

POSTANOWENIE
z dnia 12 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Lidia Ziółkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 12.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Ostrowiec Świętokrzyski, ul. Głogowskiego 3/5, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski** protestu / protestów * z dnia 03.01.2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz **Centrum Zaopatrzenia Energetyki "ELTAST" Sp. z o.o., ul. Toruńska 9, 26-600 Radom** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1 odrzuca odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz .XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław**

Uzasadnienie

2

Wykonawca **Thorn Lighting Polska sp.z o.o.** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Gazowej 26 A zwany dalej "Odwołującym" złożył protest na czynności Gminy Ostrowiec Świętokrzyski zwany dalej "Zamawiającym" (pismo Odwołującego z dn.03.01.2008r.) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na : Przebudowę i rozbudowę systemu oświetlenia ulicznego w Ostrowcu Świętokrzyskim – etap II. Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dn.04.10.2007r. pod poz.183723.

Protest został złożony, jak podaje Odwołujący z powodu uchylania się przez Zamawiającego od udzielenia odpowiedzi jednoznacznych i wyczerpujących na pytania w zakresie dotyczącym ofert równoważnych, co zdaniem Odwołującego uniemożliwia złożenie prawidłowej oferty.

Odwołujący przedstawił następujące żądania. Po pierwsze zażądał podania

wszystkich danych dotyczących geometrii drogi i usytuowania istniejących słupów, a niezbędnych do wykonania projektu równoważnego, analizy ekonomicznej i wyliczenia zmniejszenia emisji dwutlenku węgla, po drugie zażądał przesunięcia terminu składania ofert w przypadku otrzymania danych od Zamawiającego, po trzecie w przypadku nie dysponowania przez Zamawiającego danymi, odstąpienia od sporządzenia projektu równoważnego, a po czwarte w przypadku nieuwzględnienia powyższych wniosków zgłosił żądanie unieważnienia postępowania z powodu braku możliwości złożenia oferty równoważnej.

Jako podstawę prawną swoich żądań Odwołujący podał art. 7 ust.1, art.38 ust.1 oraz art.29 ust.1 i .3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. -Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2007r. Nr 223 poz.1655) zwaną dalej "ustawą".

Zarzuty Odwołującego sprowadzają się do określenia w SIWZ : po pierwsze warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, poprzez brak wyczerpujących odpowiedzi na pytania Odwołującego i zatajenie danych niezbędnych do wykonania projektu równoważnego.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący przedstawił następujące okoliczności. Odwołujący w dniu 31.12.2007r. otrzymał odpowiedzi na zadane pytania w związku z zmodyfikowaną SIWZ w zakresie ofert równoważnych. W jego ocenie odpowiedzi były wymijające i niekompletne w szczególności w zakresie pytań 1,2,7,8 i 9. Pytania dotyczyły następujących zagadnień : podania danych dotyczących konfiguracji istniejącego systemu oświetleniowego, a w szczególności jaką odległość istniejącego słupa od krawędzi jezdni należy przyjąć do obliczeń dla danego odcinka jezdni, udostępnienia szczegółowej inwentaryzacji systemu oświetleniowego na terenie miasta Ostrowiec, informacji o taryfach opłat na poszczególnych obwodach, informacji o wielkości mocy zainstalowanej przed i po modernizacji, jaki jest czas świecenia opraw w poszczególnych miesiącach roku

3

kalendarzowego, jaka jest roczna opłata za energię elektryczną systemu oświetlenia przed modernizacją, jaką zamierza Zamawiający przeznaczyć kwotę na konserwację systemu po modernizacji. Odwołujący w uzasadnieniu również podał, że dołączone do SIWZ skany map nie dają możliwości odczytów przebiegów granic dróg i chodników gdyż nie są dostatecznie czytelne.

Zamawiający na podstawie art.180 ust 7 ustawy odrzucił protest jako wniesiony po terminie (pismo z dn.09.01.2008r.). W uzasadnieniu decyzji podał, że zakwalifikowani wykonawcy wraz zaproszeniem do składania ofert otrzymali SIWZ (Instrukcja wraz z dokumentacją projektową) w dn. 28.11.2007roku. Po czym Odwołujący złożył w dn. 03.12.2007r. protest na czynności Zamawiającego domagając się między innymi modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uznał protest w całości dokonując modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pismo z dn.14.12.2007r.). Tak więc Odwołujący mógł ponownie oprotestować SIWZ po jego modyfikacji, ale nie później jak do dn.21.12.2007r.

