

Sygn. akt: KIO 623/11

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Wawraszek ISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**” **Spółka Komandytowa ul. Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko – Biała** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Gdańsku ul. Sosnowa 2, 80-251 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Wapienicka 36, 43-382 Bielsko – Biała** po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „**Wawraszek ISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**” **Spółka Komandytowa ul. Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko – Biała** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez „**Wawraszek ISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**” **Spółka Komandytowa ul. Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko – Biała**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **„Wawraszek ISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Spółka Komandytowa ul. Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko – Biała** na rzecz **Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Gdańsku ul. Sosnowa 2, 80-251 Gdańsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W dniu 25 marca 2011r. pismem z dnia 25 marca 2011r. złożono odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Gdańsku ul. Sosnowa 2, 80 - 251 Gdańsk zwanej dalej „Zamawiającym”.

Odwołanie zostało złożone przez spółkę „Wawraszek ISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Spółka komandytowa ul. Leszczyńska 22; 43 - 300 Bielsko – Biała zwaną dalej „Odwołującym”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę ciężkich samochodów ratowniczo - gaśniczych w ilości 4 sztuk i lekkich samochodów ratowniczo - gaśniczych z funkcją ratownictwa technicznego w ilości 6 sztuk” pod numerem sprawy: WT-2370/2/11.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2011 r. pod poz.2011/S 20-032061.

Odwołanie zostało wniesione na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”.

W odwołaniu zarzucono Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jako najkorzystniejszą ofertę Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Wapienicka 36; 43-382 Bielsko-Biała zwanego dalej „Wykonawcą wybranym”.

W odwołaniu wskazano na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 3 i art. 22 ust.1 pkt 4 ustawy i wniesiono o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego i dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

W przedmiotowym postępowaniu w pkt 3.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Zamawiający wskazał, iż opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załącznikach specyfikacji istotnych warunków zamówienia . W załączniku nr 1 b do SIWZ określono wymagania szczegółowe związane z przedmiotem zamówienia dla lekkich samochodów ratowniczo - gaśniczych z funkcją ratownictwa technicznego. Z kolei jak podnosi Odwołujący w pkt 9.1 SIWZ Zamawiający wskazał, iż żąda wypełnionego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 b do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dalej Odwołujący przywołał, że w kolumnie 4 tabeli - „Minimalne wymagania techniczno - użytkowe dla lekkiego samochodu ratowniczo - gaśniczego z funkcją ratownictwa technicznego-6 szt.” - Zamawiający wskazał wprost, iż „kolumnę wypełnia Wykonawca opisując zastosowane rozwiązania lub podając parametry techniczne.”. Wybrany Wykonawca jednakże nie opisał zastosowanych rozwiązań, ani nie podał parametrów technicznych.

Odwołujący wskazał, iż Wykonawca wybrany nie podał i nie opisał parametrów dla

nижej następujących punktów:

1.2.

- brak opisu n/t ilości tonów modulowanych i mocy głośnika
- brak określenia rodzaju proponowanych urządzeń sygnalizacyjnych 1.4.
- brak informacji n/t roku produkcji podwozia 2.3.
- brak informacji n/t ilości miejsc proponowanego pojazdu i rozmieszczenia siedzeń
- nie podane parametry techniczne radiotelefonu przewoźnego (ilość kanałów i znaków wyświetlacza)
- nie podane parametry techniczne radiotelefonu przenośnego (ilość kanałów)
- nie podane parametry techniczne proponowanych latarek (siła światła, czas świecenia, wodoszczelność)
- brak opisu n/t rozmieszczenia latarek 2.6.
- brak opisu - ilości czujników cofania 2.8.
- nie podane parametry techniczne wyciągarki (siła uciągu, długość liny, usytuowanie) 3.9.
- nie podana wysokość maksymalna masztu oświetleniowego.
- brak potwierdzenia, że urządzenia sterownicze masztu posiadają funkcję automatycznego składania.

4.2.

- brak konkretnej informacji n/t pojemności zbiornika wody 4.3.
- brak konkretnej informacji n/t pojemności zbiornika piany 4.4.
- brak konkretnej informacji n/t długości linii szybkiego natarcia

Dlatego w ocenie Odwołującego, Wykonawcę wybranego Zamawiający powinien odrzucić na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy z uwagi na fakt niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Bowiem postanowienia opisu przedmiotu zamówienia określające parametry zamawianego sprzętu są ogólnymi wskazaniem i powinny zostać skonkretyzowane w postanowieniach oferty.

