

—.....Sygn.akL-Y.-Ca. 1175/08

drząc Zainówień Publicznyc! >

WYROK

IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 czerwca 2008 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny - Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Piotr Wojtysiak

Sędziowie: SO Oskar Rudziński

SO Maja Smoderek

Protokolant^{apl.} sąd. Joanna Jasińska

po rozpoznaniu w dniu 16 czerwca 2008 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania wykonawcy Alcatel-Lucent Polska S.A w Warszawie, Thales Alenia Space ETCA z siedzibą w Belgii i Thales Transportation Systems S.A z siedzibą we Francji przeciwko zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z udziałem wykonawcy Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A w Katowicach, Autostradę Per II' Italia S.p.A z siedzibą w Rzymie we Włoszech i Polimex- Mostostal S.A w Warszawie o zamówienie publiczne

na skutek skargi wykonawcy Alcatel-Lucent Polska S.A w Warszawie, Thales Alenia Space ETCA z siedzibą w Belgii i Thales Transportation Systems S.A z siedzibą we Francji od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 9 maja 2008 r., sygn. KIO/UZP 381/08

1. zmienia zaskarżony wyrok i uwzględnia odwołanie wykonawcy Alcatel-Lucent Polska S.A w Warszawie, Thales Alenia Space ETCA z siedzibą w Belgii i Thales Transportation Systems S.A z siedzibą we Francji i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A w Katowicach, Autostradę Per II' Italia S.p.A z siedzibą w Rzymie we Włoszech i Polimex- Mostostal S.A w Warszawie i odrzucenie tej oferty oraz powtórzenie czynności oceny ofert;

2. zasądza Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz Alcatel Lucent Polska S.A w Warszawie, Thales Alenia Space ETCA z siedzibą w Belgii i Thales Transporation

■'h; .

- .Systems S.A. z siedzibą we Francji kwotę 7.064 (siedem tysięcy sześćdziesiąt cztery) zł
- tytułem zwrotu kosztów postępowania, a w pozostałej części koszty postępowania wzajemnie

ząosi.

o

\r

Na oryginale właściwe podpisy

Za zgodność

T/STAŻYSTA

Bętkowska

.'^ten. akt V Ca 1175/08

/ < /

">/ UZASADNIENIE

' z'

W dniu 13.03.2007 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, póź. 1655), dalej „Pzp” wszczęła w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie dostosowania autostrady A2 odcinek Konin - Stryków (km 257+560 - km 361+000) do standardów autostrady płatnej i do poboru opłat” - numer referencyjny GDDKJA-BZP-2-MCH-612-341/07. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2007 S SO 50-061716.

Zawiadomieniem z dnia 2.04.2008 r. zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty, o wynikach postępowania. Zgodnie z treścią zawiadomienia, za najkorzystniejszą ofertę zamawiający uznał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A. ul. W Katowicach oraz Autostradę Per 1' Italia S.p.A. we Włoszech oraz Potimer-Mostostal S.A. w Warszawie.

W dniu 09.04.2008 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Alcatel - Lucent Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Thales Alenia Space ETC A z siedzibą w Belgii, oraz Thales Transportation Systems S.A. z siedzibą we Francji wnieśli protest do zamawiającego. Protest został złożony wobec zaniechania czynności, do których zamawiający był w ocenie protestującego obowiązany na podstawie Pzp oraz czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania, polegających na:

- a) wyborze oferty Konsorcjum wybranego wykonawcy,
- b) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez to Konsorcjum,
- c) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: EGIS PROJECTS S.A. we Francji oraz STRABAG Sp. z o.o. w Warszawie,

W proteście zawarto zarzuty naruszenia przez zamawiającego następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum STALEXPORT, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2) art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie- / odrzucenia oferty Konsorcjum STALEXPORT, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jak również niezgodności z ustawą z powodu zmiany treści złożonej oferty, w wyniku udzielonych przez Konsorcjum STALEXPORT odpowiedzi,

3) art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4) art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jak również niezgodności z ustawą z powodu zmiany treści złożonej w wyniku udzielonych przez Konsorcjum EGIS odpowiedzi.

Protestujący podniósł, iż na skutek powyższych czynności zamawiającego, jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Jednocześnie wniósł o uwzględnienie protestu oraz doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami Pzp, poprzez

1. unieważnienie czynności
najkorzystniejszej.

3TALEXPORT jakowyboru oferty Konsorcjum

2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, ii

3. dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum STALEKPORT z powodów wskazanych w treści protestu,

4. dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS z powodów w wskazanych w treści protestu,

5. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert Konsorcjum STALEKPORT oraz Konsorcjum EGIS.

W uzasadnieniu protestu zawarto:

1. Zarzuty do oferty złożonej przez Konsorcjum STALEXPORT.

1) Na okoliczność zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum STALEXPORT, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ podniesiono, że:

a) zamawiający w treści SIWZ, A2- Program funkcjonalno-użytkowy, Rozdział 2 Część informacyjna, pkt 1 wskazał na wymóg zastosowania przy projektowaniu systemu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. nr 220, poz. 2181),

; dodatkowo, w załączniku D do SIWZ, System Zarządzania Ruchem, w pkt 1.3. na str 6,

' Wskazał, iż „Cały system zostanie zaprojektowany i zainstalowany zgodnie z

- / * /

./Rozporządzeniem", wyżej powołanym. Ponadto, w pkt 2.2.5.1. Tablice Tekstowe o Zmiennej

7

Treści (VMS) w załączniku D do SIWZ, na str 11, zamawiający wymagał, aby tablice te zostały zaprojektowane i zainstalowane zgodnie z powołanym wyżej Rozporządzeniem -

wraz z załącznikami oraz Polską Normą PN-EN 12966.