Z uwagi jak podaje Zamawiający na dobro sprawy, a nie merytoryczne rozstrzygnięcie protestu ustosunkował się do zarzutów protestu. Wszystkie dane do sporządzenia oferty równoważnej oraz wykonania analizy techniczno – ekonomicznej i określenia efektu ekologicznego zawarte są w dokumentacji projektowej będącej w posiadaniu Odwołującego.

Zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji w ocenie Zamawiającego jest bezzasadny, ponieważ udostępnił wszystkie dane do sporządzenia oferty równoważnej Zamawiający uważa, że skan mapy do celów projektowych jest odwzorowaniem w skali 1:1 mapy do celów projektowych więc dane dotyczące konfiguracji systemu oświetleniowego nie są, wbrew twierdzeniom Odwołującego, obarczone błędem i niemożliwe do odczytania. W tej sytuacji Zamawiający nie odstąpi od wymogu wykonania projektu równoważnego, gdyż musi posiadać pewność, że zaproponowane rozwiązania spełniają jego oczekiwania.

Odwołujący złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wnosząc i wywodząc jak w proteście (pismo z dn.11.01.2008r.). Odwołujący nadal utrzymuje, że nie jest w stanie sporządzić oferty równoważnej, ponieważ Zamawiający odmawia udzielenia informacji niezbędnych do jej sporządzenia.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło sześciu wykonawców.

4

W wyniku badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający zaprosił do złożenia oferty w postępowaniu pięciu wykonawców, w tym Odwołującego.

Do zaproszenia załączone zostało SIWZ w formie elektronicznej, w którym Zamawiający według jego oceny zawarł wszystkie materiały, informacje i wskazówki niezbędne do przygotowania oferty w tym oferty równoważnej (pismo z dn. 23.11.2007r.).

Odwołujący na otrzymane w dn. 28.11.2007r. SIWZ złożył protest (pismo z dn.03.12.2007r.), w którym stwierdził, iż zapisy specyfikacji uniemożliwiają złożenie jemu prawidłowej oferty. Zażądał szeregu zmian (siedem wniosków) między innymi dotyczących : 1) ustalenia kryteriów oceny dla projektu równoważnego zgodnie z normą PN EN 13 201 dotyczącą oświetlenia dróg publicznych, zamiast niejasno opisanych kryteriów w projekcie Zamawiającego, 2) dopuszczenia, aby wykonawca mógł wykonać projekt równoważny na każdym programie przeznaczonym do wykonywania tego typu projektów, 3) przesunięcia terminu składania ofert o co najmniej 7 dni w przypadku modyfikacji SIWZ , 4) w przypadku nieuwzględnienia powyższych wniosków - unieważnienie postępowania z uwagi na brak możliwości zawarcia skutecznie prawnie umowy o wykonanie niniejszej roboty. Pozostałe wnioski dotyczyły: wykreślenia dokumentu opisanego w załączniku nr 3 (oświadczenie producenta), wykreślenia żądania uzgodnienia projektu równoważnego w zakładzie energetycznym, dopuszczenia zamiennika oprawy LUNOIDA lub wykreślenia tej części robót z opisywanego zadania.

Zamawiający pismem z dn.14.12.2007r. rozstrzygnął protest dotyczący treści SIWZ Zamawiający uwzględnił wnioski Odwołującego zawarte w proteście z dn.03.12.2007r. w całości i dokonał odpowiedniej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Modyfikacja dotyczyła następujących zapisów : wykreślenia żądania dokumentu opisanego w zał. Nr 3 do SIWZ , wykreślenia wymagania uzgodnienia w miejscowym zakładzie energetycznym projektu równoważnego, ustalenia kryteriów oceny dla projektu równoważnego według normy PN EN 13 201 dotyczącej oświetlenia dróg publicznych, opisu przedmiotu zamówienia w części dotyczącej ofert równoważnych to jest pkt 17 ppkt 3.1. i 3.2.SIWZ , który otrzymał nowe brzmienie, wykreślenia kwestionowanej części robót w zakresie oprawy LUNOIDA, uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 17 SIWZ ppkt 3.2.2. SIWZ) dopuszczenia aby wykonawca mógł wykonać projekt równoważny na każdym programie przeznaczonym do wykonywania tego rodzaju projektów, przesunięcia terminu składania ofert.

