

WYROK
z dnia 4 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ELEKTROTIM S.A. ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Katowice ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice** protestu z dnia **23 października 2008 r.**

przy udziale **Konsorcjum Firm: Vir – Man Sp. z o.o., Askom Sp. z o.o., Pracownia Projektowa Omega – Projekt A Cywiński, K. Baron S.J. z siedzibą ul. Brzozowa 34, 43-170 Łaziska Górne** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Katowice ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ELEKTROTIM S.A. ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Katowice ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice** na rzecz **ELEKTROTIM S.A. ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ELEKTROTIM S.A. ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie oraz wykonanie modernizacji instalacji oświetlenia oraz systemu BMS dla hali Głównej Sportowo – Widowskiej „SPODEK” w Katowicach”.

Zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum Vir – Man sp. z o.o., Askom sp. z o.o., Pracownia Projektowa Omega – Projekt A. Cywiński, K. Baron S.J. – zwanego dalej „wykonawcą wybranym” lub „konsorcjum Vir – Man”.

W dniu 23.10.2008r. protest dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej złożył wykonawca Elektrotim S.A. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powodowało niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców. Ponadto zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty niezgodne z

naruszenia art. 2 ust. 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie wybranie oferty najkorzystniejszej. Ostatnim zarzutem było naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie wykonawcy a w konsekwencji nie odrzucenie oferty niezgodnej z ustawą i treścią SIWZ.

Zażądał odrzucenia oferty konsorcjum Vir – Man, względnie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie odrzuconych ofert.

W argumentacji wskazano na następujące zarzuty :

1) z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dla Vir Man sp. z o.o. wynikało, że rozporządzanie prawem lub zaciąganie zobowiązań do świadczenia o wartości przewyższającej kwotę 00 wymaga Walnego 1.000.000, uchwały Zgromadzenia Wspólników. W ofercie konsorcjum Vir Man nie znajdowała się uchwała Zgromadzenia Wspólników potwierdzająca możliwość złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Z uwagi na powyższe protestujący wskazał na konieczność zastosowania art. 17 § 1 ksh i stwierdzenia nieważności czynności prawnej – złożenia oferty.

2) pomimo żądania zamawiającego, jakie znajdowało się w cz. II pkt 14 ppkt 3 SIWZ wybrany wykonawca nie załączył do oferty załącznika nr 6 i 8 – wykazu wykonanych usług projektowych oraz wykazu wykonanych robót budowlanych – osobno dla każdego z konsorcjantów.

3) w ofercie Konsorcjum Vir Man nie wykazano Kierownika Budowy ani Kierownika Robót z uprawnieniami dozoru w zakresie eksploatacji urządzeń, instalacji i sieci, pomimo, że tylko takie uprawnieniami są zgodne z rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z 28.04.2003r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci. Wykonawca wybrany nie wykazał uprawnień Kierownika Budowy, oraz Kierownika Robót elektrycznych posiadającego świadectwo kwalifikacyjne SEP D uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci w zakresie dozoru.

4) w ofercie Konsorcjum Vir Man na str. 103 lp.2 wykazano monitory LCD, które nie są monitorami dotykowymi zgodnie ze swoimi kartami katalogowymi. Powoduje to nie spełnienie wymagań wynikających z załącznika nr 1 do SIWZ – Programu funkcjonalno – użytkowego w pkt 9.2.1. pkt b i c,

5) w ofercie Konsorcjum Vir Man na str. 103 lp.2 wykazano monitory LCD, określając gwarancję na 36 miesięcy pomimo wymogu zamawiającego, aby okres gwarancji wynosił 5 lat,

6) oferta Konsorcjum Vir Man nie zawiera wymagań wynikających z pkt 13.1 Programu Funkcjonalno Użytkowego – ppkt b i e, tj. schematu projektowanej instalacji elektrycznej z propozycją umiejscowienia rozdzielnic głównych i obwodowych, oraz struktury

zasilania oświetlenia ewakuacyjnego, przeszkodowego i awaryjnego z podaniem typów oprav,

7) oferta Konsorcjum Vir Man zawiera prototypowe wykonanie osłon, co nie daje w przypadku prototypu warunku postanowionego przez zamawiającego, że system powinien posiadać wysoki stopień bezawaryjności i trwałości.