Złożenie oferty w taki powód, iż Zamawiający nie wie co zaoferował mu Wykonawca, nie ma wskazanego konkretnego przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego tak złożona oferta świadczy o niemożliwości wskazania i skonkretyzowania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie ma wiedzy, jaki przedmiot zamówienia nabywa, ponieważ nie opisano w ofercie parametrów oferowanego sprzętu.

Przyjęcie tak skonstruowanej oferty powoduje niedopuszczalną swobodę na etapie realizacji zamówienia.

Tym bardziej, że zakres zobowiązania umownego zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy winien być tożsamy ze zobowiązaniem zawartym w ofercie a nie mieć charakteru życzeniowego jak to czyni Wykonawca choćby w odniesieniu do masztu, pisząc, że „urządzenia sterownicze masztu powinny posiadać funkcję automatycznego składania masztu do pozycji transportowej.” (pkt 3.9).

Na poparcie argumentacji Odwołujący przywołuje treść art. 66 § 1 i art. 627 Kodeksu cywilnego.

Na podstawie ich treści Odwołujący kwituje, że tak skonstruowana oferta nie wskazuje oznaczonego dzieła i zawiera istotnych elementów - parametrów technicznych, co daje Wykonawcy nieuzasadnioną swobodę na etapie realizacji umowy.

Dalej Odwołujący wywodzi, że Zamawiający nie ma wiedzy co w istocie kupuje.

Zamawiający dał wykonawcom możliwość wyboru poprzez wskazanie dwóch dopuszczalnych rozwiązań przez użycie słowa „lub”, a wykonawcy mieli skorzystać z możliwości wyboru i wskazać konkretne rozwiązanie.

Reasumując Odwołujący podkreśla, że w załączniku nr 1 b do oferty nie ma opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, a tylko nastąpiło powielenie wymagań Zamawiającego. Zatem nie można stwierdzić, jaki przedmiot zamówienia za wskazaną cenę oferuje Wykonawca wybrany. Dlatego Odwołujący domaga się odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego wskazując, iż jej treść, a w zasadzie brak treści nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Specyfikacja bowiem wskazywała wprost, iż wykonawca wskazany jest do podania parametrów technicznych lub opisanie zastosowanego rozwiązania. Brak treści oferty przesądza o jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto Odwołujący stwierdza, iż oferta Wykonawcy wybranego jest ofertą wariantową, a Zamawiający wariantowości oferty nie dopuścił. Zamawiający określił pewne granice, jednakże oferta złożona przez Wykonawcę w taki sposób może w ramach tej granicy zostać złożona jako oferta wariantowa,

W ocenie Odwołującego informacja z banku dołączona do oferty Odwołującego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie potwierdza zdolności ekonomicznej i finansowej Wykonawcy. Samo ocena zdolności kredytowej nie świadczy o posiadaniu zdolności kredytowej, a z opinii Banku wynika tylko i wyłącznie, iż Bank ocenia zdolność kredytową co w istocie nie potwierdza posiadania owej zdolności kredytowej.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wnosi o nakazanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego.

W dniu 31 marca 2011r. pismem z dnia 30 marca 2011r. L.dz. 1408/03/2011/TK Wykonawca wybrany przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 5 kwietnia 2011r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Izba ustaliła co następuje

Izba ustaliła, że postępowanie jest podzielone na dwie części, w których I część dotyczy dostawy ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych w ilości 4 sztuki, a II

część dotyczy dostawy lekkich samochodów ratowniczo-gaśniczych z funkcją ratownictwa technicznego w ilości 6 sztuk oraz, że przedmiotem odwołania jest II część postępowania.

Powyższych ustaleń Izba dokonała na podstawie Ogłoszenia o zamówieniu, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty pismo z dnia 16 marca 2011r. L.dz.WT-2370/0/2-45/2011i argumentacji odwołania odnoszącego się do dostawy lekkich samochodów ratowniczo-gaśniczych z funkcją ratownictwa technicznego.

