oświetleniowych o parametrach technicznych

wyższych niż parametry określone w siwz stanowi kwestię dotyczącą zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi w siwz, a zatem podlegała ocenie przez Izbę w ramach zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba nie podzieliła również zarzutu naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez żądanie dokumentów lub oświadczeń nie wymienionych w siwz i zbędnych tj. dokumentu autoryzacji wydruków z programu obliczeniowego. Zgodnie z postanowieniem siwz (pkt 4.4.3) zamawiający wymagał złożenia dokumentacji – projektu równoważnego wykonanego przez osobę uprawnioną. Autoryzację stanowi zatem złożenie na opracowaniu podpisu przez osobę uprawnioną, która je wykonała. Jest to zatem element dokumentu - projektu, którego formę określił zamawiający w pkt 4.4.3. W świetle treści siwz brak jest podstaw do uznania, że zamawiający wymagał złożenia dokumentu autoryzacji w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę dokonane przez Izbę ustalenia, w szczególności wobec nie potwierdzenia się zarzutów, w których odwołujący upatrywał naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, Izba uznała, że nie ma podstaw do stwierdzenia, iż zamawiający prowadził postępowanie przetargowe w sposób uniemożliwiający złożenie odwołującemu oferty z zastosowaniem sprzętu równoważnego, a nieprawidłowe określenie ceny za wykonanie zamówienia, skutkuje brakiem możliwości złożenia prawidłowych ofert i ich oceny pod względem kryterium ceny. Zarzut dotyczący sposobu „ukształtowania”, tj. przygotowania postępowania w rozumieniu przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Izba uznała za zgłoszony z uchybieniem terminu. W przedmiotowym postępowaniu termin na wniesienie protestu dotyczącego postanowień siwz upłynął stosownie do treści art.180 ust. 4 pkt 1 Pzp.

Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu „niezwłocznie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej” przekazanie wykonawcom m.in. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż czynność odrzucenia oferty powinna nastąpić po wyborze najkorzystniejszej oferty lub równocześnie. Nie budzi żadnych wątpliwości fakt, iż w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej należy poddać badaniu i ocenie wszystkie oferty, następnie dokonać odrzucenia ofert podlegających odrzuceniu, a następnie dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert prawidłowych. Art. 92 ust. 1 Pzp reguluje dwie podstawowe kwestie tj. termin zawiadomienia – „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty” oraz zakres (treść) zawiadomień, których dokonuje zamawiający. Zamawiający

potwierdził w toku rozprawy, że do chwili obecnej (momentu rozprawy) nie dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zważywszy powyższe Izba uznała, że zawiadomienie odwołującego o odrzuceniu jego oferty przed dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp i w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż odwołujący w ten sposób został faktycznie pozbawiony możliwości wniesienia protestu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie ma znaczenia przy tym fakt, że zgodnie z art. 184 ust. 1a Pzp odwołującemu nie przysługuje prawo wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego tej czynności, z uwagi na wartość postępowania.

Odnośnie zarzutów, podniesionych w uzasadnieniu żądania unieważnienia przedmiotowego postępowania, Izba zważyła, iż z uwagi na wartość zamówienia, stosownie do treści art. 184 ust. 1a Pzp, odwołującemu nie przysługuje prawo do wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia protestu w zakresie dotyczącym zaniechania przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania. Izba, w związku z powyższym, nie rozpoznawała odwołania w części obejmującej powyższe zarzuty.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, uznając, iż naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 oraz art. 92 ust. 1 i w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp, wobec potwierdzenia się przesłanek do odrzucenia oferty odwołującego nie miało ani nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.). Orzekając o zwrocie kwoty 15 426,00 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Izba uwzględniła fakt wniesienia przez odwołującego wpisu od odwołania w kwocie 20 000,00 zł, tj. w wysokości przewyższającej wysokość należnego wpisu określoną w § 1 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia.

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 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....