8) oferta Konsorcjum Vir Man zawiera wskazanie, że (...) będzie się odbywało z rozdzielczością do dwóch oprav, co w ocenie protestującego jest sprzeczne z wymaganiem zawartym w załączniku nr 1 do SIWZ – Programie funkcjonalno – użytkowym w pkt 9.2.2 – „System sterowania BMS należy wykonać jako rozproszony i musi umożliwiać sterowanie oraz diagnostykę każdej pojedynczej oprawy, a także grupy oprav,

9) oferta Konsorcjum Vir Man proponuje oprawy Optivision MVP 507 firmy Philips, które wykonane są z odlewu, co uniemożliwia dostęp do lampy z tyłu, a informacja zamieszczona przez firmę, jednoznacznie określa, że wymiana lampy odbywa się przez przednią szybę co jest również niezgodne z SIWZ.

Protestujący zacytował następnie jeden z komentarzy do ustawy Prawo zamówień publicznych na okoliczność, że za sprzeczną z SIWZ należy uznać ofertę nie zawierającą wskazanych w SIWZ danych oraz wymaganych dokumentów.

Na koniec protestujący wskazał na orzecznictwo Zespołów Arbitrów dotyczących odrzucenia oferty.

W dniu 27.10.2008r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego zgłosił wykonawca – konsorcjum Vir Man. Przystępujący wniósł o oddalenie protestu.

Zamawiający w dniu 31.10.2008r. dokonał rozstrzygnięcia protestu poprzez oddalenie. W argumentacji odniósł się do zarzutów wymienionych w proteście.

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku uchwały Walnego Zgromadzenia Wspólników w ofercie konsorcjum Vir Man – stwierdził, że zgodnie z pkt 42 ust. 3 SIWZ zawarto zapis, z którego wynika, że w przypadku ograniczeń w stosunku do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań, wykonawca przed podpisaniem umowy powinien przedstawić odpowiedni dokument upoważniający te osoby do zaciągania zobowiązań na odpowiednią kwotę.

Odnośnie zarzutu dotyczącego nie załączenia do oferty Konsorcjum Vir Man załącznika nr 6 i 8 – wykazu wykonanych usług projektowych oraz wykazu wykonanych robót budowlanych – osobno dla każdego z konsorcjantów – zamawiający wskazał, że przedstawienie przez konsorcjum wykazu wykonanych prac na jednym dokumencie jest niezgodne z SIWZ w zakresie formy a nie treści.

Odnośnie zarzutu dotyczącego kwalifikacji Kierownika Robót i Kierownika Budowy – zamawiający wskazał, że nie wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączyli do swych ofert odpowiednie dokumenty potwierdzające kwalifikacje Kierownika Robót i Kierownika Budowy (uprawnienia SEP D) uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci w zakresie dozoru.

Odnośnie zarzutu dotyczącego bezdotykowości monitora – wskazano, że monitor przedstawiony w ofercie Konsorcjum Vir – Man jest wyposażony w nakładkę dotykową, która została uwzględniona w pozycji „urządzenia uzupełniające” – pkt 6.11 Specyfikacja dostaw BMS, poz. 15.

Odnośnie zarzutu dotyczącego okresu gwarancji na monitor – zamawiający stwierdził, że konsorcjum Vir Man udzieliło 5 – letniego okresu gwarancji na cały system wobec czego spełniło warunku określone w SIWZ.

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku schematu projektowanej instalacji elektrycznej – zamawiający wskazał, że w ofercie konsorcjum Vir Man znajduje się „Schemat nr 1 – ogólna struktura zasilania”. Umieszczenie rozdzielnic głównych i obwodowych zostało przedstawione w pkt 3 oraz w tabeli nr 2. Strukturę zasilania oświetlenia ewakuacyjnego, przeszkodowego i awaryjnego z podaniem typów opraw przedstawiono w części opisowej, pkt 5 oraz tabelach 2 – 7. Wobec powyższego zamawiający uznał przedmiotowy zarzut za bezzasadny.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaoferowania przez konsorcjum Vir Man prototypowych wykonanych osłon – zamawiający wskazał, że nie zastrzegł w SIWZ, że zaoferowane powinny zostać reflektory z przesłonami, które są już produkowane a więc dopuścił możliwość, aby były produkowane na indywidualne zamówienie. Dopuszczał więc oferowanie rozwiązań prototypowych.