Izba również ustaliła, że Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, ponieważ na część II zamówienia, będącą przedmiotem niniejszego odwołania zostały złożone dwie oferty to jest oferta Wykonawcy wybranego i oferta Odwołującego. W związku z powyższym w przypadku potwierdzenia zarzutów skierowanych do oferty Wykonawcy wybranego, Odwołujący pozostałby jedynym wykonawcą uprawnionym do uzyskania zamówienia. Tym samym przez zaskarżoną czynność Zamawiającego to jest czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, Odwołujący może ponieść szkodę przez nie uzyskanie zamówienia, czym spełniony zostaje warunek do skutecznego wniesienia odwołania w myśl postanowień art.179 ust.1 ustawy. Zgodnie treścią tegoż przepisu środki ochrony prawnej określone w niniejszym, dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołujący zakwestionował wybór najkorzystniejszej oferty zarzucając ofercie wybranej sprzeczność jej treści z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez brak określenia cech (parametrów) oferowanego pojazdu samochodowego w miejscu do tego wyznaczonym w ofercie to jest zgodnie z załącznikiem nr 1 b do SIWZ w stosownym miejscu tego załącznika .

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba ustaliła co następuje.

Zgodnie z „Krótkim opisem zamówienia” sekcja II.1.5) Ogłoszenia o zamówieniu: Wymagania szczegółowe związane z przedmiotem zamówienia dla lekkich samochodów ratowniczo-gaśniczych z funkcją ratownictwa technicznego określa załącznik Nr 1 b stanowiący załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia co do wymagań szczegółowych związanych z przedmiotem zamówienia zawiera następujące regulacje:

Pkt 3.3. Opis przedmiotu zamówienia zawarty w załącznikach do SIWZ: Wymagania szczegółowe związane z przedmiotem zamówienia, określa załącznik nr 1b- dla lekkich samochodów ratowniczo-gaśniczych z funkcją ratownictwa technicznego.

Pkt 9.Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego:

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żąda:

9.1. wypełnionego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1a i 1b,
9.2. rysunków(zdjęć) poglądowych pojazdu.

13.Opis sposobu przygotowywania ofert:

13.3. Treści oferty musi opowiadać treści SIWZ, zgodnie z art.82 ust.3 PZP.

19.1. Istotne dla stron postanowienia umowy zostały zawarte w projekcie umowy:-
załącznik nr 2 stanowi wzór umowy dla I i II części zamówienia.

19.2. Wykonawca akceptuje treść projektu umowy oświadczeniem zawartym w treści formularza ofertowego (załącznik nr 3a i 3b). Przyjęcie przez Wykonawcę postanowień projektu umowy stanowi jeden z warunków ważności oferty.

Zasadniczy dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy załącznik nr 1 b określony został w formie tabelarycznej i nosi tytuł " Opis przedmiotu zamówienia. Minimalne wymagania techniczno-użytkowe dla lekkiego samochodu ratowniczo-gaśniczego z funkcją ratownictwa technicznego – 6 szt.

Tabela składa się z następujących czterech kolumn:

- 1) L.p. (wypełniona przez Zamawiającego),
- 2) Minimalne wymagania techniczno- użytkowe (podane przez Zamawiającego),
- 3) Minimalne wymagania (podane przez Zamawiającego),
- 4) Oferta wykonawcy-kolumnę wypełnia wykonawca opisując zastosowane rozwiązania lub podając parametry techniczne (do wypełnienia przez wykonawcę).

Tabela zawiera następujące pozycje (część pierwsza):

1. Wymagania ogólne z opisami wymagań zawartych w poz. od 1.1. do 1.5
2. Podwozie z kabiną z opisami wymagań w poz. od 2.1. do 2.9.
3. Zabudowa pożarnicza z opisami wymagań w poz. od 3.1. do 3.11.
4. Układ wodno-pianowy z opisami wymagań w poz. od 4.1. do 4.5.
5. Informacje dodatkowe z opisami wymagań w poz.5.1. do 5.2.(5.1. do oferty należy dołączyć rysunki (zdjęcia) poglądowe pojazdu;5.2.