Konsorcjum STALEXPORT zaproponowało zastosowanie Tablic Testowych o Zmiennej Treści (VMS), które nie spełniają zawartych w SIWZ wymagań w zakresie następujących parametrów („parametry znaków VMS”) określonych w Załączniku nr 1 do Rozporządzenia: -klimatycznych (temperaturowych), określonych w pkt 1.6.3.1 Załącznika nr 1 do porządzenia: „Tablice powinny być sprawne w temperaturach od -40°C do +40°C, mieć odporność na penetrację wody i pyłów o stopniu IP54.” Konsorcjum STALEXPORT (str 68, lit. A; str 69, lit. E) zaoferowało znaki VMS: Panel pomarańczowego wyświetlacza pełnomatrycowego (lit. A) oraz specyfikacje podstawy montażowej i mechaniczne (lit. E) dla obu znaków: „Temperatura pracy: -20°C do 75°C”.

- barwy elementów świetlnych znaków. Konsorcjum STALEXPORT zaoferowało znaki komunikatów zmiennych (strona 68, lit. A i B oferty): Znaki VMS: Panel pomarańczowego wyświetlacza pełnomatrycowego (lit. A) - „kolor wyświetlania: pomarańczowy” oraz wyświetlacz ogólny piktogramów (lit. B) - kolor wyświetlania: pomarańczowy i czerwony”, pomimo, iż Rozporządzenie, zgodnie z pkt 1.6.3.1 oraz pkt 1.6.3.3. Tablica 1.12 Tablica 1.13 załącznika nr 1 do Rozporządzenia nie dopuszcza możliwości zaoferowania przez wykonawcę wyświetlacza pomarańczowego.

- kolorystyki napisów. Konsorcjum STALEXPORT zaoferowało, na str. 68 oferty: Znak VMS: Panel pomarańczowego wyświetlacza pełnomatrycowego (lit. A): Kolor wyświetlania: pomarańczowy”, podczas, gdy zgodnie z pkt 1.6.5 Załącznika nr 1 do Rozporządzenia kolorystyka napisów ograniczona jest do dwóch barw: czarnej dla tła i białej dla napisów,

b) W pkt 2.2.5.2. Załącznika D SIWZ Zamawiający zawarł wymogi dotyczące Systemu Znaków o Zmiennej Treści do kontroli pasa ruchu (LCS).

Protestujący podniósł, iż w odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ, z dnia 05.02.2008 r., zamawiający wskazał, iż uzgodnieniom podlega jedynie format (kształt) znaków, zaś barwa znaków musi być zgodna z przepisami Rozporządzenia. Wykonawcy zostali ponadto zobowiązani do przedstawienia w ofertach propozycji znaków i kolorów odpowiadających wymaganiom określonym w SIWZ.

Wskazując, jak wyżej, Protestujący zarzucił, iż przedstawione w ofercie Konsorcjum STALEXPORT opisy (Strona 000070, 000071) dotyczące oferowanych znaków i[^]SŁ dowodzą, że zakres sygnalizacji nie będzie obejmował:

- . robót drogowych,
- . niekorzystnych warunków pogodowych (w tym mgła, silny deszcz, oblodzenie, śnieg),
- . innych sygnałów do uzgodnienia z Zamawiającym,
- . końca ograniczeń w ruchu.

Zdaniem Protestującego, zaoferowane przez Konsorcjum STALEXPORT znaki LCS nie pozwalają na wyświetlenie wszystkich sygnałów zgodnych z wymogami Zamawiającego określonymi w pkt 2.2.5.2. Rozdział 1, Załącznik D do SIWZ „System zarządzania ruchem”. Protestujący zarzucił, iż zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert w zakresie znaków LCS dopuścił się nierównego traktowania wykonawców, albowiem potraktował na tych samych zasadach zarówno wykonawcę, którego oferta nie zawierała pełnego zakresu wymaganej sygnalizacji, jak i Protestującego, który przygotował w tym zakresie ofertę w pełni zgodną wymaganiami określonymi w SIWZ. Czynem tym zamawiający, w ocenie protestującego, naruszył art. 7 Pzp. a poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z treścią SIWZ-

- . dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy.

W dalszej części protestu podniesiono, że oferta Konsorcjum STALEXPORT nie zawiera propozycji wykonalna przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie, określonym w pkt 5.1. TOM I SIWZ. Konsorcjum złożyło bowiem w ofercie oświadczenie o wyłączeniu z zakresu oferowanego do realizacji przedmiotu zamówienia:

-W pkt 1.3.7.2.5 (strona 000085 oferty):

. Pozwolenia ZUPD;

. Podstawy do słupów kamerowych;

. Zasilacz;

. Urządzenia bezpieczeństwa wymagane w miejscach pracy na otwartej autostradzie;

. Routery FO do łączenia kamer nadzoru ruchu z siecią szkieletową FO.

