

Sygn. akt KIO/UZP 1179/09

WYROK

z dnia 1 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Stanisława Gabruk prowadzącego działalność pod firmą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „SEGA” Stanisław Gabruk, ul. Główna 21, 49-330 Łosiów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **EnergiaPro S.A., ul. Powstańców Śląskich 20, 53-314 Wrocław** protestu z dnia 22 lipca 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: Zakład Obsługi Energetyki Sp. z o. o. oraz Zakład Produkcji Urządzeń Oświetleniowych i Elektrycznych „EGIS-Garbatka” Sp. z o.o., ul. S. Kuropatwińskiej 16, 95-100 Zgierz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. Konsorcjum ZOE, jak i czynności uznania tej oferty za spełniającą wymagania zawarte w SIWZ, dokonanych przez Zamawiającego w ramach rozstrzygnięcia protestu z dnia 22.07.2009 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert .

2. kosztami postępowania obciąża EnergiaPro S.A., ul. Powstańców Śląskich 20, 53-314 Wrocław

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Stanisława Gabruk prowadzącego działalność pod firmą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „SEGA” Stanisław Gabruk, ul. Główna 21, 49-330 Łosiów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **EnergiaPro S.A., ul. Powstańców Śląskich 20, 53-314 Wrocław** na rzecz **Stanisława Gabruk prowadzącego działalność pod firmą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „SEGA” Stanisław Gabruk, ul. Główna 21, 49-330 Łosiów,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Stanisława Gabruk prowadzącego działalność pod firmą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SEGA Stanisław Gabruk, ul. Główna 21, 49-330 Łosiów.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę żerdź, energetycznych żelbetowych, żerdzi energetycznych strunobetonowych wirowanych, belek oraz płyt ustojowych dla EnergiaPro SA (GZ/18/PN/2009), zostało wszczęte przez ENERGIAPro S.A., pl. Powstańców Śląskich 20, 53-314 Wrocław zwanego dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 79-114235 w dniu 24.04.2009 r.

W dniu 17.07.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 1 i 2, tj. oferty Stanisława Grabka prowadzącego działalność pod firmą: Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „SEGA” Stanisław Gabruk, ul. Główna 21, 49-330 Łosiów zwanej dalej:

„SEGA” albo „Przystępującym do postępowania protestacyjnego” albo „Odwołującym”. Jednocześnie poinformował, że przedmiotowe postępowanie (w zakresie zadania nr 1) unieważnia się na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” - cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie jest w stanie przeznaczyć na sfinansowanie zadania więcej niż kwota odczytana przed otwarciem ofert w przedmiotowym przetargu, tj. 2 682 064,67 zł netto, czyli 3 272 118,90 zł brutto. Dodatkowo Zamawiający odrzucił dla zadania nr 1 ofertę Konsorcjum firma: Zakład Obsługi Energetyki Sp. z o. o., ul. S. Kuropatwińskiej 16, 95-100 Zgierz oraz Zakład Produkcji Urządzeń Oświetleniowych i Elektrycznych „EGIS-Garbatka” Sp. z o.o. Ponikwa 11, 26-930 Garbatka – Letnisko zwane dalej: „Konsorcjum ZOE” albo „Protestującym” albo „Przystępującym do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego”, gdyż treść jego oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, a mianowicie zdaniem Zamawiającego brak jest w ofercie, pomimo wezwania o uzupełnienia przez Zamawiającego, dokumentu aprobaty technicznej ITB w Warszawie dla żerdzi typu EM, wymaganego zgodnie z pkt XIV 17 SIWZ.

W dniu 22.07.2009 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 180 Pzp Konsorcjum ZOE złożyło protest na: 1) odrzucenie przez Zamawiającego oferty Konsorcjum na wykonanie zadania nr 1, a w związku z powyższym bezprawne dokonanie wyboru oferty SEGA, jako najkorzystniejszej, a co za tym idzie unieważnienie przetargu z powodu tego, że najkorzystniejsza oferta przewyższa kwotę jaką Zamawiający jest w stanie przeznaczyć na sfinansowanie zadania, gdyż oferta Protestującego w razie jej nie odrzucenia, nie przewyższałaby tej kwoty. Protestujący żądał: 1) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, 2) po przeprowadzeniu w/w czynności, dokonania ponownie oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym oceny oferty złożonej przez Konsorcjum, 3) ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami wskazanymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” i ponownego dokonania oceny czy zachodzą przesłanki z art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp będące podstawą unieważnienia postępowania przetargowego.

Protestujący wskazał, że aprobaty technicznej zgodnie z przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych jest pozytywną oceną techniczną przydatności wyrobu budowlanego do zamierzonego stosowania, uzależnioną od spełnienia wymagań podstawowych przez obiekty budowlane, w których wyrób budowlany jest stosowany (art. 2 pkt 2 tej ustawy). Są one udzielane tym wyrobom, dla których nieustanowiono Polskiej Normy wyrobu, albo wyrobom, których właściwości użytkowe, odnoszące się do wymagań