Tabela zawiera również dodatkową część (część druga) o nazwie: minimalne wymagania techniczno-użytkowe dla zestawów hydraulicznych narzędzi ratowniczych stanowiących wyposażenie w/w samochodów – 6 kpl.

Tabela ta zawierała również następujące kolumny:

- 1) L.p.(wypełniona przez Zamawiającego),
- 2) Minimalne wymagania techniczno- użytkowe (podane przez Zamawiającego),
- 3) Minimalne wymagania(podane przez Zamawiającego),
- 4) Oferta wykonawcy-kolumnę wypełnia wykonawca opisując zastosowane rozwiązania lub podając parametry techniczne (do wypełnienia przez wykonawcę).

W dodatkowej części Tabeli zawarto następujące pozycje:

1. Pompa hydrauliczna ze zwijadłami – 1 szt. z opisami wymagań zawartych w poz. od 1.1. do 1.7
2. Rozpierzacz ramieniowy – 1 szt. z opisami wymagań zawartych w poz. od 2.1. do 2.6
3. Nożyce – 1 szt. z opisami wymagań zawartych w poz. od 3.1. do 3.7

4. Rozpieracz kolumnowy/teleskopowy nr 1 – 1 szt. z opisami wymagań zawartych w poz. od 4.1. do 4.6
5. Rozpieracz kolumnowy/teleskopowy nr 2 – 1 szt. z opisami wymagań zawartych w poz. od 5.1. do 5.6
6. Nożyce do obcinania pedałów – 1 szt. z opisami wymagań zawartych w poz. od 6.1. do 6.4
7. Pozostały sprzęt i wyposażenie zestawu z opisami wymagań zawartych w poz. od 7.1. do 7.3
8. Pozostałe wymagania z opisami wymagań zawartych w poz. od 8.1. do 8.2 (w tym 8.1. do oferty należy dołączyć: a) katalogi producenta z podanymi fabrycznymi parametrami technicznymi oraz rysunkami(zdjęciami) poglądowymi poszczególnych urządzeń.

Zamawiający opisując wymogi (zastosowane rozwiązania lub parametry techniczne) do powyżej wymienionych elementów przedmiotu zamówienia przyjął zasadę formułowania swoich oczekiwań na minimalnym poziomie i tak przykładowo określił swoje wymagania:

1. Latarki Ex ATEX o sile światła min.80.000 kandeli, czas świecenia- min.6 h. wodoszczelne do min.30m (poz.2.4.13 Tabeli – część pierwsza,str.4);
2. Pojazd wyposażony w wciągarkę o napędzie elektrycznym i sile uciągu min.3,5 t z liną o długości min.25 m, zakończona hakiem (poz.2.8 Tabeli – część pierwsza,str.5);
3. Dach zabudowy w formie podestu roboczego w wykonaniu antypoślizgowym, umożliwiającym pracę min.2 osób (poz.3.2. Tabeli – część pierwsza,str.5);
4. Zbiornik wody o pojemności min.1000dm.sześć. wykonany z materiałów kompozytowych (poz.4.2.Tabeli-część pierwsza,str.6);
5. 2 sztuki zwijadeł z wężami o długości min. 20m. (poz.1.4. Tabeli- część druga, str.8);

Z kolei w Tabeli (zał. Nr 1 b do SIWZ), którą zgodnie z jej treścią wykonawca miał wypełnić w poz.2. pn. Podwozie z kabiną pkt 2.2 Parametry i wyposażenie podwozia pojazdu: widnieje zapis o treści 1.Silnik,kabina i podwozie pojazdu od jednego producenta(należy podać markę i model pojazdu).

We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia widnieją następujące zapisy.

1. §2. Przedmiot umowy ust.1. Wykonawca zobowiązuje się wytworzyć, przenieść na zamawiającego własność i wydać mu 6 szt. lekkich samochodów ratowniczo-gaśniczych z funkcją ratownictwa technicznego(GLBART)(marka, typ) spełniających wymagania techniczne wyszczególnione w załącznikach nr 1b do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiących integralną część umowy.
2. §2 Przedmiot umowy ust.5 Wykonawca zobowiązuje się do przeszkolenia przedstawicieli użytkownika z obsługi samochodu na zasadach określonych w umowie.
3. §4 Termin wydania przedmiotu umowy ust.2 Potwierdzeniem wydania przedmiotu umowy w terminie, są protokoły inspekcji techniczno-jakościowych i odbiorów faktycznych.
4. §5 Inspekcje, szkolenie i odbiór przedmiotu umowy ust.3 W czasie inspekcji techniczno-jakościowej dokonane zostanie przede wszystkim sprawdzenie