Odwołujący nie odwołał się od dokonanej w dn.14.12.2007r. modyfikacji SIWZ, dokonanej zresztą z uwzględnieniem w całości jego wniosków zawartych w proteście z dn.03.12.2007r.

5

Odwołujący w dniu 17.12.2007r. złożył do Zamawiającego wniosek o opublikowanie obliczeń fotometrycznych, będących składową projektu dołączonego do SIWZ z uwagi na ich brak w SIWZ . Uzasadniając to zamiarem złożenia oferty równoważnej i koniecznością w związku z tym dysponowania takimi samymi danymi jak do projektu Zamawiającego (rozstaw słupów, odległość słupów od drogi, geometria drogi, rodzaj nawierzchni, klasyfikacja drogi, siatka obliczeniowa i przyjęta moc zainstalowana). Zamawiający w dn.20.12.2007r. przywołując art.38 ust.1 i 2 ustawy udzielił odpowiedzi, z której wynika, że w dostarczonej każdemu wykonawcy dokumentacji znajdują się dane niezbędne do opracowania równoważnej oferty, o które wniósł Odwołujący. Jedynie w zakresie żądania podania mocy zainstalowanej, Zamawiający stwierdził, że te dane nie są potrzebne do wykonania obliczeń parametrów fotometrycznych. Zamawiający powiadomił wykonawców, także w tym piśmie, że w dn.19.12.2007r. nastąpiło ostateczne rozstrzygnięcie protestu Odwołującego z dn.03.12.2007r. i o ustaleniu nowego terminu na dzień 07.01.2008r do złożenia ofert.

Odwołujący złożył kolejne pismo do Zamawiającego tym razem w formie pytań, co

uczynił w dn.27.12.2007r. formułując w nim kolejne oczekiwania i zarzuty pod adresem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zadał kolejnych dziewięć pytań formułując zarzuty pod adresem siwz : 1) brakuje parametrów geometrycznych chodników, 2) brakuje odległości słupa od krawędzi jezdni dla wszystkich odcinków dróg, , 3) brakuje podania pozycji obserwatora, 4) brakuje wymiarów siatki obliczeniowej, na podstawie której uzyskano wartości średnie parametrów fotometrycznych, 5) brakuje założeń planu konserwacji nowego systemu, 6) brakuje parametrów oświetleniowych dla obydwu pasów ruchu, 7) brakuje szczegółowej inwentaryzacji systemu oświetlenia drogowego na terenie Ostrowca, 8) brakuje informacji o taryfach opłat na poszczególnych obwodach, wielkości mocy zainstalowanej przed i po modernizacji, czasu świecenia opraw w poszczególnych miesiącach kalendarzowych, 9) brakuje rocznej sumarycznej opłaty za energię elektryczną pobieraną przez system przed modernizacją oraz brakuje kwoty jaką Zamawiający planuje przeznaczyć na konserwację systemu po modernizacji.

Zamawiający pismem z dn.28.12.2007r. udzielił wykonawcom odpowiedzi, gdzie jako źródło oczekiwanych odpowiedzi wskazał dokumentację SIWZ, bądź odmówił odpowiedzi uznając , że oczekiwania podania poszczególnych danych nie są potrzebne do sporządzenia oferty równoważnej. Jedynie w zadanym pytaniu o roczny czas świecenia urządzeń oświetleniowych podał 4000 godzin i wskazał taryfę dziennej- nocną obowiązującą w ZEORK.