podstawowych, różnią się istotnie od właściwości określonej w Polskiej Normie wyrobu objętego mandatem udzielonym przez Komisję Europejską na opracowanie norm zharmonizowanych lub wytycznych do europejskich aprobat technicznych oraz wykazem wyrobów budowlanych nieobjętych wspomnianymi mandatami Komisji Europejskiej, dla których możliwe jest ustanowienie aprobaty technicznej na wniosek jednostki organizacyjnej upoważnionej do wydawania aprobat technicznych, a określonym przez Ministra Infrastruktury w rozporządzeniu z dnia 8 listopada 2004 r. w sprawie aprobat technicznych oraz jednostek organizacyjnych upoważnionych do ich wydawania. Tym samym aprobata techniczna udzielana jest wyłącznie w sytuacji gdy dla danego wyrobu budowlanego nie ma Polskiej Normy, lub wyrób ten różni się w sposób istotny od wyrobu objętego Polską Normą. W niniejszej sprawie po wezwaniu do uzupełnienia Protestujący wskazał Zamawiającemu, iż wyroby objęte postępowaniem przetargowym są zgodne ze zharmonizowaną z dyrektywą 89/106/EWG normą PN-EN 12843:2008 „*Prefabrykaty z betonu maszty i słupy*”, a tym samym w myśl obowiązujących przepisów nie ma możliwości wystawienia na ten wyrób aprobaty technicznej. Podkreślił, iż zgodnie z Pzp Zamawiający opisując przedmiot zamówienia powinien czynić to za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy, a dopiero w przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego może uwzględniać polskie aprobaty techniczne, przy czym dopiero w drugiej kolejności po Polskich Normach (art. 30 ust. 1-3 Pzp). Dodatkowo opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 Pzp, Zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym (art. 30 ust. 4 Pzp). Tym samym ustawodawca wprowadza po stronie Zamawiającego obowiązek stosowania rozwiązań równoważnych do przedstawionych w SIWZ. Wprawdzie w przedmiotowej specyfikacji aprobata techniczna ITB nie odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia ale stanowi dokument, który winien być dołączony do oferty, niemniej w sytuacji gdy Zamawiający stawia warunek posiadania przez takiej aprobaty, należy przyjąć, iż przedmiot zamówienia opisany jest poprzez wskazanie aprobaty technicznej, a tym samym zgodnie z art. 30 ust. 4 Pzp dopuszczalne jest zastosowanie przez Wykonawców rozwiązań równoważnych do wynikającego z posiadania przez wyrób aprobaty technicznej, a za takie należy uznać zgodność tego wyrobu z Polską Normą przenoszącą normy europejskie. Protestujący wypełnił również wymagania stawiane w art. 30 ust. 5 Pzp, tzn. poprzez dostarczenie Zamawiającemu Rekomendacji Technicznej ITB wykazał, iż oferowane przez niego wyroby - żerdzie EM wykonywane są zgodnie ze zharmonizowaną z dyrektywą 89/106/EWG normą PN-EN 12843:2008 „*Prefabrykaty z betonu maszty i słupy*”. Ze

wskazanych wyżej przepisów Pzp należy wnioskować, iż brak załączonej do oferty aprobaty technicznej nie może skutkować odrzuceniem oferty. Oferent spełnił bowiem wymagania stawiane przez Zamawiającego wskazując rozwiązanie równoważne do oczekiwanego przez Zamawiającego.

W dniu 23.07.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 27.07.2009 r. (wpływ do Kancelarii Zamawiającego) do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiła firma SEGA. Przystępujący do postępowania protestacyjnego przystępuje do niniejszego postępowania z uwagi na fakt, iż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zakresie zadania 1. Jego interes prawny może doznać uszczerbku z uwagi na fakt, iż ma szansę uzyskać zamówienie w związku z tym, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i w związku ze złożonym protestem w dniu 24.07.2009 r. i żądaniem unieważnienia czynności dokonania przez Zamawiającego unieważnienia przedmiotowego postępowania w zakresie zadania 1, tj. w związku z naruszeniem przez Zamawiającego art. 32 ust. 4 i art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zażądał: 1) Odrzucić protest z powodów wad formalnych ewentualnie, w razie nie uwzględnienia żądania, 2) Uznanie zarzutów za bezzasadne, a w konsekwencji o oddalenie żądania Protestującego w całości. 3) Uznanie, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Protestującego ma pełne uzasadnienie prawne i faktyczne

Zgodnie z art. 180 ust. 8 Pzp protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie Zamawiającego, a także zawierać żądanie, zwięzłe przytoczenia zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu. W proteście brak jest wskazania przez Protestującego podstawy prawnej, tj. brak jest konkretnego wskazania przepisów Pzp, które według Protestującego zostały przez Zamawiającego naruszone. Ponadto Protestujący w złożonym Proteście nie stwierdził, że jego interes prawny doznał uszczerbku. W Dziale VI Pzp zapisane jest, iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp (art. 179 ust. 1). Nie stwierdzenie, że interes prawny wnoszącego środek ochrony prawnej doznał uszczerbku lub mógł doznać, powinno skutkować oddaleniem wniesionego środka, także wtedy gdy ten środek jest merytorycznie uzasadniony. Mając na uwadze wskazane powyżej wady formalne protestu stwierdził, że Zamawiający zobowiązany jest protest odrzucić.