zgodności wykonania samochodów z umową, jakości wykonania oraz funkcjonowania samochodów i poszczególnych urządzeń. Z inspekcji techniczno-jakościowej zostanie sporządzony protokół w 2 egzemplarzach, po 1 egzemplarzu dla wykonawcy i zamawiającego, podpisany przez obie strony. ust.4 W przypadku stwierdzenia podczas inspekcji jakościowo-technicznej, że przedstawione do inspekcji samochody nie odpowiadają opisowi zawartemu w załącznikach nr 1b do SIWZ, stanowiących integralną część umowy, wykonawca zobowiązuje się do dokonania zmian zgodnie z opisem lub wymiany samochodów na zgodny z wymaganiami SIWZ, niezwłocznie, najpóźniej do wyznaczonego terminu odbioru faktycznego.

Z oferty Wykonawcy wybranego wynika, że w miejscach, które wypełnia wykonawca zostały przez niego wpisane parametry odpowiadające parametrom podanym przez Zamawiającego. Przy czym Wykonawca wybrany wpisał te parametry z użyciem przymiotnika: minimalne (min.). Przykładowo Wykonawca wybrany zaoferował następujące parametry:

1. Latarki Ex ATEX o sile światła min.80.000 kandeli, czas świecenia- min.6 h. wodoszczelne do min.30m (poz.27 Tabeli – część pierwsza);
2. Pojazd wyposażony w wciągarkę o napędzie elektrycznym i sile uciągu min.3,5 t z liną o długości min.25 m, zakończona hakiem (poz.2.8 Tabeli – część pierwsza);
3. Dach zabudowy w formie podestu roboczego w wykonaniu antypoślizgowym, umożliwiającym prace min.2 osób (poz.3.2. Tabeli – część pierwsza);
4. Zbiornik wody o pojemności min.1000dm.sześć. wykonany z materiałów kompozytowych (poz.4.2.Tabeli-część pierwsza);
5. 2 sztuki zwijadeł z wężami o długości min. 20m.- TAK (poz.1.4. Tabeli-część druga).

W ten sposób prawa strona tabeli (kolumna 4 – oferta wykonawcy) stanowi „lustrzane odbicie” lewej strony tabeli (kolumna 2 –wypełniona przez zamawiającego).

W związku z taką rzeczywistością stanu oferty Wykonawcy wybranego, Odwołujący postawił zarzut braku oferty, ponieważ określenie minimalnych wymogów w ofercie nie stanowi konkretnej oferty, ponieważ Zamawiający nie wie co otrzyma. Powyższe stanowiło podstawę do wskazania naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Drugi zarzut, który postawił Odwołujący dotyczy braku wykluczenia Wykonawcy wybranego z powodu nie przedstawienia zdolności kredytowej zgodnie z wymogiem SIWZ, tylko oceny zdolności kredytowej co jest wbrew treści art. 24 ust.1 ustawy, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: pkt 4 sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W pkt 6.2.SIWZ Sytuacja finansowa i ekonomiczna: Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tego warunku:6.2.2. Wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie/na kwotę minimum 2 000 000,00 zł. dla II części zamówienia.

W ofercie Wykonawcy wybranego znajduje się na str.37 jego oferty zaświadczenie wystawione przez bank Citi handlowy dla Wykonawcy wybranego, w którym stwierdza się: "Bank Handlowy w Warszawie SA informuje, że na dzień 21.01.2011r. ocenia zdolność kredytową Państwa Firmy na kwotę 15.000.000,00PLN (piętnaście milionów złotych)."

Izba zważyła co następuje.

Co do zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt2 ustawy.

Obowiązkiem zamawiającego jest określenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotu zamówienia poprzez jego opis, a o czym stanowi przepis art.36 ust.1 ustawy, zgodnie z którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: pkt 3) opis przedmiotu zamówienia.