Odwolujący otrzymał odpowiedź w dn.31.12.2007r. i na podstawie udzielonej odpowiedzi Zamawiającego złożył protest, a następnie odwołanie wnosząc o zobowiązanie Zamawiającego do udzielenia wyczerpujących i jednoznacznych odpowiedzi na zadane

6

pytania, bądź w przypadku niemożności po stronie Zamawiającego udzielenia oczekiwanych odpowiedzi wnosi o unieważnienie postępowania, ponieważ na tak przygotowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest możliwe sporządzanie oferty równoważnej.

Skład orzekający Izby na podstawie dokonanej analizy dokumentacji przetargowej w tym protestu Odwołującego z dn.03.12.2007r., dokonanej modyfikacji SIWZ w dn.14.12.2007r., a następnie złożonych wniosków Odwołującego w dn.20.i 27 12.2007r. o podanie brakujących danych do sporządzenia oferty równoważnej, na podstawie argumentacji Zamawiającego i Odwołującego przedstawionej w trakcie posiedzenia, na podstawie art.187 ust.4 pkt 4 orzekł o odrzuceniu odwołania z powodu wniesienia protestu z uchybieniem terminu określonego w art. 180 ust.4 pkt 1 ustawy.

Zgodnie z art.180 ust.4 pkt 1 ustawy jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie innym niż przetarg nieograniczony (np: przetarg ograniczony), protest dotyczący specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 7 dni od dnia doręczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie później niż 3 dni przed upływem terminu składania ofert.

Odwolujący SIWZ otrzymał przy piśmie z dnia 28.11.2007r. wraz z zaproszeniem do składania ofert. W związku z tym termin na wniesienie protestu do SIWZ upłynął w dniu 05.12.2007r. Z uprawnienia do wniesienia protestu Odwołujący skorzystał w dniu 03.12.2007r. Wniesiony protest Zamawiający uwzględnił w całości w dniu 14.12.2007r. dokonując modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z dokonaną modyfikacją SIWZ i jej doręczeniem Odwołującemu w dniu 14.12.2007r. protest na dokonaną modyfikację można było złożyć w terminie kolejnych 7 dni to jest do dn.21.12.2007r.

Natomiast Odwołujący złożył protest w dniu 03.01.2008r. to jest po upływie 19 dni od otrzymania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Okoliczność złożenia zapytań w dniu 27.12.2007r., w których Odwołujący domagał się przedstawienia brakujących danych do złożenia oferty równoważnej oraz udzielone na nie odpowiedzi na uprawniając Odwołującego do złożenia odwołania w związku z odmową udostępnienia danych, bądź zdaniem Odwołującego niejednoznaczna , bądź niewyczerpująca odpowiedzią w oparciu o art.38 ust.1 ustawy.

Każdy wykonawca, który jest niezadowolony z wyjaśnień zamawiającego udzielonych w trybie art.38 ustawy może na taką czynność, bądź zaniechanie Zamawiającego złożyć

zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast Odwołujący złożył protest na bazie pytań skierowanych do Zamawiającego z dn.27.12.2007r. i oznaczonych numerami 1,2 i 7 oraz 8 i 9. Z przedstawionego powyżej stanu faktycznego wynika, że wszystkie te pytania dotyczyły braków zapisów w SIWZ (1- "brak danych wyjściowych dla obliczeń chodników", 2 -"brak odległości słupa od krawędzi jezdni", 7 -" brak szczegółowej inwentaryzacji systemu oświetlenia drogowego w Ostrowcu", 8 - "brak informacji o taryfach opłat na poszczególnych obwodach, brak mocy zainstalowanej przed i po modernizacji, brak czasu świecenia opraw w poszczególnych miesiącach roku kalendarzowego", 9 -"brak rocznej sumarycznej opłaty za energię elektryczną , brak rocznej kwoty na konserwację oświetlenia przed i planowanej po modernizacji") i wniosku do Zamawiającego o usunięcie tych braków, a nie były to pytania o wyjaśnienie treści istniejącej już specyfikacji (art.38 ust.1 ustawy).

Natomiast wykonawca może oprotestować wyjaśnienia (odpowiedzi na pytania) zamawiającego, ale wtedy gdy dotyczą istniejących zapisów zawartych w siwz, a nie nie istniejących zapisów w siwz.