Niezależnie od powyższego stwierdził, że żądania są nieuzasadnione. W SIWZ str. 7 pkt XIV z 1.7 Zamawiający określił, iż oferta musi zawierać „*Aprobaty Techniczne Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie dla żerdzi wirowanych wszystkich typów i rodzajów oraz*

żerdzi strunobetonowych typu ŻN, zaoferowanych przez Wykonawcę w ofercie". Z pisma Zamawiającego z dnia 17.07.2009 r. oznaczenie wynika, że Zamawiający zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił ofertę Protestującego, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W ofercie Protestującego brak jest, pomimo wezwania o uzupełnienie przez Zamawiającego Aprobaty Technicznej ITB w Warszawie dla żerdzi typu EM. W związku z tym decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Protestującego ma pełne uzasadnienie faktyczne i prawne.

Skoro Zamawiający określił warunki zamówienia tak jak to uczynił (pkt XIV SIWZ) wobec tego zobowiązany jest do respektowania narzuconych przez siebie reguł. Nieuzasadnione jest odwołanie się Protestującego od decyzji Zamawiającego dotyczącej odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ. Uznanie żądań Protestującego określone w złożonym proteście prowadziłoby do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp dotyczącego dochowania w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. O powyższym świadczy również opinia wyrażona w Komentarzu do Pzp pod red. T. Czajkowskiego zgodnie, z którą niedopuszczalna jest interpretacja prowadząca w konsekwencji do złagodzenia lub zaostrożenia postanowionych pierwotnie warunków. Uwagi Protestującego dotyczące opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego na tym etapie postępowania są przede wszystkim spóźnione. Jeżeli wymagania SIWZ Protestujący uznał za niezasadne zgodnie z Pzp, mógł zgodnie z pkt. X 3 SIWZ zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie jej treści do 6 dni przed terminem składania ofert, czego nie uczynił. Składając ofertę podpisał także wymagane w specyfikacji oświadczenie -złącznik nr 1 OFERTA p. 4a) „zapoznaliśmy się z treścią Specyfikacji (w tym w szczególności z umową), wszelkimi zmianami wprowadzonymi przez Zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia i przyjmujemy je bez zastrzeżeń." Natomiast zgodnie z art. 180 ust 3. pkt. 2 Pzp protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także dotyczące postanowień SIWZ, wnosi się w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej.

Argumentacja Protestującego dotycząca uznania Rekomendacji Technicznej ITB jako równoznacznej Aprobacie Technicznej ITB jest zupełnie nietrafiona i bezzasadna. Protestujący w żadnej mierze nie wypełnił wymagań stawianych przez art. 30 ust. 5 Pzp. Zasady wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych określa ustawa o wyrobach budowlanych z dnia 16 kwietnia 2004 r. i rozporządzenia wykonawcze do tej ustawy. Zgodnie z tą ustawą wyroby budowlane (np. elektroenergetyczne żerdzie żelbetowe typu ŻN i wirowane typu E) nadają się do stosowania przy wykonywaniu robót budowlanych, jeżeli są oznakowane znakiem CE (możliwość stosowania we wszystkich państwach członkowskich

Unii Europejskiej) lub znakiem budowlanym B (tylko dla wyrobów na terenie Polski). Oznakowanie wyrobu budowlanego znakiem budowlanym B jest dopuszczalne, jeżeli producent mający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokonał oceny zgodności i wydał na swoją wyłączną odpowiedzialność krajową deklarację zgodności z Polską Normą wyrobu (dla żerdzi elektroenergetycznych jest to norma PN-EN 12843:2008 Prefabrykaty z betonu. Maszty i słupy) albo posiada ważną Aprobata Techniczną ITB dotyczącą konkretnego wyrobu budowlanego. Oznakowanie CE mogą mieć wyroby dla których opracowane są normy zharmonizowane (dla żerdzi elektroenergetycznych jest to norma PN-EN12843:2008). Dla krajowych producentów żerdzi elektroenergetycznych z betonu nie posiadających ważnej Aprobaty Technicznej ITB oznakowanie wyrobu znakiem B jest możliwe tylko po dokonaniu oceny zgodności z normą PN-EN12843:2008 przy zastosowaniu systemu atestacji zgodności 2+ (tabl. Z.A. 2 normy PN-EN12843:2008). Taki producent żerdzi elektroenergetycznych z betonu musi posiadać certyfikowaną zakładową kontrolę produkcji (tzn. legitymuje się numerem certyfikatu i nazwą jednostki certyfikującej).

Certyfikacja ta polega na wstępnej inspekcji zakładu i zakładowej kontroli produkcji (skrót: ZKP), a także ciągłym nadzorze, ocenie i akceptacji ZKP. Norma PN-EN 12834:2008 „*Prefabrykaty z betonu. Maszty i słupy*” pkt. ZA.2 określa procedurę atestacji zgodności masztów i słupów, na podstawie której jednostka notyfikowana (tj. CEBET lub ITB) wydaje Certyfikat WE upoważniający producenta do naniesienia oznakowania CE. W treści zawartej na str.22 (Tablica ZA.3. - Wyznaczenie zadań przy ocenie zgodności masztów i słupów w ramach systemu 2+) wskazuje się procedurę uzyskania Certyfikatu WE, obejmującą następujące elementy:

- zadania obowiązujące producenta:

- wstępne badania typu (potwierdzeniem dobrowolnym jest uzyskanie Rekomendacji technicznej)
- Zakładowa kontrola produkcji
- Dalsze badania próbek pobranych w zakładzie

- zadania jednostki notyfikowanej - Certyfikacja zakładowej kontroli produkcji.