Odnośnie zarzutu dotyczącego systemu sterowania BMS – wskazano na wyjaśnienia konsorcjum Vir Man, z których wynikało, że dzięki funkcjonalności zastosowanej do sterowania sieci DALI pozwala na wybór sterowania indywidualnego każdą oprawą lub sterowania grupowego. Konsorcjum Vir Man zaproponowało w swojej ofercie ilość modułów DALI w taki sposób, aby w każdym obwodzie można było wyodrębnić 16 grup po 2 oprawy w każdej z nich – nie można fizycznie utworzyć mniejszej grupy. Daje to maksymalną elastyczność w przypadku sterowania grupowego a innym podejściem jest możliwość sterowania indywidualnego każdej oprawy. Stwierdzono, że po przeanalizowaniu zarzutu oraz szczegółowego wyjaśnienia Konsorcjum Vir Man stwierdzono, że sposób sterowania oraz diagnostyki jest zgodny z zapisem w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, pkt 9.2.2.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaproponowania opraw niezgodnych z wymaganiami SIWZ – zamawiający wskazał, że konsorcjum przedstawiło dokument, z którego wynika, że możliwa jest modyfikacja obudowy zewnętrznej lamp na specjalne zamówienie klienta.

Na koniec wskazano na orzeczenie KIO z 17.06.2008r. sygn. KIO/UZP/529/08 na okoliczność, że informacje ze strony internetowej producenta oferowanego sprzętu nie mogą stanowić wystarczającego dowodu na potwierdzenie, że wskazany asortyment nie spełnia wymogów SIWZ.

W dniu 4.11.2008r. Elektrotim S.A. złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

Odwolujący – tak jak w proteście zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powodowało niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców. Ponadto zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty niezgodnej z ustawą i treścią SIWZ i niezachowanie zasad uczciwej konkurencji. Kolejny zarzut dotyczył naruszenia art. 2 ust. 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie wybranie oferty najkorzystniejszej. Kolejnym zarzutem było naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie wykonawcy a w konsekwencji nie odrzucenie oferty niezgodnej z ustawą i treścią SIWZ. Dodatkowo odwołujący wskazał na naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uzyskiwanie wyjaśnień i dokumentów od wykonawcy po wyborze jego oferty, jak również naruszenie art. 181 ust. 5 ustawy Pzp poprzez niedostarczenie odwołującemu kopii przystąpienia do protestu oraz nie odrzucenie przystąpienia do protestu mimo nie dostarczenia przystąpienia odwołującemu.

Odwolujący wniósł o odrzucenie oferty konsorcjum Vir Man jako niezgodnej z SIWZ oraz z ustawą Pzp oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie odrzuconych, wyłącznie na podstawie kryteriów oceny oferty określonych w SIWZ.

Odwolujący powtórzył argumentację wynikającą z protestu a ponadto odniósł się do stanowiska zaprezentowanego przez zamawiającego.

Wskazano, że twierdzenia zamawiającego odnośnie pkt 42 ust. 3 SIWZ w zakresie możliwości złożenia oferty przez Vir Man sp. z o.o. są bezzasadne, gdyż zapis ten dotyczy zawarcia umowy a nie złożenia oferty a oferta złożona w przypadku przekroczenia kwoty 1 mln zł jest bezwzględnie nieważna.

Wskazano, że zamawiający wzywał do przedłożenia referencji pismem z 1.10.2008r. zgodnie z załącznikami nr 6 oraz nr 8, natomiast konsorcjum Vir Man złożyło przedmiotowe załączniki niezgodnie z wezwaniem zamawiającego, który mając na uwadze swoje wezwanie do uzupełnienia braków powinien taką ofertę odrzucić.