Skoro Odwołujący uważał, że siwz jest wybrakowana, ponieważ nie zawiera niezbędnych informacji (danych) do sporządzenia oferty równoważnej to miał prawo skorzystać z oprotestowania SIWZ ale od daty doręczenia pierwotnych SIWZ albo od daty doręzonej modyfikacji SIWZ w zakresie zmodyfikowanej części, a nie od daty udzielenia w późniejszym terminie odpowiedzi Zamawiającego w zakresie braków danych w SIWZ.

Reasumując na braki danych w SIWZ, a dotyczących oferty równoważnej, mógł Odwołujący złożyć protest w terminie 7 dni od daty modyfikacji SIWZ (14.12.07r.) czyli do dn.21.12.2007, a uczynił to w dn.03.01.2008r., usiłując w ten sposób bezskutecznie przywrócić termin do wniesienia protestu na SIWZ.

W tym stanie rzeczy słuszna była decyzja Zamawiającego o odrzuceniu protestu.

Skład zespołu orzekającego Izby nie podzielił poglądu Odwołującego przedstawionego na posiedzeniu w zakresie :

1. Odwołujący złożył protest później niż na 3 dni przed upływem terminu składania ofert czym naruszył art.180 ust.4 pkt 1 ustawy,
2. Protest został złożony przez podmiot nieuprawniony, ponieważ nie dołączono wypisu z KRS potwierdzającego upoważnienie osób podpisujących protest,

z następujących względów :

1. Co do złożenia protestu na co najmniej trzy dni przed upływem terminu składania ofert Odwołujący złożył protest w dniu 03.01.2008r., a otwarcie ofert wyznaczone było

na dzień 07.01.2008r. Przepis art.180 ust.4 pkt 1 ustawy uzależnia skuteczność złożenia protestu od wniesienia go nie później niż 3 dni przed upływem terminu składania ofert. Skoro protest wpłynął 03.01.2008r. to trzeci dzień od jego złożenia upływa 06.01.2008r. i nie zmienia tego faktu, iż 06.01.08r. to niedziela. Zastosowanie art.115 kodeksu cywilnego ("Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego") nie może mieć tu miejsca, ponieważ dotyczy on terminu wykonania czynności, a nie wyznaczonego terminu zdarzenia przez Zamawiającego. Przesunięcie terminu w omawianym przypadku mogłoby dotyczyć daty złożenia protestu (wykonanie czynności) a nie biegu terminu co najmniej trzydniowego od złożenia protestu do dnia wyznaczonego do składania ofert. Można by także mówić o przesunięciu terminu o kolejny dzień gdyby przepis ustawy przewidywał np: 3 dni robocze, a nie 3 dni. Tak więc Odwołujący złożył protest ..."nie później niż 3 dni przed upływem terminu składania ofert" .

2. Co do złożenia protestu przez podmiot nieuprawniony to należy podkreślić , że przywołane orzeczenia zespołów arbitrów UZP/Z)O -214/07 i przywołane w nim

UZP/ZO/O-1670/O5 uległy dezaktualizacji wobec orzecznictwa sądów okręgowych, które z racji obowiązywania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisów kodeksu cywilnego, podważyły zasadność orzeczeń z.a. obligujących zamawiających do odrzucenia protestu z uwagi na nie załączenie wypisów z Krajowego Rejestru Sądowego lub innych rejestrów oraz pełnomocnictw. Zagadnienie nie złożenia skutecznego prawnie protestu sprowadzone zostało do sytuacji gdy w chwili dokonywania czynności prawnej (np: podpisanie protestu) brak było umocowania w znaczeniu braku jego udzielenia, a nie braku w sensie formalnym to jest nie dołączenie dokumentu KRS, innego rejestru czy dokumentu pełnomocnictwa. Należy przywołać w tym miejscu art.104 k.c. " Jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna." Tym bardziej nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, ponieważ dysponuje KRS Odwołującego, z racji jego załączenia do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Powyższe stanowisko składu orzekającego Izby nie ma wpływu na zasadność decyzji Zamawiającego o odrzuceniu protestu Odwołującego z uwagi na jego wniesienie po terminie, co w następstwie powoduje odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust.4 pkt 4 w związku z art. 180 ust.4 ustawy.

9

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art.191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

10

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/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* niepotrzebne skreślić

11