Na podstawie uzyskanego Certyfikatu na zgodność z ww. normą wydanego przez jednostkę notyfikowaną producent upoważniony jest do naniesienia oznakowania CE i wydania deklaracji zgodności, w której jako dokument odniesienia podaje m.in. nr uzyskanego certyfikatu zakładowej kontroli produkcji. Z treści zawartej na stronie 23 ww. normy pkt. ZA.2.2. Certyfikat WE i deklaracja zgodności wynika jednoznacznie, że: „*Do deklaracji zgodności należy załączyć certyfikat zakładowej kontroli produkcji, wydany przez jednostkę notyfikowaną.*”

Rekomendacja Techniczna ITS nie zastępuje certyfikatu ZKP o czym również mówi się między innymi w piśmie ITB z dnia 10.07.2009 r., które Protestujący dołączył do protestu.

Rekomendacja także nie upoważnia producenta do naniesienia oznakowania CE, gdyż stanowi dobrowolny dokument, potwierdzającym wykonanie wstępnego badania typu (spełnienie tylko jednego z zadań producenta).

Aprobaty Techniczne ITB stracą w przyszłości swą ważność w sposób naturalny i jedyną oceną zgodności żerdzi z betonem będzie zgodność z normą PN-EN 12843:2008 „*Prefabrykaty z betonu. Maszty i słupy*”, tj. Certyfikat WE upoważniający producenta do naniesienia oznakowania CE o czym jednoznacznie mówi prawo budowlane. Przed terminem wygaśnięcia aprobat producenci winni podjąć działania zmierzające do wprowadzenia zakładowej kontroli produkcji i uzyskania Certyfikatu WE wydanego przez jednostkę notyfikowaną, upoważniającą do naniesienia oznakowania CE.

W związku z powyższym Protestujący chcąc załączyć do oferty dokument równoznaczny Aprobacie Technicznej powinien przedstawić Certyfikat WE, upoważniający producenta do naniesienia oznakowania CE czego nie zrobił. W takim przypadku powoływanie się przez Protestującego w uzasadnieniu swojego protestu na art. 34 ust. 1-4 Pzp jest nieuzasadnione. Wnosił o oddalenie protestu w całości. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 03.08.2009 r. faxem, poprzez jego uwzględnienie. Zamawiający uwzględnił protest w całości, uchylając decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania w zakresie zadania nr 1. Ponadto Zamawiający po zapoznaniu się z udzielonymi wyjaśnieniami zawartymi w proteście wniesionym w dniu 22.07.2009 r. przez Konsorcjum ZOE powtórzył następujące czynności, tj. przeprowadził ponowne badanie odrzuconej oferty złożonej przez Konsorcjum ZOE i uznał, że oferta ta spełnia wymagania zawarte w SIWZ. Zamawiający powtórzył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, w wyniku której za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Konsorcjum ZOE za kwotę brutto 2.818.476,70 zł.

W dniu 12.08.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na rozstrzygnięcie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP odnośnie zadania nr 1, w zakresie: a) przeprowadzenia ponownego badania odrzuconej uprzednio oferty złożonej przez Konsorcjum ZOE i uznania, że wyżej wymieniona oferta spełnia wymagania zawarte w SIWZ, b) dokonania wyboru ofert Konsorcjum ZOE jako najkorzystniejszej. Postępowanie Zamawiającego, o którym mowa powyżej, bez wątpienia naruszało:

1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji i nie odrzucenie oferty, która nie spełnia warunków określonych w SIWZ,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie, pomimo, iż treść oferty nie spełnia wymogów SIWZ.

Z uwagi na powyższe Odwołujący prosi o uwzględnienie żądań Odwołującego w całości i nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności dokonania wyboru przez Zamawiającego oferty Konsorcjum ZOE, 2. powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, 3. odrzucenia oferty Konsorcjum ZOE na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z faktem, iż wyżej wymieniona oferta nie spełnia wymagań SIWZ, 4. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, uwzględnienie przez Zamawiającego protestu złożonego przez Konsorcjum jest ze wszech miar błędne i nie znajduje uzasadnienia w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa, tj. w treści art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Art. 7 ust. 1 i 3 Pzp formułuje fundamentalne dla udzielania zamówień publicznych zasady, to jest zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców. Powyższe zasady pozwalają m. in. na realizację celów ustawowych przedmiotowego postępowania, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania.

Przywołał komentarz do art. 7 Pzp [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.

Bezspornie poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ZOE, jako najkorzystniejszej, pomimo niedołączenia jednego z bezwzględnie wymaganych dokumentów, określonych w SIWZ w pkt. XIV 1.7, Zamawiający złamał powyższe zasady.

Z wielokrotnie formułowanych w powyższym zakresie tez orzeczeń KIO, wynika iż: *„działanie Zamawiającego polegające na wybiórczym traktowaniu wymagań ustalonych w siwz, jest na etapie oceny ofert niedopuszczalne, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zamawiający nie może na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz innej, niż pierwotnie ustalona treści, wyłącznie w celu obrony ofert uznanej przez siebie za najkorzystniejszą”* (wyrok z dnia 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 133/09). Z powyższego wynika, iż nawet jeśli przywołane, w proteście argumenty, są, to i tak, zgodnie z cytowanym powyżej wyrokiem i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, Zamawiający, na tym etapie postępowania, nie ma prawa nadawać postanowieniom SIWZ innej, niż pierwotnie ustalona treści oraz wybiórczo traktować wymagań określonych w SIWZ. W przypadku gdy, zdaniem Konsorcjum ZOE, wymagania określone w SIWZ są nieprecyzyjne, lub budzą jakiegokolwiek wątpliwości, w takiej sytuacji winny one być oprotestowane przed terminem złożenia ofert (art. 180 ust 3 pkt 2 Pzp). Podkreślił, iż podnoszenie zarzuty odnośnie treści SIWZ, po dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, jest definitywnie spóźnione i jako takowe nie powinno być przez Zamawiającego rozpatrywane i uwzględnione. Szczególnie, iż składając ofertę podpisał on wymagane w SIWZ oświadczenie -złącznik nr 1 OFERTA p. 4a).