-W pkt 1.6.5. (strona 000119):

Złącza sprzęgające i routery (switch) do podłączenia stacji przydrożnych;

Kalibracja i próby przelotowości kanałów-wymagane przed instalacją kabli FO;

Zakończenie FOC w szafkach ERT;

Instalacja kanałów kablowych;

Elementy bezpieczeństwa wymagane przy pracach na otwartej autostradzie;

Pozwolenia ZUDP.

Zdaniem Protestującego, takie działanie w sposób oczywisty naruszy art. 140 ust. 1 Pzp,

3* dnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego obowiązkiem zawartym w ofercie. Dokonane wyłączenia powodują, że ww. zakresy

- przedmiot zamówienia nie zostaną zaprojektowane i nie zostaną zrealizowane. Konsorcjum STALEXPORT zobowiązało się w granicach ceny ryczałtowej do wykonania części przedmiot zamówienia, składając jednoznaczne oświadczenie na stronach 000085 i 000119. To oznacza, że w cenie oferty zamawiający nie otrzyma części przedmiot zamówienia, może otrzymać wyłącznie tę część, która jest tożsama z opisem zamieszczonym w ofercie. Dlatego, zdaniem Protestującego, zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert w powyższym zakresie dopuścił się nierównego traktowania wykonawców, zabronionego przepisem art. 7 ust. 1 Pzp. Potraktował bowiem na tych samych zasadach zarówno wykonawcę, którego oferta zawierała opisane wyżej wyłączenia, jak i Protestującego, który przygotował w tym zakresie ofertę w pełni zgodną z wymaganiami określonymi w SIWZ.

d) Konsorcjum STALEXPORT nie spełniło, w Ocenie Protestującego, wymogów zawartych w pkt 3.2.3 i pkt 3.3.5 Załącznika D - System Zarządzania Ruchem (zarzuty z Cz. II 1 lit.d uzasadnienia protestu).

2) Odnosnie zarzutów naruszenia art. 7 ust 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum STALEXPORT, pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ, jak również niezgodności z ustawą z powodu zmiany treści złożonej oferty w wyniku udzielonych przez Konsorcjum STALEXPORT odpowiedzi, Protestujący podniósł, że:

2.1) Konsorcjum STALEXPORT w złożonej ofercie nie przedstawiło opisów wymaganych zapisami Załącznika D, 3.2.3 Monitoring ruchu, tj. odpowiednich algorytmów wykrywania zdarzeń, które będzie można uruchamiać lokalnie na każdej stacji lub centralnie (globalnie) oraz informacji na temat sposobu (narzędzi) wykrywania zdarzeń, wymaganych w pkt 4.2.3. Załącznika D do SIWZ. Wymagane opisy algorytmów stosowanych do osiągnięcia wymagań zawartych w załączniku D Konsorcjum STALEXPORT zawarło dopiero w odpowiedzi nr 4 z dnia 11.03.2008 r, co stanowi niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty.

2.2) Konsorcjum STALEXPORT nie przedstawiło w złożonej ofercie opisów stacji meteorologicznych, a także opisów, w jaki sposób stacje i urządzenia spełniają wymagania zawarte w Załączniku D. Nie podało w tym wymaganego szczegółowego opisu progностycznej funkcjonalności stacji i centrum kontroli, wymaganych w treści SIWZ, TOM

Wymagane przez Zamawiającego opisy, Konsorcjum STALEKPORT zawarło dopiera-

i

odpowiedzi nr 6 z dnia 11.03.2008 r. W ocenie Protestującego, w świetle art. 7 ust. 1 Pzp¹ uwzględnienie tych wyjaśnień nie było dopuszczalne, gdyż zmieniły one treść złożonej oferty, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. d) Konsorcjum "STALEXPORT nie spełniło, w ocenie Protestującego, wymogów zawartych w pkt 3.2.3 i pkt 3.3.5 Załącznika D - System Zarządzania Ruchem (zarzuty z Cz. II 1 lit. d uzasadnienia protestu).

2. Zarzuty do oferty złożonej przez Konsorcjum EGIS.

1) Na okoliczność zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS Protestujący podniósł, że:

a) zamawiający określił w SIWZ, iż: okres realizacji kontraktu wynosi 5 lat, czyli 60 miesięcy. Czas na ukończenie robót nie może być dłuższy niż 30 miesięcy, Okres Wsparcia i Utrzymania nie może być dłuższy niż 36 miesięcy.

Konsorcjum EGIS na stronie 0002 oferty, w pkt 4, zobowiązało się do Ukończenia Robót w terminie 22 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Jednocześnie wskaza o, iż Okres Wsparcia i Utrzymania wynosi 60 miesięcy minus Czas na Ukończenie Robót zgodnie z ofertą Wykonawcy. W konsekwencji oznacza to, że Konsorcjum EGIS zaoferowało Okres Wsparcia i Utrzymania wynoszący 38 miesięcy, co pozostaje w sprzeczności z pkt 6 SIWZ o brzmieniu: „Okres Wsparcia i Utrzymania - zgodnie z załącznikiem do Oferty, nie dłużej jednak niż 36 miesięcy”.