Odnosnie wyjaśnień z przystąpienia do protestu dotyczących użycia nakładki dotykowej na monitory LCD – wskazano, że nie otrzymano przystąpienia do protestu konsorcjum Vir Man w związku z powyższym odwołujący nie mógł się do nich odnieść a ponadto zostały naruszone przepisy Pzp. Wskazano ponadto, że zgodnie z art. 87 ust. 1

ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści.

Odnosnie wskazania dotyczącego całości gwarancji wykonawcy na okres 5 lat – odwołujący stwierdził, że zgodnie z zasadą „zapis szczegółowy wyklucza zapis ogólny” nie było 5 letniej gwarancji na całość oferty.

Odnosnie braku schematu projektowanej instalacji elektrycznej – wskazano, że zamawiający w swojej argumentacji zawartej w rozstrzygnięciu protestu stwierdził, że przedstawiony schemat nie zawierał podstawowych elementów, a zatem był wadliwy. Poszukiwanie w opisach wskazanych elementów nie zmieniało faktu, że schemat projektowanej instalacji elektrycznej z propozycją umiejscowienia rozdzielnic głównych i obwodowych był niezgodny z SIWZ. Dodatkowo wskazano, że w ofercie konsorcjum Vir Man brakuje dokumentu dotyczącego struktury zasilania ewakuacyjnego.

Odnosnie kwestii wysokiego poziomu bezawaryjności i trwałości systemu a prototypowego wykonania osłon – wskazano, że w rozstrzygnięciu protestu zamawiający nie podał żadnych racjonalnych podstaw do stwierdzenia, że rozwiązanie prototypowe zawiera w sobie wysoki stopień bezawaryjności i trwałości. Następnie przytoczono definicję słowa „prototyp” ze słownika języka polskiego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego systemu sterowania BMS – odwołujący wskazał, że nie otrzymał przystąpienia do protestu konsorcjum Vir Man, w związku z powyższym odwołujący nie mógł się odnieść do wyjaśnień w nim zawartych. Wskazano ponadto, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści. W ocenie odwołującego konsorcjum zaoferowało możliwość sterowania ograniczoną do dwóch opraw co jest jednoznacznie sprzeczne z zapisami SIWZ, wskazującymi na sterowanie i diagnostykę każdej oprawy. Koniecznym jest, aby każda z opraw posiadała swój odrębny adres – czyli odrębny moduł DALI, natomiast zapis w ofercie „... do dwóch opraw” wskazywał jednoznacznie, że na dwie oprawy przypadał jeden

adresowany moduł DALI. W ocenie odwołującego definiowanie grup było sprawą drugorzędną – realizowane w samym systemie dyspozytorskim z poziomu warstwy oprogramowania. Ponadto ograniczenia do 3 opraw w obwodzie i wyodrębnienie 16 grup było zupełnie innym zagadnieniem i nie odnosiło się zupełnie do zarzuconej niezgodności.

Odnośnie przedstawienia dokumentu dotyczącego możliwości modyfikacji obudowy zewnętrznej lamp – wskazano, że zamawiający sam przyznał, że oferta konsorcjum Vir Man nie spełniała wymagań SIWZ, gdyż można modyfikować wadliwe obudowy na specjalne zamówienie klienta. W ocenie odwołującego – modyfikuje się tylko rzeczy, które są wadliwie przygotowane. Wskazano, że dokument dotyczący możliwości modyfikacji obudowy zewnętrznej lamp został przedstawiony po wyborze oferty a zgodnie z art. 87 ust. 1

zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień tylko w toku badania i oceny ofert. Modyfikacja obudów stanowi ofertę wariantową, a zgodnie z cz. I ust. 4 i 5 SIWZ zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych i uzupełniających.

W dniu 1.12.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca – konsorcjum Vir Man. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy dotychczasowych decyzji zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty przystępującego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że uzasadnione są następujące zarzuty odwołującego :

- zarzut dotyczący niezgodności schematu projektowanej instalacji elektrycznej, załączonego do oferty konsorcjum Vir Man z wymaganiami pkt 13.1 Programu Funkcjonalno Użytkowego, z powodu braku propozycji umiejscowienia rozdzielnic głównych i obwodowych w tym schemacie,
- zarzut dotyczący bezpośredniej niezgodności zapisu oferty o wyłączaniu i regulowaniu natężenia oświetlenia z rozdzielczością do dwóch opraw (str. 100 oferty) z treścią pkt 9.2.2 SIWZ – wymogiem, aby system sterowania BMS wykonać jako rozproszony i umożliwiający sterowanie oraz diagnostykę każdej pojedynczej oprawy, a także grupy opraw,
- zarzut dotyczący niezgodności zaoferowanych przez konsorcjum Vir Man urządzeń Philips Optivision MVP 507 z wymogiem pkt 7.1.4 Programu funkcjonalno użytkowego – możliwością wymiany źródła światła przez dostęp do lampy od tyłu oprawy.
- zarzut dotyczący niezgodności polegającej na zaoferowaniu przez konsorcjum Vir Man monitora nie posiadającego ekranu dotykowego.

W celu oceny zarzutu niezgodności schematu projektowanej instalacji elektrycznej z wymaganiami programu funkcjonalno – użytkowego, skład orzekający dokonał analizy oferty konsorcjum Vir Man. Oferta na str. 111 zawiera rysunek – schemat 1. – Ogólna struktura zasilania. Na schemacie tym brak jest jakichkolwiek wskazań co do umiejscowienia rozdzielnic głównych i obwodowych, brak jest nawet wskazania na rozdzielnice główne i obwodowe. Z zapisu pkt 13.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego pkt b wynikało bezpośrednio, że oferta musiała zawierać „schemat projektowanej instalacji elektrycznej z propozycją umiejscowienia rozdzielnic głównych i obwodowych”. W ocenie składu orzekającego wskazanie na umiejscowienie rozdzielnic w tabeli „Zestawienie kabli i

przewodów” znajdującej się na str. 108 oferty nie spełniało wymogów określonych przez zamawiającego w SIWZ. Zapisy SIWZ w tym zakresie były jasnej i precyzyjne, nie miały charakteru instrukcyjnego ale wiążący wszystkich wykonawców. Z uwagi na powyższe – zamawiający powinien stwierdzić niezgodność oferty konsorcjum Vir Man w tym zakresie i dokonać jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skład orzekający rozpatrywał w niniejszym przypadku możliwość ewentualnego zwrócenia się przez zamawiającego do konsorcjum Vir Man o wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uznano jednak, że próba naprawienia przedmiotowej niezgodności musiałaby w istocie doprowadzić do zmiany polegającej na umieszczeniu na rysunku ze strony 111 miejsc dla rozdzielnic z ich

zaznaczeniem, ewentualnie polegającej na wymianie całego schematu. Tego rodzaju zmiany są zakazane stosownie do brzmienia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosnie zarzutu niezgodności zapisu oferty konsorcjum Vir Man o wyłączaniu i regulowaniu natężenia oświetlenia z rozdzielczością do dwóch opraw (str. 100 oferty) z treścią pkt 9.2.2 SIWZ – wymogiem, aby system sterowania BMS wykonać jako rozproszony i umożliwiający sterowanie oraz diagnostykę każdej pojedynczej oprawy, a także grupy opraw – skład orzekający uznał, że zamawiający powinien był dokonać wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych a ewentualnie stwierdzić bezpośrednią sprzeczność z zapisami SIWZ i odrzucić tą ofertę. Przedmiotowy zapis – ze strony 100 oferty Konsorcjum Vir Man powinien stanowić dla zamawiającego podstawę do powzięcia wątpliwości co do zgodności oferty z wymaganiami SIWZ, gdyż wynika z niego, że indywidualne załączanie, wyłączanie i regulowanie natężenia będzie możliwe z rozdzielczością do dwóch opraw a tymczasem zamawiający wymagał umożliwienia sterowania każdą pojedynczą oprawą. Skład orzekający wziął pod uwagę, że tego rodzaju niefortunny zapis mógłby stanowić omyłkę możliwą do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w treści po nowelizacji z dnia 4 września 2008r., ale z uwagi na treść orzeczenia wskazującą na konieczność odrzucenia oferty konsorcjum Vir Man nie nakazuje dokonania tej czynności zamawiającemu.

W celu oceny zarzutu dotyczącego zgodności zaoferowanych opraw Optivision MVP 507 firmy Philips z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia skład orzekający dokonał analizy treści oferty konsorcjum Vir Man, treści oświadczenia złożonego w imieniu firmy Philips oraz załączonych kopii katalogów firmy Philips. Na str. 109 oferty konsorcjum Vir Man w poz. 1 tabeli „Zestawienie typów i mocy opraw nad areną” znajduje się oprawa MVP 507 o mocy 2095W w ilości 36 sztuk. W wyciągów z katalogów firmy Philips wynika, że niemożliwa jest wymiana lamp z tyłu oprawy, gdyż przystosowana jest do wymiany oprawy przez jej przednią część. W ocenie składu orzekającego przedmiotowa

oprawa musiałaby ulec znacznym zmianom konstrukcyjnym aby odpowiadać wymogom określonym w SIWZ, tj. możliwości wymiany lampy przez otwarcie tylnej części oprawy. Po analizie pisma z dnia 16.09.2008r. adresowanego do VIRMAN Przedsiębiorstwo Usługowe Handlowe sp. z o.o. skład orzekający stwierdził, że ma ono charakter oświadczenia o możliwości modyfikacji standardowych wyrobów do sposobu spełniającego oczekiwania klienta, jednak z zaznaczeniem, że procedura wdrożenia takich modyfikacji wymaga przeprowadzenia analizy techniczno – ekonomicznej i wstępne potwierdzenie, że jest to wykonalne. Jest to więc ogólna deklaracja, nie mająca wiążącego charakteru – o możliwości modyfikacji wyrobów w celu ich dostosowania do potrzeb klientów. Nie zmienia to faktu, że oprawy zaoferowane przez konsorcjum Vir Man nie odpowiadają wymaganiom pkt 7.1.4 Programu funkcjonalno użytkowego – zapewnienia możliwości wymiany źródła światła przez dostęp do lampy od tyłu oprawy. Tym samym skład orzekający stwierdza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ i wskazuje na konieczność zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu zaoferowania monitorów LCD nie posiadających ekranów dotykowych i sprzeczności z pkt 9.2.1 ppkt b i c Programu Funkcjonalno – Użytkowego – skład orzekający stwierdził, że zamawiający w wyniku analizy pierwotnej treści oferty powinien powziąć wątpliwości i dokonać wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych a ewentualnie stwierdzić bezpośrednią sprzeczność treści oferty z SIWZ i dokonać jej odrzucenia. Zamawiający stwierdził w rozstrzygnięciu protestu, że okoliczność polegająca na tym, że na ww. monitory wykonawca Vir Man zamierzał nakładać nakładki dotykowe, wycenione w odpowiedniej części oferty stała mu się wiadoma dopiero w momencie otrzymania przystąpienia do postępowania protestacyjnego. Tym samym – stwierdzić należy, że bezpodstawnie zaniechał przeprowadzenia wyjaśnień, ale bezkrytycznie przyjął ofertę z zapisami bezpośrednio sprzecznymi z wymaganiami SIWZ. Skład orzekający wziął pod uwagę, że tego rodzaju kwestia zaoferowania monitorów z nakładkami dotykowymi mogłaby być przedmiotem wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ale z uwagi na treść orzeczenia wskazującą na konieczność odrzucenia oferty konsorcjum Vir Man nie nakazuje dokonania tej czynności zamawiającemu.

W odniesieniu do zarzutu związanego z brakiem uchwały Zgromadzenia Wspólników Vir Man sp. z o.o., potwierdzającej możliwość złożenia oferty w przedmiotowym

postępowaniu – skład orzekający uznał go za nieuzasadniony. Należy wskazać, że art. 17 § 1 ksh ma zastosowanie do sytuacji, gdzie ustawa do dokonania czynności prawnej wymaga uchwały wspólników albo walnego zgromadzenia. W przedmiotowej sytuacji w odpisie z rejestru przedsiębiorców znajdował się zapis o konieczności uchwały Zgromadzenia Wspólników gdy rozporządzenie prawem lub zaciąganie zobowiązań do świadczenia o

wartości przewyższają kwotę 1.000.000 zł. Tym samym zastosowanie w niniejszej sytuacji znajduje art. 17 § 3 ksh – z którego wynika, że czynność prawna dokonana bez zgody właściwego organu spółki, wymaganej wyłącznie przez umowę spółki albo statut, jest ważna, jednakże nie wyklucza to odpowiedzialności członków zarządu wobec spółki z tytułu naruszenia umowy spółki albo statutu.

W odniesieniu do zarzutu związanego z nie załączeniem wykazu wykonanych robót projektowych oraz wykazu wykonanych robót budowlanych dla każdego z członków konsorcjum Vir Man z osobna – skład orzekający podziela argumentację zamawiającego, że doświadczenie należało oceniać w odniesieniu do wymaganych warunków, a ewentualną niezgodność w tym zakresie uznać za niegodność formy oferty a nie jej treści z wymaganiami SIWZ. W przedmiotowej sytuacji istotne jest spełnienie warunku wymaganego przez zamawiającego, a konsorcjum Vir Man przedstawiło w swojej ofercie dokumenty potwierdzające ten fakt.

W odniesieniu do zarzutu związanego z nie załączeniem do oferty konsorcjum Vir Man uprawnień w zakresie dozoru dla Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót elektrycznych – skład orzekający podzielił stanowisko zamawiającego, że nie mógł on żądać na etapie oceny ofert innych dokumentów niż wymienione w SIWZ. Zamawiający w pkt 12 SIWZ zawarł wymogi odnośnie Kierownika Robót i Kierownika Budowy – skład orzekający stwierdził, że odwołujący niewłaściwie zinterpretował zapisy SIWZ, gdyż nie znalazły się tam wymagania o jakich mowa w proteście i odwołaniu. Określenie „dane na temat kwalifikacji niezbędnych do realizacji zamówienia” jest określeniem ogólnym, nie wskazującym bezpośrednio na konieczność przedstawienia uprawnień w zakresie dozoru. Tym samym – skład orzekający w pełni podziela stanowisko zamawiającego w tym zakresie.

Skład orzekający uznał za nieuzasadniony zarzut dotyczący zaoferowania monitorów posiadających gwarancję na 36 miesięcy i sprzeczności z wymaganiami SIWZ dotyczącymi minimalnej gwarancji na wykonaną modernizację i dostarczony system. Bezpośrednio w treści oferty konsorcjum Vir Man – na pierwszej stronie - znajduje się deklaracja udzielenia wymaganej gwarancji – zgodnie z projektem umowy. Tym samym zamawiający – korzystając z treści oferty miał możliwość stwierdzenia jej zgodności ze swoimi wymaganiami. Jednostkowy zapis ze str. 103 oferty nie powodował wyłączenia ogólnego zobowiązania wykonawcy do udzielenia wymaganej gwarancji.

W odniesieniu do zarzutu związanego z zaoferowaniem prototypowego wykonania osłon – skład orzekający podzielił stanowisko zamawiającego, że nie określał on wymagań wskazujących na konieczność produkcji i uprzedniej eksploatacji zaoferowanych przesłon. W istocie – zamawiający nie opisując sposobu umieszczania przesłon na reflektorach musiał uwzględnić wszystkie możliwe rozwiązania tego warunku. W ocenie składu orzekającego zaoferowanie rozwiązania prototypowego nie spowodowało w przedmiotowej sytuacji, że

zaprojektowany system nie będzie posiadał wysokiego poziomu bezawaryjności i trwałości, przy jednoczesnej prostocie i niskich kosztach obsługi i konserwacji. Stosowanie rozwiązań prototypowych może powodować zarówno pozytywne jak i negatywne efekty, nie można z góry wskazywać niepowodzenia danego rozwiązania. W przedmiotowym przypadku odwołujący poza wskazywaniem na definicje z słownikowe nie wykazał negatywnych cech proponowanego rozwiązania, które spowodowałyby, że nie spełnia ono wymagań bezawaryjności i trwałości.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania
(Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych
(Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....