Niezależnie od powyższego podkreślił, iż uważa, iż stanowisko Konsorcjum ZOE w sprawie znaczenia dokumentu aprobaty technicznej ITB w Warszawie dla żerdzi typu EM, wymaganego zgodnie z pkt XIV 1.7. SIWZ, jest całkowicie błędne.

Z opinii pracownika naukowego Instytutu Budowlanego Politechniki Wrocławskiej dr inż. Aleksy Łodo wynika, że żerdzie żelbetowe typu ŻN i strunobetonowe z betonu wirowanego typu E (zarówno cienkie, jak i mocne typu EM), jako podstawowe elementy konstrukcji wsporczych w napowietrznych liniach elektroenergetycznych, mogą być wprowadzone do obrotu w Polsce zgodnie z zasadami podanymi w ustawie o wyrobach budowlanych z dnia 16 kwietnia 2004 r. i rozporządzeniach wykonawczych do tej ustawy.

Zgodnie z tą ustawą na rynek polski mogą być wprowadzone (tzn. legalnie zastosowane w obiektach budowlanych) wyroby budowlane oznakowane znakiem CE lub znakiem budowlanym B. Wyroby z oznakowaniem CE mogą być stosowane we wszystkich krajach członkowskich Unii Europejskiej a znakiem budowlanym B tylko na terenie Polski. Warunkiem oznakowania wyrobu w systemie europejskim znakiem CE a w systemie krajowym znakiem B jest dokonanie oceny zgodności wg określonego systemu oceny zgodności wyrobu budowlanego podanego w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie sposobów deklarowania zgodności, wymagań jakie powinny spełniać notyfikowane jednostki uczestniczące w ocenie zgodności, oraz sposobu oznaczania wyrobów budowlanych oznakowaniem CE oraz w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004r. w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym.

System oceny zgodności wyrobu budowlanego przed jego oznakowaniem znakiem CE bądź B jest identyczny dla poszczególnych grup wyrobów, co wynika z cytowanego wyżej rozporządzenia w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym. Rozporządzenie to w załączniku nr 1 podaje wymagane systemy oceny zgodności dla poszczególnych grup wyrobów budowlanych zgodnie z kolejnymi decyzjami Komisji Europejskiej określającymi te systemy. Nie występują tu żadne różnice. Różne są natomiast dokumenty odniesienia dla systemów atestacji zgodności. W systemie krajowym dokumentem odniesienia jest polska norma wyrobu lub aprobaty technicznej (jeżeli brak polskiej normy wyrobu). W systemie europejskim dokumentem odniesienia jest zharmonizowana norma wyrobu lub europejska aprobaty technicznej.

Dla żerdzi elektroenergetycznych z betonu Polski Komitet Normalizacyjny dopiero w 2005r. wprowadził jako normę wyrobu PN-EN 12843:2005 Prefabrykaty z betonu. Maszty i słupy (wersja angielska). W 2008 r. zastąpił ją normą PN-EN 12843:2008 w języku polskim, tłumacząc wersję angielską Normy Europejskiej EN 12843:2004. Do końca sierpnia 2005 r. polscy producenci żerdzi elektroenergetycznych z betonu mogli uzyskać Aprobatę

Techniczną ITB, która jest dokumentem odniesienia w systemie 3 oceny zgodności żerdzi z betonu (warunek ważna Aprobata Techniczna i wdrożony w zakładzie system kontroli produkcji gwarantujący wymagania wyrobu określone w Aprobacie Technicznej ITB). Stare Aprobaty (te wydane przed 1 września 2005 r. i następnie przedłużane) tracą praktycznie ważność do końca tego roku. Jedynym dokumentem odniesienia w procesie oceny zgodności żerdzi (słupów) elektroenergetycznych z betonu będzie wówczas norma zharmonizowana PN-EN 12843:2008 Prefabrykaty z betonu. Maszty i słupy (tak jak jest obecnie dla producentów nie posiadających Aprobat Technicznych ITB).

Atestację zgodności żerdzi wirowanych typu E (zarówno cienkich, jak i mocnych typu EM) i żelbetowych typu ŻN, z uwagi na wymagania podstawowe wskazane w tabl. ZA.1 normy PN-EN 12843:2008, należy przeprowadzić na podstawie procedury oceny zgodności wskazanej w tabl. ZA.3 tej normy. Zharmonizowana specyfikacja techniczna PN-EN 12843:2005 wskazuje system oceny zgodności 2+, który określa jednoznacznie zadania dla producenta i jednostki notyfikowanej przy ocenie zgodności żerdzi elektroenergetycznych. Do zadań producenta należy zrealizowanie wstępnych badań typu, wprowadzenie zakładowej kontroli produkcji oraz wykonanie uzupełniających badań próbek pobranych w zakładzie produkcyjnym, zgodnie z ustalonym planem. Do działań jednostki notyfikowanej należy natomiast certyfikacja zakładowej kontroli produkcji (na podstawie wstępnej inspekcji zakładu produkcyjnego i zakładowej kontroli produkcji) oraz ciągły nadzór, ocena i akceptacja zakładowej kontroli produkcji. W wyniku tego procesu jednostka certyfikująca wydaje dokument dla producenta żerdzi podając nr certyfikatu ZKP oraz nazwę jednostki certyfikującej.