Protestujący wskazał, iż zaoferowanie Czasu na Ukończenie Robót krótszego niż 24 miesiące prowadzi do niezgodności z wymaganiem SIWZ dotyczącym Okresu Wsparcia i Utrzymania, gdyż będzie on wtedy dłuższy niż wymagane 36 miesięcy. Równocześnie, Protestujący podkreślił, iż Czas na Ukończenie Robót jest istotnym elementem oceny ofert, a jego waga wynosi aż 20%, dlatego Konsorcjum EGIS oferując ukończenie robót w 22 miesiące, uzyskało w sposób nieuprawniony przewagę przy ocenie ofert.

Poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS z ww. przyczyn, zamawiający w sposób rażący naruszył w ocenie protestującego przepisy Pzp.

b) Na stronie 0227-Matryca Zgodności, pkt 6 oraz w Harmonogramie Realizacji Projektu na stronie 02143 Konsorcjum EGIS zadeklarowało Okres Wsparcia i Utrzymania wynoszący 36 miesięcy. Deklaracja ta czyni ofertę Konsorcjum EGIS sprzeczną z treścią SIWZ w kontekście zapisów zawartych w Tomie II Kontraktu i Formularz Umowy oraz w Tomie 1 Formularz 2.1 do SIWZ. Ponadto, oferta ta jest wewnętrznie sprzeczna, gdyż Okres

/O \

Wdarcia i Utrzymania musi być zadeklarowany jednoznacznie, zaś w kwestionowanej ofercie zawiera dwa różne czasy 36 miesięcy oraz 38 miesięcy. Jeśli przyjąć 36 miesięczny Okres Wsparcia i Utrzymania, to łącznie z 22 miesięcznym Czasem Ukończenia Robót czas realizacji przedmiotu zamówienia wynosi jedynie 58 miesięcy. Powyższe dowodzi sprzeczności oferty z treścią SIWZ, gdyż wymagany przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia wynosi 60 miesięcy. Przy założeniu 36 miesięcznego Okresu Wsparcia i Utrzymania i 22 miesięcznego Czasu na Ukończenie Robót niemożliwe jest zastosowanie wzoru oceny ofert w kryterium Koszt wsparcia utrzymania.

c) Treść oferty Konsorcjum EGIS nie odpowiada treści SIWZ: pkt 9.3., 9.4, 9.5 w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty, gdyż w jej treści (strony 0020, 0021) sporządzonej na

Formularzu 2.2., w poz. 31 i 40 podano wartość 0,00 PLN, w poz. 50 wpisano „zawarte w poz. 47”, a poz. 52 pozostała niewypełniona.

Mając na uwadze powyższe Protestujący podniósł, że z oferty Konsorcjum EGIS nie wynika, iż wszystkie elementy wyszczególnione przez zamawiającego w Wykazie Składników Płatności zostały wycenione, podczas gdy w pkt 9.4. zamawiający zastrzegł, że wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje opisane w tym wykazie. W szczególności, z żadnego zapisu Wykazu Składników Płatności nie wynika, że wskazane w proteście składniki zostały ujęte w poszczególnych pozycjach wyposażenia, robót budowlanych oraz bieżących okresowych czynności, co jest niezgodne z pkt 9 SIWZ.

Zdaniem Protestującego, cena ofertowa wskazana w ofercie Konsorcjum EGIS nie została obliczona w sposób prawidłowy. Brak wyceny zgodnej z postanowieniami pkt 9 SIWZ powoduje po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp.

2) Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS, pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ, jak również niezgodności z ustawą z powodu zmiany treści złożonej oferty, w wyniku udzielonych przez Konsorcjum EGIS odpowiedzi, Odwołujący podniósł, przede wszystkim:

2.1) Analiza Formularza 2.2. załączonego do oferty Konsorcjum EGIS dowodzi braku dokonania wyceny wszystkich pozycji zgodnie z wymaganiem SIWZ. Dlatego, treść udzielonej przez Konsorcjum EGIS odpowiedzi na pytanie nr 1 dodatkowo doprowadziła do niedozwolonej przepisem art. 87 ust. 1 Pzp zmiany treści złożonej oferty, a w konsekwencji do jej niezgodności z Pzp.

2.2) Oferta Konsorcjum EGIS nie spełnia wymagań Formularza 2.4., gdyż nie zawiera:

a) koncepcji rozwiązywania oświetlenia MPO i ODA, *fefa**

b) opisu proponowanych do zastosowania materiałów, a w szczególności: -jakiego rodzaju®

tynki elewacyjne przewiduje się na obiektach kubaturowych, \ ^r\

- jakie posadzki Wykonawca proponuje w budynku warsztatowo-garazowym i w garażu Policji.

Uzupełnienie braków w ofercie- pismem Konsorcjum EGIS z dnia 07.03.2008 r. było nieuprawnione, gdyż stanowi nieuprawnioną zmianę oferty, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji oznacza niezgodność oferty z Pzp.

W dniu 11.04.2008 r. Konsorcjum STALEXPORT zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, popierając stanowisko zamawiającego.