Co do sposobu opisu przedmiotu zamówienia ustawa zawiera kategorię ogólnych postanowień i tak:

Art. 29 ust.1 Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Ust.2 Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Art.30 ust.1 Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

Powyżej zacytowane przepisy ustawy regulują materię objętą przedmiotowym sporem. Żaden z cytowanych przepisów ustawy nie zakazuje opisać przedmiotu zamówienia przez wskazanie jego minimalnych cech. Zresztą takie ujęcie opisu przedmiotu zamówienia nie zostało „oprotestowane” w stosownym czasie przez żadnego z oferentów.

Należy wobec powyższego przyjąć, że za wszechstronną akceptacją uczestników przedmiotowego postępowania można opisać przedmiot zamówienia przez wskazanie nie konkretnych jego cech technicznych tylko minimalnych. Zresztą dokonanie opisu technicznego taką metodą gwarantuje Zamawiającemu uniknięcie zarzutu utrudniania uczciwej konkurencji (wyżej cytowany art.29 ust.2 ustawy).

Z kolei przepis powyżej cytowanego art.30 ust.1 ustawy nakazuje opisać przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych bez wskazania czy podanie pułapu minimalnego tych cech jest zakazane. Przepis ustawy takiego postępowania zamawiającemu nie zakazuje.

Niemniej w przedmiotowej sprawie zarzut został skierowany nie przeciwko Zamawiającemu, co do sposobu opisu przedmiotu zamówienia tylko przeciwko Wykonawcy wybranemu, który oferując wykonanie zamówienia tak jak Zamawiający posłużył się podaniem minimalnych parametrów (cech technicznych).

W myśl obowiązującej zasady w zamówieniach publicznych, że wykonawca ma obowiązek spełnić oczekiwania zamawiającego składając ofertę, co znajduje odzwierciedlenie w treści art. 82 ust.3 ustawy (Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.), należy pozytywnie odnieść się do ujęcia parametrów technicznych w ofercie tak jak tego dokonał Wykonawca wybrany czyli przez zagwarantowanie tych parametrów minimum na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego.

W związku z tym Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, że zaofierowanie parametrów technicznych co najmniej na minimalnym poziomie nie stanowi konkretnej oferty, a obowiązkiem wykonawcy było skonkretyzowanie tych parametrów, przez co Odwołujący rozumie podanie ich na poziomie constans (stałym).

Izba uznała, że obowiązkiem wykonawcy, wobec tak sformułowanego SIWZ(tabela nr 1b) w przedmiotowym postępowaniu było podanie postawionych wymogów technicznych i jakościowych w ofercie co najmniej na poziomie minimalnym, a prawem wykonawcy jest ich realizacja nawet na poziomie wyższym. Tak więc zaofierowanie minimum wyczerpuje wymogi SIWZ i stanowi, wbrew twierdzeniu Odwołującego, konkretną ofertę, a zrealizowanie dostawy na poziomie wyższym pod względem cech technicznych i jakościowych zamówienia jest prawem wykonawcy, a obowiązkiem zamawiającego jest jej przyjęcie.

Poza tym żaden z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, jak i żadne z postanowień przedmiotowego SIWZ nie nakazuje podanie w ofercie parametrów technicznych i jakościowych na poziomie constans w przypadku ich podania przez zamawiającego jako minimalnych.

Ponadto Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób interes Zamawiającego dozna jakiegokolwiek uszczerbku, jeżeli wykonawca zrealizuje dostawę dając parametry techniczne i jakościowe w pojazdach ratowniczo-gaśniczych na poziomie wyższym niż wskazał w ofercie.

Odnosząc się do dodatkowo sformułowanych uwag na rozprawie, które rozszerzały argumentację Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Izba zważyła co następuje.