Jeśli zostanie wykazana zgodność z warunkami określonymi w normie PN-EN12843:2008 i jednostka notyfikowana wyda wspomniany wyżej certyfikat zakładowej kontroli produkcji, producent lub jego upoważniony przedstawiciel powinien przygotować i przechowywać deklarację zgodności, która upoważniać będzie producenta do naniesienia oznakowania CE. Symbol oznakowania CE powinien być zgodny z dyrektywą 93/68/EWG oraz być umieszczony na wyrobie. Na rysunkach ZA.1 ZA.4 normy PN-EN12843:2008 dla producenta z numerem Certyfikatu oraz nazwą jednostki certyfikującej przedstawiono przykładowe etykiety z oznakowaniem CE do umieszczania na wyrobie, zawierające minimalny zestaw informacji i powiązanie z dokumentem towarzyszącym, w którym podane są inne wymagane informacje. Do deklaracji zgodności należy załączyć certyfikat zakładowej kontroli produkcji. Wyżej wymienioną deklarację oraz certyfikat należy przygotować w oficjalnym języku lub językach kraju członkowskiego, w którym wyrób ma być stosowany.

W świetle wymagań zharmonizowanej normy wyrobu PN-EN 12843:2008 oraz ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy rola Rekomendacji Technicznej ITB (czy każdej innej Rekomendacji) jest żadna w procesie oceny zgodności

wyrobu z normą PN-EN12843:2008. Wydawanie deklaracji zgodności z normą PN-EN 12843:2008 dla żerdzi wirowanych typu E (zarówno cienkich, jak i mocnych typu EM) bądź żelbetowych typ ŻN bez certyfikatu Zakładowej kontroli produkcji jest niezgodne z obowiązującym prawem i nie upoważnia producenta do oznakowania tych wyrobów znakiem budowlanym B bądź CE (wyrób taki jest stosowany nielegalnie w świetle obowiązującego w Polsce prawa budowlanego). Odnośnie sposobów certyfikacji wyrobów budowlanych podobnie wypowiedział się w piśmie z dnia 03.08.2009r. Główny Urząd Nadzoru Budowlanego. Dowód: pismo GUNB z dnia 03.08.2009 r.

Z uwagi na powyższe należy bez wątpienia i z całą stanowczością stwierdzić, iż dołączona, Rekomendacja Techniczna, w żadnej mierze nie mogła zastąpić żądanej przez Zamawiającego na podstawie zapisu w pkt. XIV 1.7. *„Aprobaty Technicznej Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie dla żerdzi wirowanych wszystkich typów i rodzajów oraz żerdzi strunobetonowych typu ŻN, zaoferowanych przez Wykonawcę w ofercie”*.

Załączając jedynie Rekomendację techniczną oferowanych wyrobów, bez certyfikatu Zakładowej kontroli produkcji, Konsorcjum w żadnej mierze nie wykazało, iż oferowany produkt spełnia wymagania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, w zakresie dopuszczenia ww. wyrobów do obrotu.

Z całą stanowczością należy zatem podkreślić, iż całkowicie bezpodstawnym jest uznanie przez Zamawiającego Rekomendacji technicznej załączonej przez Konsorcjum do oferty, jako *„rozwiązanie równoważne”*, w rozumieniu art. 30 ust. 4 Pzp wymaganej w SIWZ Aprobaty Technicznej Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie. Zaś *“(…) w przypadku niedołączenia do oferty wymaganego oświadczenia lub dokumentu przez wykonawcę, zamawiający ma obowiązek stwierdzenia, że treść takiej oferty nie odpowiada treści specyfikacji i zamawiający jest zobligowany do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 (…)”* (wyrok KIO z dnia 6.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1144/08), czego Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie uczynił.

Z uwagi na powyższe dokonany przez Zamawiającego wybór oferty Konsorcjum, jako oferty najkorzystniejszej powinien zostać unieważniony, a Zamawiający powinien zawrzeć umowę z Odwołującym, którego oferta na wykonanie ww. zadania, jako jedyna nie została odrzucona, a co za tym idzie została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni).