Rozstrzygnięciem z dnia 18.04.2008 r. zamawiający oddalił protest w całości. W uzasadnieniu swej decyzji zamawiający stwierdził, iż w jego ocenie nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia zakwestionowanych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 p et 2 Pzp, który stanowi o konieczności odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Wskazał m.in. na sposób rozumienia pojęć użytych w tym przepisie, w tym pojęć „treść”, które należy odróżnić od pojęć „tekstu” i „formy”. Podkreślił również, iż oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy (art. 66 ust. 1 Kc), a jej treść należy tłumaczyć tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których została złożona, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 Kc).

W dniu 23.04.2008 r. Protestujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymane zostały zarzuty protestu, za wyjątkiem zarzutu niespełnienia przez Konsorcjum STALEXPORT wymogów zawartych w pkt 3.2.3 i pkt 3.3.5 Załącznika D - System Zarządzania Ruchem (zarzuty z Cz. II 1 lit.d uzasadnienia protestu).

Jednocześnie, Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum STALEXPORT jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum STALEXPORT,
- 4) dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS,

5) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert Konsorcjum STALEXPORT oraz Konsorcjum EGIS.

W dniu 07.05.2008 r. Konsorcjum STALEXPORT - uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego przed KIO, po stronie zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 9 maja 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na

rozprawie w dniu 7 maja 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel -Lucent Polska S.A., Thales Alenia Space ETCA, Thales Transportation Systems S.A. oddaliła odwołanie.

W pisemnych motywach tego rozstrzygnięcia KIO zważyła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalono, iż Odwołujący nie posiada interesu prawnego do wniesienia odwołania w zakresie kwestionowania oferty złożonej przez Konsorcjum EGIS. Zgodnie bowiem z art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom (i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, również zamawiającemu), jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie KIO z dokumentacji postępowania wynika, że oferta Odwołującego uzyskała wyższą ocenę punktową (lokata) niż oferta Konsorcjum EGIS: oferta Konsorcjum STALEXPORT została sklasyfikowana na pierwszej pozycji, oferta Odwołującego - na drugiej, natomiast oferta Konsorcjum EGIS - na trzeciej. Nawet, gdyby zatem przedmiotowe odwołanie okazało się zasadne i doszło do podważenia wybranej oferty Konsorcjum STALEXPORT, wówczas ofertą najkorzystniejszą stałaby się automatycznie oferta Odwołującego. Zamawiający potwierdził, że punktacja ofert jest ostateczna, bowiem nie była przedmiotem zaskarżenia żadnymi środkami ochrony prawnej. Konsorcjum EGIS nie kwestionowało oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego i nie podjęło żadnych czynności w celu dalszego uczestniczenia w postępowaniu, którego efektem, ewentualnie, byłoby uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zatem, trzecia lokata punktowa Konsorcjum EGIS nie zagraża interesom Odwołującego, posiadającego drugą lokatę w punktacji ofert i legitymującego się statusem uczestnika prowadzonego postępowania odwoławczego. Z tych względów, KIO uznała, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w podważaniu oferty wykonawcy, który złożył ofertę mniej korzystną niż oferta Odwołującego i nie uwzględnia zarzutów odwołania dotyczących oferty Konsorcjum EGIS.

Co do zarzutów odwołania dotyczących oferty Konsorcjum STALEXPORT,

wybranej jako oferty najkorzystniejszej w pierwszej kolejności podniesiono, że przedmiotowe postępowanie o zamówienie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego, uregulowanym w art. 60a i inn. Pzp. Tryb ten ma zastosowanie przede wszystkim w przypadku zamówień o szczególnie złożonym charakterze, gdy zamawiający nie jest w stanie określić, które z rozwiązań będą dla niego najkorzystniejsze i w naj wyższym stopniu spełnią jego potrzeby. Podniesiono, że celem tej procedury jest przede wszystkim umożliwienie zamawiającemu dokonanie precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia oraz określenie sposobu jego realizacji. Przedstawione przez wykonawców podczas dialogu rozwiązania służą zamawiającemu do sporządzenia SIWZ. Efektem dialogu ma być zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotne znaczenie w sprawie ma rodzaj zamówienia, polegający na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych złożonej etapowo inwestycji wraz z rozwiązaniami w zakresie regulacji ruchu i instalowania systemu z rzętu monitorującego. Z tego faktu oraz zastosowanego trybu dialogu konkurencyjnego wynika, zdaniem KIO uprawnienie wykonawcy do ewentualnego skorygowania stwierdzonych w ofercie nieścisłości, w celu doprowadzenia do zgodności z przepisami prawa i uwzględnienia potrzeb zamawiającego. W takich okolicznościach wydaje się być możliwe i dopuszczalne oraz celowe kształtowanie sposobu realizacji uzyskanego zamówienia. Oferty złożonej w postępowaniu o zamówienie prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego przez wykonawcę, który finalny efekt inwestycji dopiero zaprojektuje, a następnie ją wykona, nie może dyskwalifikować zapis, który w oderwaniu od treści całej oferty budzi wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SIWZ. Ważność takiej oferty należy ocenić z uwzględnieniem wszystkich jej zapisów, w kontekście zgodności z treścią SIWZ i przepisami Pzp. Interpretacji zawartych w ofercie oświadczeń woli wykonawcy należy dokonywać z uwzględnieniem zasad określonych w art. 65 i art. 5 Kodeksu cywilnego, mających zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 Pzp. Biorąc pod uwagę wykładnię przepisów regulujących tryb dialogu konkurencyjnego, ze względu na ich cel, uprawnione jest zatem w ocenie KIO przyjęcie poglądu, że w tej procedurze możliwe jest interpretowanie oferty jako oświadczenia woli mającego na celu zawarcie umowy. Skorygowanie ewentualnych nieścisłości oferty będzie możliwe na etapie wykonawstwa. Jest