1. Skoro Zamawiający określił belkę sygnalizacyjną z niebieskimi stroboskopowymi lub LED sygnałami błyskowymi, czy postawił wymóg pojedynczej lampy stroboskopowej lub LED niebieskiej z tyłu pojazdu to analogicznie w myśl powyżej przedstawionej argumentacji prawnej stanowiska Izby, również Wykonawca wybrany miał prawo w ofercie określić parametry analogicznie jak to uczynił Zamawiający, czyli stosując również łącznik „lub” w ofercie.
2. Co do użycia przez Wykonawcę wybranego w pkt. 3.9 zał. nr 1 b zwrotu „powinien” zamiast „zapewnia” jako realizację wymogu postawionego przez Zamawiającego, to w ocenie Izby słowo „powinien” ma znaczenie analogicznie obligujące jak słowo „zapewniam”.
3. Co do argumentacji, iż w pkt 1.7. tabeli zał. nr 1b nie wskazano pojemności zbiornika z olejem, a jedynie na potwierdzenie spełnienia wymogu użyto sformułowania „tak” to w ocenie Izby jest to wystarczające, ponieważ Zamawiający w SIWZ nie określił wymaganej pojemności , a jedynie określił funkcjonalność „pełen wysuw dwóch sztuk rozpieraczy kolumnowych” i wbrew stanowisku Odwołującego, w takiej sytuacji Zamawiający nie ma podstaw prawnych do weryfikowania pojemności zbiornika z olejem.
4. Co do pkt 2.7. tabeli zał.nr 1 b „szczegółowe rozwiązania zostaną uzgodnione podczas realizacji zamówienia z wykonawcą” po pierwsze jest to zapis narzucony przez Zamawiającego, po drugie Odwołujący w swojej ofercie użył identycznej formuły, a po trzecie będzie to faktycznie uzgodnienie Zamawiającego z Wykonawcą , a po czwarte- reasumując nie stanowi to omyłki pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust.1 pkt1 ustawy, ponieważ jest to zapis SIWZ, a ewentualny zarzut Odwołującego do zapisu SIWZ powinien być

zgłoszony na etapie ogłoszenia SIWZ.

Reasumując Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy przez nie odrzucenie oferty Wykonawcy wybranego.

Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż podanie w ofercie minimalnych parametrów technicznych czy użytkowych uprawnia do postawienia zarzutu braku oferty (nieistnienia oferty), ponieważ określenie minimalnych wymogów w ofercie nie stanowi konkretnej oferty, a Zamawiający nie wie co otrzyma.

W ocenie Izby, Zamawiający na podstawie złożonej oferty przez Wykonawcę wybranego otrzyma przedmiot zamówienia, który spełni co najmniej minimalne wymagania postawione w SIWZ.

Co do zarzutu naruszenia art.22 ust.1 pkt 4 ustawy

Zarzut nie przedstawienia potwierdzenia posiadania zdolności kredytowej przez Wykonawcę wybranego Izba uznała za niewykazany z następujących przyczyn. W myśl art.70 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r.prawo bankowe (Dz.U. 2002r.Nr 72 poz.665) zwanej dalej „prawem bankowym”: „ust.1 Bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności.

3.Kredytobiorca jest zobowiązany umożliwić podejmowanie przez bank czynności związanych z oceną sytuacji finansowej i gospodarczej oraz kontrolę wykorzystania i spłaty kredytu.

5. Na wniosek ubiegającego się o kredyt przedsiębiorcy, bank przekazuje, w formie pisemnej wyjaśnienie dotyczące dokonanej przez siebie oceny zdolności kredytowej. Opłata za sporządzenie takiego wyjaśnienia powinna być odpowiednia do wysokości kredytu.”

Z powyższych uregulowań prawa bankowego wynika, że bank uzależnia udzielenie kredytu od posiadania zdolności kredytowej, którą bada na podstawie dokumentów i informacji niezbędnych do oceny zdolności kredytowej.

W związku z powyższym ocena jest elementem związanym ze zdolnością kredytową. Tym samym wywody Odwołującego na temat różnic w sformułowaniach banku „ posiada zdolność kredytową na 15 mln.zł” a „ocenia zdolność kredytową na 15 mln.zł.” są bezprzedmiotowe, ponieważ każde z tych sformułowań potwierdza zdolność kredytową.

W związku z powyższym sformułowanie, w wystawionej dla Wykonawcy wybranego informacji Banku Handlowego w Warszawie Citi handlowy, o ocenie zdolności kredytowej, oznacza możliwość ubiegania się o kredyt w wysokości określonej w zaświadczeniu. Natomiast na użytek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dla wykazania zdolności kredytowej nie jest wymagane posiadanie zawartej umowy o udzielenie kredytu. Wystarczy, że wykonawca wykaże potencjalną możliwość uzyskania kredytu. Czyli wystarczy, że bank oceni zdolność wykonawcy do zaciągnięcia kredytu.