W dniu 12.08.2009 r. (data pisma, potwierdzenie otrzymania 18.08.2009 r.) Zamawiający przekazał Konsorcjum ZOE kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpiło dnia 11.09.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Konsorcjum ZOE po

stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania. Interesem prawnym Konsorcjum ZOE jest utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego o rozstrzygnięciu protestu, z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego w całości jego protestu, a w konsekwencji wybór jego oferty w zakresie realizacji zadania nr 1, jako najkorzystniejszej. Wnosił o: 1. uznanie zarzutów Odwołującego w całości za bezzasadne i oddalenie odwołania w całości. 2. utrzymania w mocy decyzji Zamawiającego z dnia 03.08.2009 r. uwzględniającej jego protest. Zarzuty Odwołującego w stosunku do decyzji Zamawiającego rozstrzygającej protest wniesiony w dniu 22.07.2009 r. są bezpodstawne. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Podstawowym zarzutem zgłoszonym przez Odwołującego jest naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. Należy podnieść, iż nie można w postępowaniu Zamawiającego doszukać się elementów wybiórczego traktowania wymagań ustalonych w SIWZ, w sposób naruszający prawa Odwołującego do równego traktowania w poszanowaniu zasady pełnej konkurencyjności ofert wykonawców. Pkt XIV 1.7 SIWZ nakładał na oferentów obowiązek, którego istotą było wykazanie poprzez żądany dokument, iż zamawiany wyrób posiada pozytywną opinię techniczną przydatności wyrobu budowlanego do zamierzonego stosowania (art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych - definicja aprobaty technicznej), przy czym tego typu dokumenty wydaje się wyłącznie dla wyrobów dla których nie ustanowiono Polskiej Normy. W tej sytuacji na skutek ustanowienia w roku 2008 zharmonizowanej z dyrektywą 89/1067EWG Normy PN-EN 12843:2008 „*Prefabrykaty z betonu maszty i słupy*”, obowiązek uzyskiwania aprobat technicznych dla wyrobów objętych niniejszym postępowanie ustał. W obrocie gospodarczym funkcjonują więc obok siebie wyroby posiadające aprobatę techniczną ITB oraz wyroby zgodne ze wskazaną wyżej normą, przy czym obydwie grupy wyrobów spełniają kryteria stawiane przez Zamawiającego w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie. Podkreślił, iż wymaganie stawiane w pkt XIV 1.7 SIWZ, które formalnie można uznać za element warunków wzięcia przez wykonawcę udziału w postępowaniu, stanowi *de facto* element opisu przedmiotu zamówienia, gdyż z obowiązku dołączenia do oferty aprobaty technicznej wynika bezpośrednio konieczność wykazania przez oferenta, iż jego wyrób spełnia określone techniczne wymagania. Stąd też wniosek, iż uczestnik mógł wskazać rozwiązanie równoważne do oczekiwanego przez Zamawiającego (obowiązek posiadania przez wyrób aprobaty technicznej) odwołując się wprost do art. 30 ust. 4 i 5 Pzp.

Poprzez dostarczenie Rekomendacji Technicznej Konsorcjum ZOE wykazało wprost, iż nie ma możliwości uzyskania aprobaty technicznej ITB dla wyrobu, a co więcej z pisma ITB z 10.07.2009 r. wynika, iż wyroby objęte spełniają wymagania stawiane przez Zamawiającego: „*Informujemy, że udzielona na wniosek GASTEL S.A. Rekomendacja Techniczna ITB RT ITB-1137 2008 jest dokumentem dobrowolnym, potwierdzającym*

wykonanie wstępnego badania typu żerdzi wirowanych z betonu sprężonego typów Em. Ed i Ew oraz ich przydatność do stosowania w budownictwie i zgodność z wymaganiami przepisów techniczno-budowlanych i z zasadami wiedzy technicznej.". Odwołując się ponownie do definicji aprobaty technicznej wskazał, iż jest to dokument potwierdzający, iż zamawiany wyrób posiada pozytywną opinię techniczną przydatności wyrobu budowlanego do zamierzonego stosowania. Tym samym przedstawiony dokument w postaci Rekomendacji Technicznej faktycznie zawiera w swojej treści oświadczenie jednostki badawczej - Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie - analogiczne do treści która winna zostać ujęta w aprobacie technicznej. Wobec braku prawnej możliwości wystawienia aprobat) dla wyrobów objętych ofertą, dokument ten spełnia! analogiczną funkcję. Tak więc również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp jest zarzutem chybionym, gdyż treść oferty uczestnika odpowiadała wymaganiom określonym w SIWZ.

Przyjęcie za trafne stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego naruszałoby zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji określone w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Gdyby bowiem przyjąć tę argumentację za słuszną, warunki niniejszego postępowania dyskryminowałyby szereg podmiotów oferujących wyroby spełniające wymagania techniczne zawarte w SIWZ. a nie posiadające aprobaty technicznej, która jak wynika wprost z odwołania była wydawana dla tego typu wyrobów do września 2005 r. W konsekwencji w postępowaniu przetargowym mogłyby brać udział wyłącznie podmioty, które zdążyły tę aprobatę przed wskazanym wyżej terminem uzyskać, pozbawiając takiej możliwości szereg podmiotów oferujących wyroby wytwarzane w sposób zgodny z odpowiednimi normami i wymaganiami technicznymi. Przytacza wyrok KIO z 20.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 2/09. Stąd też działanie Zamawiającego rozstrzygające protest prowadziło do wzmocnienia zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania, a nie zasadę tę naruszało. Zamawiający w żadnym wypadku nie traktował wybiórczo wymagań stawianych w SIWZ, a jedynie dokonał ich wykładni z uwzględnieniem powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w szczególności Pzp. Stąd też zarzut Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp jest zarzutem chybionym.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego uznania za błędne stanowiska uczestnika w sprawie znaczenia dokumentu aprobaty technicznej ITB w Warszawie dla żerdzi typu EM, dołączył protokół z wyników oceny systemu zarządzania jakością produkcji wraz z certyfikatem zarządzania jakością produkcji dla wyrobów objętych ofertą uczestnika, dla wykazania iż wyroby te produkowane są z zachowaniem wymagań normy PN:EN 12843:2008 i jako takie w sposób prawidłowy oznaczane przez producenta znakiem budowlanym CE. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu faxem.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, wezwaniem z dnia 25.06.2009 r. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów skierowanym do Przystępującego do postępowania odwoławczego, jego odpowiedzią z dnia 26.06.2009 r. wraz załącznikami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron i Przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, podnosząc zarzuty wobec oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejszą, w sytuacji gdy w przypadku odrzucenia tej oferty sam, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez jego niezastosowanie co do oferty Konsorcjum ZOE, pomimo, iż treść tej oferty nie spełnia wymogów SIWZ, Izba uznaje za zasadne.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający określił w SIWZ (str. 7) pkt XIV Opis sposobu przygotowania ofert, ppkt 1.7, iż oferta musi zawierać *„Aprobaty Techniczne Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie dla żerdzi wirowanych wszystkich typów i rodzajów oraz żerdzi strunobetonowych typu ŻN, zaoferowanych przez Wykonawcę w ofercie”*.

Pismem z dnia 25.06.2009 r. Zamawiający w toku badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, wezwał Konsorcjum ZOE do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zgodnie ze wskazanym powyżej zapisem SIWZ. Zaznaczył, że w odniesieniu do aprobat technicznych należy złożyć całość dokumentu. Określił termin do dnia 30.06.2009 r. do godz. 14:00 faxem, a wraz za tym doręczyć wersję papierową.

Pismem z dnia 26.06.2009 r. Konsorcjum ZOE przesało Zamawiającemu pismo przewodnie wraz załącznikami, w którym stwierdza, że: *„(...) przesyłamy oświadczenia i dokumenty, spełniające warunki określone w SIWZ (..)”*. Dołączono, Aprobata ITB AT-15-62229/2003 na żerdzie wirowane z betonu sprężonego typu E, aneks nr 1 do Aprobata ITB

AT-15-62229/2003 na żerdzie wirowane z betonu sprężonego typu E, Rekomendację Techniczną ITB RT ITB-1137/2008 na żerdzie wirowane z betonu sprężonego typu Em, Ed i Ew.

W wyniku powyższego Zamawiający w dniu 17.07.2009 r. odrzucił ofertę Konsorcjum ZOE – wskazując na brak mimo wezwania do uzupełnienia Aprobaty technicznej ITB w Warszawie dla żerdzi typu Em.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby, okoliczność, że Zamawiający wymagał załączenia do składanej oferty Aprobaty Technicznej Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie dla żerdzi wirowanych wszystkich typów i rodzajów oraz żerdzi strunobetonowych typu ŻN, świadczy, iż *de facto* nie dopuszczał zaoferowania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyrobów innych, tj. wyrobów bez tych aprobat. W konsekwencji jasno określił swoje potrzeby w tym zakresie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Po drugie, wskazanie przez Zamawiającego określonych dokumentów odnoszących się do oferowanego na jego potrzeby przedmiotu zamówienia uniemożliwiło zaoferowanie żerdzi wirowanych wszystkich typów i rodzajów oraz żerdzi strunobetonowych typu ŻN, tj. tych, które nie mają żądanych aprobat.

Po trzecie, stanowisko Konsorcjum ZOE jest spóźnione, gdyż na etapie składania ofert wykonawca ten winien, poprzez protest, czy też pytania skłonić Zamawiającego do zmiany wskazanego powyżej zapisu SIWZ, co umożliwiłoby zaoferowanie żerdzi wirowanych wszystkich typów i rodzajów oraz żerdzi strunobetonowych typu ŻN, tj. również tych, które mają certyfikat Zakładowej Kontroli Produkcji, czy też Rekomendacje ITB.

Po czwarte, rozważanie kwestii równoważności certyfikatu Zakładowej Kontroli Produkcji, jest w ocenie Izby, z uwagi na okoliczności przywołane powyżej, bezprzedmiotowe. Konsorcjum ZOE nie oponowało przeciw takiej argumentacji przedstawionej przez Odwołującego na rozprawie.

W rezultacie, bez znaczenia jest okoliczność złożenia kolejnych dokumentów, obok złożonej w ramach wezwania do uzupełnienia Rekomendacji Technicznej ITB RT ITB-1137/2008 na żerdzie wirowane z betonu sprężonego typu Em, Ed i Ew, tj. m.in. certyfikatu Zakładowej Kontroli Produkcji wraz z przystąpieniem do postępowania odwoławczego przez Konsorcjum ZOE, gdyż Zamawiający nie dopuścił zaoferowania w przedmiotowym postępowaniu wyrobów mających taki certyfikat.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego

art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji i nie odrzucenie oferty, która nie spełnia warunków określonych w SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji. Izba, wobec wykonania przez Zamawiającego czynności wynikających z rozstrzygnięcia protestu, od którego złożono rozpoznawane przez Izbę odwołanie, działając na podstawie art. 191 ust. 2 Pzp, nakazała Zamawiającemu dokonanie określonych w sentencji orzeczenia czynności.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Oдноśnie wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych, Izba stwierdza, iż z uwagi na nie przedłożenie faktury, nie został on uwzględniony. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), Izba może przyznać koszty wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....