to że ta konstrukcja zbliżona do formuły „zaprojektuj i wybuduj”, opartej na powszechnie

znanej

stosowanej w Europie procedurze FIDIC.

„z”, 3

Podniesione przez Odwołującego zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum STALEXPORT dotyczące parametrów: klimatycznych, barw elementów świetlnych, kolorystyki napisów nie czynią zatem w ocenie KIO oferty sprzecznej treściowo z SIWZ. Również nie można zakwalifikować do niezgodności oferty z treścią SIWZ, skutkującą odrzuceniem oferty, elementów wskazanych na str 000085 oferty, czy w zakresie opisu monitoringu ruchu. Wszystkie podniesione w odwołaniu zarzuty są zatem zdaniem KIO niezasadne, gdyż nie doprecyzowania w wybranej jako najkorzystniejszej ofercie zostaną rozwiązane na etapie sporządzania projektu, który stanowi część składową przedmiotu zamówienia i wykonane w sposób zgodny z dokumentacją projektową i SIWZ. Nie potwierdziły się ponadto zdaniem KIO zarzuty nie zaoferowania przez Konsorcjum STALEXPORT przedmiotu zamówienia w całym wymaganym zakresie. Sam Zamawiający dopuścił w SIWZ możliwość korekt w trakcie realizacji zamówienia. Wskazał, iż wszelkie rozwiązania będą musiały być uzgodnione i zaakceptowane na etapie realizacji kontraktu w procesie projektowania. Wskazuje na to jednoznacznie treść formularza 2.2.: „Proponowana metodologia zostanie uzgodniona i zaaprobowana przez Zamawiającego po podpisaniu kontraktu”. Ponadto, treść Metodologii realizacji przedmiotu zamówienia wskazuje, iż wykonawca przewiduje możliwość dopasowania parametrów systemu do wymogów Zamawiającego, np. w zakresie kolorystyki (str. 70 oferty). Szczegółowe wymagania SIWZ zdaniem KIO będą uwzględniane w rozwiązaniach projektowych wykonywanych w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, gdyż przedmiot zamówienia, jak wskazano wyżej, obejmuje również usługi projektowe. Zamawiający potwierdził na rozprawie, iż „nie jest w stanie i nie chce narzucić j wykonawcom sposobu zaprojektowania i wykonania wszystkich

elementów". KIO podkreśliła ponadto, iż Konsorcjum STALEXPORT załączyło do swojej oferty oświadczenie - dokument zwany „Matrycą zgodności”, iż realizuje przedmiot

zamówienia zgodnie z treścią SIWZ.

Z tych wszystkich względów, nie można stawiać zdaniem KIO zarzutu, że oferta Konsorcjum STALEXPORT jest niezgodna z treścią SIWZ i winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Mając powyższe na uwadze oddalono odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

W dniu 26 maja 2008 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Alcatel - Lucent Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Thales Alenia Space

/y>x

ETCA z siedzibą w Belgii, oraz Thales Transportation Systems S.A. z siedzibą we f

wnieśli skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2008r. zaskarżając^ powyższy wyrok w całości. x

Przedmiotowemu wyrokowi skarżący zarzucił wydanie wyroku z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności:

1. naruszenie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie rozstrzygnięcia dotyczącego odwołania wniesionego przez Skarżącego, poprzez:
 - a) zaniechania wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia;
 - b) zaniechania wskazania dowodów, na których oparła się Krajowa Izba Odwoławcza i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej,
 - c) zaniechania wskazania podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.
2. naruszenie przepisu art. 190 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego;
3. naruszenie przepisu art. 188 ust. 7 ustawy Pzp, poprzez ocenę przez Krajową Izbę Odwoławczą wiarygodności i mocy dowodów bez wszechstronnego rozważania zebranego materiału;
4. naruszenie przepisu art. 188 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 245 kodeksu postępowania cywilnego, poprzez nieuzasadnioną odmowę przez Krajową Izbę Odwoławczą uznania mocy dowodowej dokumentów na potwierdzenie, że oferta Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Stalexport Autostrada Dolnośląska S.A. oraz Autostradę Per l'Italia S.p.A., oraz Polimex-Mostostal S.A. nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia
5. naruszenie prawa materialnego art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na bezzasadnym przyjęciu, iż treść oferty Konsorcjum STALEXPORT odpowiada treści SIWZ, podczas gdy oferta ta, jako sprzeczna z treścią SIWZ, winna być odrzucona;
6. naruszenie prawa materialnego art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na bezzasadnym przyjęciu, iż treść oferty Konsorcjum STALEXPORT odpowiada treści SIWZ, jak również jest zgodna z ustawą Pzp, pomimo że w wyniku udzielonych przez Konsorcjum STALEXPORT odpowiedzi doszło do zmiany treści oferty po upływie terminu składania

ofert;