Tym samym w ocenie Izby sformułowanie, w wystawionym przez bank zaświadczeniu dla Wykonawcy wybranego, ocenia zdolność kredytową na 15.000.000,00PLN jest odpowiednim potwierdzeniem spełnienia wymogu pkt 6.2.2. przedmiotowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do podniesionej na rozprawie dodatkowej argumentacji przez Odwołującego, że w zaświadczeniu Wykonawcy wybranego nie stwierdza się, że bank, który wystawił zaświadczenie prowadzi również rachunek bankowy Wykonawcy wybranego, a taki wymóg wynika w ocenie Odwołującego z §1ust.1 pkt 9) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2009r. Nr 226, poz.1817) zwanego dalej "Rozporządzeniem" to zarzut ten jest nieusprawiedliwiony z następujących przyczyn.

Zgodnie z art. 22 ust.1 pkt 4 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące między innymi zdolności finansowej. Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów, na potwierdzenie między innymi warunków udziału w postępowaniu (art.25 ust.1ustawy).

Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mają być składane, są określane przez Prezesa Rady Ministrów w drodze rozporządzenia(art.25 ust.2 ustawy).

Prezes Rady Ministrów na podstawie powyższej delegacji ustawowej określił w §1ust.1 pkt 9) Rozporządzenia w następujący sposób:

" w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art.22 ust.1ustawy(...) zamawiający może żądać, następujących dokumentów : 9)informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert."

Na podstawie treści powyżej zacytowanego §1 ust.1 pkt 9) Rozporządzenia, Odwołujący kwestionuje prawidłowość informacji bankowej Banku Handlowego w Warszawie Citi handlowy, ponieważ nie stwierdza się w niej, że Wykonawca wybrany w tym banku posiada rachunek bankowy.

Literalne brzmienie §1 ust.1 pkt 9) Rozporządzenia wskazuje, że bank w którym wykonawca posiada rachunek potwierdza wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.

Pomimo takiego sformułowania w Rozporządzeniu w ocenie Izby nie można wykluczyć prawa wykonawcy do przedłożenia zdolności kredytowej z banku, w którym wykonawca nie posiada rachunku, ponieważ w Ustawie to jest w prawie bankowym w art. 70 ust.5 przewiduje się, że na wniosek ubiegającego się o kredyt przedsiębiorcy, bank przekazuje, w formie pisemnej wyjaśnienie dotyczące dokonanej przez siebie oceny zdolności kredytowej. Opłata za sporządzenie takiego wyjaśnienia powinna być odpowiednia do wysokości kredytu.

Natomiast delegacja ustawowa (art.25ust.2 ustawy) ogranicza się do określenia w rozporządzeniu rodzaju dokumentu i formy dokumentu, bez delegacji ustawowej do ograniczania, tylko do banku, w którym wykonawca posiada rachunek.

W związku z powyższym w ocenie Izby, brak w zaświadczeniu stwierdzenia, że bank, który dokonał oceny zdolności kredytowej wykonawcy nie prowadzi rachunku dla tego wykonawcy, nie może powodować oceny tego dokumentu jako wadliwego w świetle obowiązującego prawa, skoro w ustawie prawo bankowe nie ma takiego warunku dla sporządzenia przez bank oceny zdolności kredytowej.

Z uwagi na niepotwierdzenie się zarzutów odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do przywołanych przez Odwołującego na poparcie swoich żądań wyroków KIO:KIO\UZP\11/09;KIO\UZP\1008\10 i KIO 1377\10 to stany faktyczne i prawne w przywołanych sprawach odnosiły się do treści ofert i ich sprzeczności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ale w dwóch pierwszych sprawach dotyczyły wyjaśnień na podstawie art.87 ust.1 ustawy, a w sprawie KIO/1377/10 dotyczyły poprawienia oferty na podstawie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy. W związku z powyższym Izba w wyżej wymienionych sprawach orzekała w innych stanach faktycznych i prawnych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i10 ustawy oraz § 3 pkt 1) i § 5 ust.3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15.000,00 zł. i zasądzając na rzecz na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika .

Przewodniczący

.....