7/ 'naruszenie przepisu art. 188 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 245 kodeksu postępowania

i * /

cywilnego, poprzez nieuzasadnioną odmowę przez Krajową Izbę Odwoławczą
(' óznania mocy dowodowej dokumentów na potwierdzenie, że oferta Wykonawców

wspólnie ubiegających się o zamówienie EGIS PROJECTS S.A. oraz STRABAG Sp. z o.o.
nie odpowiada treści SIWZ;

8. naruszenie prawa materialnego art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na bezzasadnym przyjęciu, iż treść oferty Konsorcjum EGIS odpowiada treści SIWZ, podczas gdy oferta ta, jako sprzeczna z treścią SIWZ, winna być odrzucona;

9. naruszenie prawa materialnego art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na bezzasadnym przyjęciu, iż treść oferty Konsorcjum EGIS odpowiada treści SIWZ, jak również jest zgodna z ustawą Pzp, pomimo że w wyniku udzielonych przez Konsorcjum EGIS odpowiedzi doszło do zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert.

10. naruszenie prawa materialnego art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na bezzasadnym przyjęciu, iż odpowiedzi udzielone przez Konsorcjum EGIS nie doprowadziły do zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert.

11. naruszenie przepisu art. 184 ust. 6 pzp poprzez naruszenie postanowień Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie postępowania przed sądem polubownym, a w tym naruszenie art. 1194 §1 i §2;

Mając na uwadze powyższe skarżący wniósł na podstawie art. 196 ust. 1 w związku z art. 198 ust. 2 ustawy, o uwzględnienie podniesionych zarzutów i zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy, poprzez;

- a) uwzględnienie odwołania wniesionego przez Skarżącego;
- b) uwzględnienie wskazanych w niniejszej Skardze zarzutów wobec oferty Konsorcjum STALEXPORT i nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum STALEXPORT z powodów wskazanych w niniejszej Skardze;
- c) uwzględnienie wskazanych w niniejszej Skardze zarzutów wobec oferty Konsorcjum EGIS i nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum EGIS z powodów wskazanych w niniejszej Skardze;

3. zasądzenie na rzecz Skarżącego od Przeciwnika Skargi kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i Sądem Okręgowym

Skarżący podtrzymał i ponowił wszystkie zarzuty i żądania podnoszone

trakcie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający oraz Konsorcjum Stalexport wnieśli o oddalenie skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy stwierdzić, że zarzuty skarżącego dotyczące postępowania przed KIO są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza nie rozważyła wszechstronnie zebranego w sprawie materiału dowodowego i nie dokonała wnikliwej analizy przepisów prawa, które winny być rozważone przy rozpoznawaniu sprawy niniejszej.

Zważyć należy, że oferta wybranego konsorcjum nie jest zgodna w swej treści z SIWZ. Wbrew twierdzeniom zamawiającego i wybranego wykonawcy w punktach, na które w swej skardze zwraca uwagę skarżący zapisy oferty są sprzeczne z wymaganiami SWIZ, trzeba też podzielić zarzut skarżącego, że oferta nie obejmuje całości zamówienia. I tak rację ma skarżący, że Konsorcjum STALEXPORT zaproponowało zastosowanie Tablic Testowych o Zmiennej Treści (VMS), które nie spełniają zawartych w SIWZ wymagań w zakresie parametrów określonych w Załączniku nr 1 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach tak klimatycznych jak i w zakresie kolorystyki napisów i barwy elementów świetlnych znaków. Trafnie też skarżący zarzucił, iż analiza przedstawionych w ofercie Konsorcjum STALEXPORT opisów dotyczące oferowanych znaków LCS prowadzi do wniosku, że zakres sygnalizacji proponowanej przez wybrane Konsorcjum nie będzie obejmował robót drogowych, niekorzystnych warunków pogodowych (w tym mgła, silny deszcz, oblodzenie, śnieg, innych sygnałów do uzgodnienia z zamawiającym, końca ograniczeń w ruchu. Podzielić też trzeba stanowisko skarżącego, że oferta Konsorcjum STALEXPORT nie zawiera propozycji wykonania przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie, a zarzuty przywołane w tym zakresie w skardze jak i ich uzasadnienie Sąd Okręgowy w całości uznaje za trafne. Konsorcjum STALEXPORT nie przedstawiło ponadto na co zwraca uwagę skarżący w złożonej ofercie opisów stacji meteorologicznych, a także opisów, w jaki sposób stacje i urządzenia spełniają wymagania zarysowane w Załączniku D.

Z uwagi na fakt, że zamówienie odbywa się w trybie dialogu konkurencyjnego należało rozważyć, czy z uwagi na specyfikę tego trybu możliwe było dokonywanie dalszych ustaleń i doprecyzowywanie oferty tak jak to uczynił zamawiający przez zadawanie wybranemu wykonawcy pytań co do treści oferty. Sąd Okręgowy poddał analizie wobec powyższego obowiązujące w dacie ogłoszenia przedmiotowego zamówienia przepisy prawa. I tak zgodnie z treścią Art. 60e. 1.pzp zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. Natomiast art. 87 pzp stanowił, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zamawiający poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Przepis art. 87 został zmieniony, a jego nowa treść zaczęła obowiązywać od dnia 11 czerwca 2007 roku. W nowym brzmieniu do omawianego przepisu dodano punkt 1 a o treści:

„1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Zatem bezwątpienia zamawiający nie mógł zgodnie z obowiązującymi w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia zadawać takich pytań wykonawcy jakie zostały wystosowane do wybranego konsorcjum, bowiem wykraczały one w ocenie Sądu Okręgowego poza kategorię „wyjaśnień”, o których mowa w art. 87 ust. 1,

natomiast art. 87 ust. 1 a nie obowiązywał.

Wobec takich stwierdzeń Sąd Okręgowy rozważył, czy zamawiający mógł stosować wprost dyrektywę 2004/18/WE, która była podstawą wprowadzenia do ustawodawstwa polskiego art. 87 ust. 1 a pzp, a na którą powoływał się zamawiający w odpowiedzi na skargę.

W tym miejscu należy odnieść się do Ogłoszenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 maja 2004 r.

1, i*

/ z5.

2004 r. w sprawie stosowania prawa Unii Europejskiej (M.P. z dnia 14 maja 2004 r. poz. 100). Stwierdzono w nim, że Prawo Unii Europejskiej obowiązuje bądź bezpośrednio, bądź pośrednio,

wymaga wdrożenia do krajowego porządku prawnego. Podstawową zasadą prawa wspólnotowego, ustaloną w orzecznictwie ETS, jest zasada nadrzędności, która przewiduje, że prawo pierwotne oraz akty wydane na jego podstawie będą stosowane przed prawem krajowym. Do aktów prawa pierwotnego zalicza się przede wszystkim traktaty wraz z towarzyszącymi im załącznikami i protokołami. Ponadto do prawa pierwotnego zalicza się wszelkie kolejne traktaty nowelizujące oraz traktaty o przystąpieniu nowych państw. Zgodnie z art. 249 Traktatu o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej do aktów wspólnotowego prawa wtórnego należy zaliczyć rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie. Jeśli chodzi o dyrektywy to stwierdzono, że dyrektywy skierowane są do państw członkowskich, określają cel, który powinien zostać osiągnięty w wyznaczonym terminie. Wybór metody i sposobu realizacji celu leży w gestii państw członkowskich. Warunkiem związania podmiotów przepisami dyrektywy jest wdrożenie przepisów dyrektywy do krajowego porządku prawnego. Trzeba też zważyć, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości przyznał dyrektywom w niektórych przypadkach cechę bezpośredniej skuteczności. Oznacza to, że jeżeli przepisy dyrektywy nie zostały wdrożone do krajowego porządku prawnego, to w relacji podmiot-państwo można się na nie powołać wtedy, gdy są precyzyjne, bezwarunkowe oraz nastąpił upływ terminu transpozycji dyrektywy do prawa krajowego. Niewątpliwie przedmiotowa dyrektywa nie została w terminie wdrożona do polskiego porządku prawnego, bezwątpienia też sprawa niniejsza dotyczy relacji podmiot-państwo.

Pozostaje zatem odpowiedzieć na pytanie czy dyrektywa nr 2004/18/WE jest precyzyjna i bezwarunkowa.

Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Po pierwsze ust. 1 art. 29, który dotyczy dialogu konkurencyjnego stanowi, że państwa członkowskie mogą przewidzieć w przypadku szczególnie złożonych zamówień procedurę dialogu konkurencyjnego. Skoro zatem sam tryb nie musiał być bezwarunkowo wprowadzony do polskiego systemu prawnego nie można uznać dyrektywy za bezwarunkowej. Ponadto stwierdzić należy, że zakres dopuszczalnych zmian, o których mowa w dyrektywie nie jest precyzyjny, z jednej bowiem strony art. 29 ust. 7 dyrektywy posługuje się pojęciami wyjaśnienie lub potwierdzenie, z drugiej strony art. 29 ust. 6 mowa jest o wyjaśnianiu, precyzowaniu i dopracowywaniu oferty. Określenia te nastrożają trudności interpretacyjne,

nie łączy ich mowa o uznaniu ich za precyzyjne.

Reasumując, stwierdzić trzeba, że w ocenie Sądu Okręgowego przedmiotowa dyrektywa nie może być stosowana bezpośrednio, nie obowiązywała w dacie wszczęcia postępowania o przedmiotowe zamówienie art. 87 ust. 1 a pzp, zatem brak było podstawy prawnej do precyzowania i doprecyzowywania oferty przez wybranego wykonawcę. Bezwątpienia zaś nie była ona zgodna z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty EGIS Sąd Okręgowy podzielił stanowisko KIO, iż skarżący nie ma interesu prawnego w dochodzeniu odrzucenia tej oferty.

Z tych wszystkich względów na podstawie art. 198 ust. 2 pzp orzeczono jak w sentencji, rozstrzygnięcie o kosztach postępowania opierając na zasadzie art. 194 ust 1 pzp w związku z art. 98 kpc.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność