

Sygn. akt: KIO/UZP 436/08

WYROK
z dnia 20.05.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Izabela Kuciak

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20.05.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Centrum Zaopatrzenia Energetyki „ELTAST” Sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Toruńska 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Pomiechówek, 05-180 Pomiechówek, Brody Parcele, ul. Szkolna 1A** protestu z dnia 18.04.2008 r.

przy udziale **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., 50-513 Wrocław, ul Gazowa 26A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Centrum Zaopatrzenia Energetyki „ELTAST” Sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Toruńska 9**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł. 00gr. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Centrum Zaopatrzenia Energetyki „ELTAST” Sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Toruńska 9.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr. (słownie:.....) przez na rzecz stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (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 **Centrum Zaopatrzenia Energetyki „ELTAST” Sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Toruńska 9**

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

Zamawiający Gmina Pomiechówek prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest modernizacja i rozbudowa oświetlenia drogowego na terenie Gminy Pomiechówek.

Wobec publikacji w dniu 11.04.2008 roku ogłoszenia o zamówieniu protest w dniu 18.04.2008 roku wniósł wykonawca Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o. o.

Wskazując na naruszenie swojego interesu prawnego polegające na obarczeniu postępowania wadami uniemożliwiającymi złożenie ważnej oferty oraz zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego podniósł zarzuty naruszenia:

1. art. 2 ust 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007, Nr 223, poz. 1655) przez sprzeczność treści ogłoszenia z treścią specyfikacji

istotnych warunków zamówienia (siwz), gdyż ogłoszenie nie dopuszcza rozwiązań wariantowych, natomiast treść siwz wyraźnie wskazuje na taką możliwość;

2. art. 7 ust. 1 ustawy;
3. art. 29 ust. 1 ustawy przez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, wewnątrznie sprzeczny;
4. art. 29 ust. 2 ustawy przez określenie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
5. art. 30 ust. 2 pkt 3 ustawy przez sprzeczność opisu przedmiotu zamówienia z właściwymi normami;
6. art. 31 ust. 1, 2 i 4 ustawy przez brak dokumentacji na roboty budowlane wymagane aktem wykonawczym, w szczególności obliczeń fotometrycznych;
7. art. 91 ust. 2 ustawy przez ustalenie kryteriów oceny nie związanych z przedmiotem zamówienia.

Ponadto Protestujący podniósł, że Zamawiający naruszył również art. 35 pkt 3 ppkt 1 oraz art. 35 pkt 4 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104) a także art. 5 oraz art. 9 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 roku o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. Nr 139, poz. 1323), gdyż w umowie ustalony został termin płatności w ratach przekraczających 30 dni.

W uzasadnieniu Protestujący wywiódł, że Zamawiający dokonał sprzecznego z ustawą opisu przedmiotu zamówienia, gdyż dokumentacja postępowania nie stanowi projektu ani programu funkcjonalno-użytkowego. Sprzeczność dokumentacji projektowej z normą wymaganą rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 2.09.2004 roku (t.j. brak wykazania, że planowane roboty spełniają Polskie Normy przenoszące normy europejskie w szczególności normę PN - EN 13201) stanowi brak prawidłowego, jednoznacznego oraz wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i powoduje ponadto, że projekt jest niezgodny z rozporządzeniem Ministra Gopodarki Morskiej i Transportu z dnia 3 marca 1999 roku. Dodatkowo Protestujący podniósł zarzut braku wymaganych uprawnień budowlanych oraz członkostwa w Polskiej Izbie Inżynierów Budownictwa autora dokumentacji.

Protestujący wskazał również, że ogłoszenie oraz siwz nie przewidują możliwości składania ofert wariantowych. Jednak zamieszczenie w dokumentacji jedynie części obliczeń fotometrycznych powinno być kwalifikowane jako minimalne wartości dla rozwiązań wariantowych.

Protestujący podniósł również, że Zamawiający nie wykazał specyfiki zamówienia, która by uzasadniała dopuszczenie rozwiązań równoważnych, nie wskazał znaków towarowych (z wyłączeniem jednego rodzaju oprawy marki Thorn) oraz nie przedstawił dopuszczalnych

tolerancji dla rozwiązań równoważnych, co zdaniem Protestującego wskazuje na markę Thorn.

W ocenie Protestującego kryterium oceny ofert określone przez Zamawiającego - warunki spłaty – wysokość oprocentowania narusza art. 91 ust. 2 ustawy, gdyż nie pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia, którym zgodnie z właściwym kodem CPV są roboty budowlane. Ponadto rozłożenie terminu płatności na raty narusza art. 9 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.

Na poparcie swoich twierdzeń Protestujący przytaczał orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz sądów powszechnych.

Protestujący wskazał, że uchybienia Zamawiającego stanowią naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy oraz uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Protestujący domagał się dokonania modyfikacji siwz przy przestrzeganiu normy PN-EN 13 201, usunięcia sprzeczności w dokumentacji, przesunięcia terminu składania ofert do momentu publikacji prawidłowej dokumentacji lub unieważnienia postępowania, gdy wady te nie zostaną usunięte w ciągu 14 dni. Jeśli żądane zmiany będą naruszać art. 38 ust. 5 ustawy Protestujący wnosił o unieważnienia postępowania.

W dniu 23.04.2008 do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił THORN LIGHTING POLSKA Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający oddalił protest 28.04.2008. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że do SIWZ została załączona dokumentacja techniczna oraz obliczenia fotometryczne. Obliczenia fotometryczne mają charakter przykładowy i wykonane zostały na istniejących ulicach o najtrudniejszej na terenie gminy „geometrii”, co gwarantuje uzyskanie wymagań normy dla innych odcinków dróg. Projekt określa kategorie ulic zgodnie z normą PN-EN 13201. Wymagania postawione przez Zamawiającego uzasadnione są jego zamiarem ujednoczenia systemu oświetlenia na terenie gminy oraz warunkami realizacji zamówienia, w tym zawieszenia opraw nad siecią NN.

Zamawiający stwierdził, że nie naruszył art. 30 ust. 1 ustawy, gdyż nie był zobowiązany do zamieszczenia w dokumentacji technicznej obliczeń fotometrycznych oraz potwierdzeń zgodności ze spisem Polskich Norm. Norma PN – EN 13 201 nie jest jedyną normą opisującą prace modernizacji oświetlenia ulic. Zakres remontu wskazany w siwz stanowi rozwiązanie techniczne pozwalające na zastosowanie rozwiązań równoważnych ale nie wariantowych.

Zamawiający uznał żądanie przywołania nazw własnych produktów oraz określenia kryteriów równoważności za częściowo uzasadnione i poinformował, że doboru mocy opraw dokonał z

wykorzystaniem opraw firmy Thorn i źródeł firmy OSRAM i w tym zakresie udzielając wyjaśnień zmienił treść siwz.

Zamawiający wskazał, że kwestionowane przez Protestującego kryterium oceny ofert odnosi się ściśle do przedmiotu zamówienia, gdyż w jego skład wchodzi finansowanie inwestycji na zasadzie kredytowania robót i spłata zobowiązania przez Zamawiającego. Do Zamawiającego nie można stosować w badanym postępowaniu ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, gdyż Zamawiający realizować będzie zadania własne gminy, które nie odpowiadają kryteriom działalności gospodarczej wypracowanym przez orzecznictwo sądowe. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie działa jako uczestnik obrotu gospodarczego.

Wobec rozstrzygnięcia protestu w dniu 5.05.2008 roku (z zachowaniem terminu i wymogu jednoczesności przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o. o. wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Podtrzymując zarzuty i żądania protestu Odwołujący się wskazał, że rozstrzygnięcie protestu w istocie precyzuje wymagania dla ofert wariantowych, dokumentacja opisująca przedmiot zamówienia jest niepełna oraz wewnętrznie sprzeczna.

W dniu 13.05.2008 roku Thorn Lighting Polska Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wywodził, że przedmiot zamówienia został opisany prawidłowo. Zgodne z przepisami ustawy jest również nałożenie na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku dokonania obliczeń fotometrycznych, gdyż przedmiotem zamówienia jest modernizacja i rozbudowa oświetlenia ulicznego, tak aby spełniało ono wymagania normy PN-EN 13201. Przystępujący wskazał, że kryterium oceny ofert – wysokość oprocentowania (warunki spłaty) odnosi się bezpośrednio do ceny i nie odnosi się do terminu spłaty. Powołując się na zasadę swobody umów Przystępujący wskazał, że postanowienia wzoru umowy, co do rozłożenia płatności na raty są prawidłowe. Ponadto Przystępujący oświadczył, że Odwołujący się jest firmą wykonującą modernizacje spłacane przez inwestora instytucjonalnego i składał oferty oraz realizował zamówienia przy analogicznie opisanych warunkach spłaty.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, siwz oraz wysłuchała stanowisk pełnomocników przedstawionych na rozprawie. W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego ustaliła, że:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11.04.2008 pod numerem 74995-2008. Siwz jest zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego www.pomiechówek.pl. Przedmiotem zamówienia jest zgodnie z pkt 4 siwz modernizacja i rozbudowa oświetlenia ulicznego na terenie gminy Pomiechówek, składająca się z dwóch zadań: remontu oświetlenia w zakresie istniejącej sieci oświetlenia ulicznego oraz zaprojektowania i rozbudowy oświetlenia poza zakresem istniejącej sieci oświetlenia ulicznego. Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia wskazuje pkt 4.3 siwz. Załączniki do siwz zawierają odpowiednio:

Załącznik Nr 4 A – Przedmiar robót – remont

Załącznik Nr 4 B - Przedmiar robót – rozbudowa

Załącznik Nr 5 A - Dokumentacja projektowa:

- projekt remontu,
- schematy jednokreskowe,
- wyniesienie szaf sterujących;

Załącznik Nr 5 B - Dokumentacja projektowa – program funkcjonalno-użytkowy

Załącznik Nr 5 C - Dokumentacja projektowa:

- projekt budowlano-wykonawczy na budowę napowietrznej linii oświetlenia w m. Kosewko, ul. Letniskowa;
- projekt budowlano-wykonawczy na budowę napowietrznej linii oświetlenia w m. Kosewko, ul. Miodowa i ul. Rzeczna;
- projekt budowlano-wykonawczy na budowę napowietrznej linii oświetlenia w drodze nr 117 i 155/4;

Załącznik Nr 5 D - Dokumentacja projektowa – uzgodnienia ZEWT

W pkt 4.2.1 SIWZ Zamawiający postanowił, iż dla potwierdzenia, że oferowane oprawy oświetlenia ulicznego będą spełniać wymagania oświetleniowe zgodnie z kategoriami oświetlenia określonymi według normy PN-EN 13201, zawartymi w załączniku nr 5 do SIWZ, do oferty należy załączyć obliczenia fotometryczne dla proponowanych opraw. Obliczenia należy wykonać dla 11 charakterystycznych odcinków dróg zgodnie z załączonymi do SIWZ przykładowymi obliczeniami zał. nr 13. Obliczenia muszą potwierdzać spełnienie wymagań normy PN-EN 13201 co do uzyskania parametrów świetlnych nie gorszych niż zakłada w/w norma. Przed odbiorem końcowym Wykonawca zobowiązany będzie do przeprowadzenia pomiarów oświetlenia zgodnie z normą PN-EN 13201 dla 10 odcinków dróg, których geometria odpowiada geometrii przyjętej w przykładowych obliczeniach.

Zamawiający stwierdził ponadto, że przykładowe odcinki dróg przyjęte do obliczeń w Zał. 13 są odcinkami o najtrudniejszej na terenie gminy „geometrii” pozwalającej na osiągnięcie wyniku oświetlenia drogi zgodnego z PN-EN 13-201. Uzyskanie parametrów zgodnych

z normą dla zadanych odcinków gwarantuje zamawiającemu wykonanie zadania z uzyskaniem parametrów zgodnych z normą/.

Zamawiający w pkt 4.2 postanowił, że realizacja przedmiotu zamówienia będzie finansowana na zasadzie kredytowania robót przez Wykonawcę i spłacana przez Zamawiającego od 2008 r. w 63 miesięcznych ratach kapitałowo-odsetkowych, równych dla poszczególnych lat rozliczeniowych.

Kryteria oceny ofert wskazane w pkt 14.1 siwz to: cena zadania bez kosztów finansowych oraz warunki spłaty wysokość oprocentowania.

Zamawiający dokonał modyfikacji siwz w ten sposób, że wskazał na jakich oprawach i źródłach światła dokonał obliczeń zamieszczonych w dokumentacji projektowej. Przedmiot zamówienia pozostał bez zmian i nie wskazywał konkretnych produktów (oświadczenie w protokole rozprawy). Ponadto wskazał przykładowe obliczenia dla wybranych przez siebie odcinków ulic oraz postanowił, że obliczenia przedstawione przez wykonawców mają dotyczyć 10 odcinków dróg, których geometria odpowiada geometrii przyjętej w przykładowych obliczeniach.

Wobec dokonanych ustaleń Izba zważyła, że:

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia dla obu części za pomocą dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Nie potwierdziły się zarzuty ich niezgodności z przepisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. Nr 202, poz. 2072). W szczególności dokumenty zawierające opis przedmiotu zamówienia zawierają nazwę i adres zamawiającego (§ 11 pkt 4) a dokumentacja projektowa została sporządzona i podpisana przez osobę posiadającą stosowne uprawnienia budowlane (§ 11 pkt 6), mimo faktu, że przedmiot zamówienia nie podlega obowiązkowi uzyskania pozwolenia na budowę ani też obowiązkowi zgłoszenia zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7.07.1994 roku - Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 roku, Nr. 156, poz. 118 ze zm.). Wypełniona została również norma z § 4 ust. 2 rozporządzenia, gdyż rysunki poszczególnych ulic w obu częściach zamówienia zawierają niezbędne dane do wykonania zamówienia, Wskazują one również m.in. dane wszystkich ulic na terenie gminy, ich szerokości oraz wysokości słupów (dowód: dokumentacja projektowa, kody jednokreskowe – załączniki do siwz)

Merytoryczna poprawność tych dokumentów nie została przez Odwołującego się podważona. Brak jest dowodu na poparcie twierdzenia Odwołującego się o naruszeniu przepisów rozporządzenia wydanego na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy

Izba stwierdza, że zgodnie z obecnym brzmieniem art. 30 ust. 1 ustawy Zamawiający jest zobowiązany do stosowania odpowiedniej Polskiej Normy. Odwołujący się nie udowodnił, iż stawiane przez niego zarzuty mają oparcie w treści normy (tekst normy w języku angielskim nie może stanowić dowodu w postępowaniu przed Izbą, podobnie jak przedstawiony na rozprawie komentarz do normy PN-EN 13201. Jednak Izba stwierdza, że w dokonanym przez Zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia zostały wskazane kwestionowane przez Odwołującego się niezbędne dane wynikające z normy PN-EN 13201 (dowód: dokumentacja projektowa wraz rysunkami, kody jednokreskowe).

Zamawiający zapewnił stosowanie normy PN-EN 13201 również w ten sposób, że wymagał od wykonawców, by oferowane przez nich roboty budowlane spełniały wymagania wynikające z normy. Obowiązek wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania zgodności swej oferty z wymaganiami Zamawiającego również w powyższym zakresie jest bezdyskusyjny. W zakresie zgodności swojej oferty z normą wykonawca został zobowiązany zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. N 87, poz. 605) do złożenia wskazanego w pkt 4.4.4. siwz dokumentu o charakterze przedmiotowym potwierdzającego, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego (czyli m.in. w zakresie zgodności z normą). Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Transportu z dnia 3.03.1999 roku (Dz.U. Nr 43, poz. 430) w zakresie zgodności przedmiotu zamówienia z normą PN-EN 13201. § 109 ust. 7 rozporządzenia odnosi się do Polskiej Normy. Odwołujący się nie wykazał, jak wskazano wyżej, niezgodności dokonanego opisu z wymaganiami powołanej przez zamawiającego i podnoszonej przez siebie normy PN-EN 13201.

Z powyższych ustaleń wynika, że wskazany przez Odwołującego się wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30.01.2007 roku nie znajdzie zastosowania w okolicznościach sprawy, gdyż Zamawiający załączył kompletną dokumentację projektową, w tym projekt budowlany, których zgodność z normą PN-EN 13201 nie została skutecznie podważona przez Zamawiającego.

Zamawiający dopuszczał składanie ofert równoważnych. Wynika to m.in. z uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu z dnia 28.04.2008 r., gdzie Zamawiający stwierdza (str. 3), że celowo nie dołączył do siwz kart katalogowych producentów oraz nie wskazał określonych typów opraw z uwagi na art. 29 ust.2 i 3 ustawy. Zamawiający dopuszczał zastosowanie dowolnej oprawy dowolnego producenta pod warunkiem spełnienia minimalnych wymagań określonych w SIWZ w pkt 4.4. który w lit. a) określał parametry użytkowe opraw ulicznych, zaś w lit. b) parametry techniczne. Pkt 4.4.1-4.4.5 był

Zamawiającego gwarancją zachowania dla przedmiotu zamówienia wymagań przepisów, w tym normy PN-EN 13201.

Obliczenia fotometryczne (zał. Nr 13) nie stanowiły minimalnych warunków dla sporządzenia oferty wariantowej lecz mają służyć wykonawcy do sporządzenia dokumentu wymaganego w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane przez niego roboty budowlane wymagań Zamawiającego. Zamawiający nie dopuścił się sprzeczności w treści siwz w odniesieniu do oferty wariantowej, w ten sposób, że możliwość złożenia oferty wariantowej wyłączył *expressis verbis*, ale przez sformułowanie postanowień siwz faktycznie ją dopuścił. Ponadto w ocenie Izby art. 2 pkt 7 ustawy zawierający definicję oferty wariantowej nie może stanowić samoistnej podstawy prawnej zarzutu, gdyż jest normą o charakterze informacyjnym. Protest i odwołanie powinny dotyczyć czynności lub zaniechań Zamawiającego np. art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 7 ustawy.

Zarzut opisu przedmiotu zamówienia w sposób ukierunkowany na firmę THORN LIGHTING Polska Sp. z o.o. nie został wprost podtrzymany na rozprawie, pozostał bez dowodu i Izba uznaje go za niepotwierdzony.

Zarzuty naruszenia przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia art. 29, art. 30 i art. 31 ustawy nie potwierdziły się.

Tym samym nietrafny jest również zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia - art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy uznaje Izba za chybiony. Przepis ten jako obligatoryjne kryterium oceny ofert wskazuje cenę. Decyzją zamawiającego mogą zostać ustanowione inne kryteria oceny ofert, których przykładowy (niewyczerpujący) katalog wskazuje ww. przepis, z zastrzeżeniem, że odnoszą się one do przedmiotu zamówienia.

Rozpatrując ten zarzut w granicach protestu istotne jest ustalenie, czy kryterium oceny „warunki spłaty- wysokość oprocentowania”: mieści się w dyspozycji art. 91 ust. 2 ustawy, w tym również, czy odnosi się do przedmiotu zamówienia. Na pytanie to należy udzielić odpowiedzi twierdzącej .

Wysokość oprocentowania jest niewątpliwie jednym z warunków płatności. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18.09.2002 r (III CZP 52/02), która jest w pełni aktualna *de lege lata*, kryterium to ma charakter przedmiotowy, z uwagi na treść art. 86 ust. 4 ustawy (w dacie wydawania orzeczenia był to analogicznie brzmiący art. 43 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych). Przepis ten nakazuje po otwarciu ofert podawać m.in. informacje dotyczące warunków płatności. Zatem ustawa wymienia warunki płatności obok innych kryteriów, których charakter przedmiotowy nie budzi wątpliwości. Co za tym idzie

należy przyjąć, że kryterium kwestionowane przez Odwołującego się odnosi się do przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest realizacja robót budowlanych, których koszt ponosi Wykonawca na zasadzie kredytowania. Zamawiający w sposób ustalony w siwz dokona spłaty poniesionych kosztów. Okoliczności te są bezsporne. Zatem w tym przypadku sposób finansowania inwestycji jest istotnym postanowieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego i również z tego względu nie można przyjąć, że ocena warunków spłaty nie odnosi się do przedmiotu zamówienia.

Ponadto, jak wywiódł Sąd Okręgowy w Łomży w wyroku z dnia 26.04.2007 roku (I Ca 88/07) kryterium to wiąże się z ceną, którą zapłaci Zamawiający.

Jeśli zatem istnieje związek kryterium oceny ofert pn. warunki spłaty – wysokość oprocentowania, zarówno z przedmiotem zamówienia, jak również z ceną, to nie jest uzasadnione twierdzenie, że kryterium to jest sprzeczne z normą art. 91 ust. 2 ustawy. Na powyższą kwalifikację prawną nie ma wpływu, że uchwała Sądu Najwyższego zapadła przed wejściem w życie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, gdyż, po pierwsze, czym innym jest ocena dopuszczalności kryterium (co stanowi zarzut protestu i odwołania) a czym innym ocena szczegółowego opisu kryterium oraz, po drugie, zarzut naruszenia przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych nie znalazł również odrębnego potwierdzenia.

Opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia przy użyciu kodów CPV dotyczącego robót budowlanych, gdy Zamawiający od początku eksponował konieczność „kredytowania” realizacji zamówienia, nie podważa dokonanej przez Izbę oceny poprawności kryteriów oceny ofert.

Za nietrafną uznaje Izba podniesioną na rozprawie argumentację, że wymaganego przez zamawiającego kredytowania mogą dokonać tylko wykonawcy będący instytucjami upoważnionymi do udzielania kredytu.

Izba stwierdza, że sformułowanie SIWZ „kredytowanie” nie odnosi się do umowy o udzielenie kredytu. Ustanawia ono konieczność przyjęcia na siebie przez wykonawcę na dłuższy, jednak określony w siwz okres czasu, kosztów realizacji zamówienia, co jest regulacją dopuszczalną w postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 488 § 1 k.c. w związku z art. 14 ustawy. W ocenie Izby wskazany przez Zamawiającego sposób spłaty powinien być brany pod uwagę przez wykonawców przy kalkulowaniu ceny oferty. Okoliczność, że z uwagi na kondycję finansową wykonawcy lub realizowane przez wykonawcę jednocześnie kontrakty, postanowienie takie może być dla wykonawców uciążliwe, nie ma wpływu na ocenę formalną dokonaną przez Izbę.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 przez naruszenie przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia

13.01.2006 r. (III CZP 124/05) wskazała wprawdzie, że umowa zawarta w celu realizacji zadań własnych gminy może stanowić transakcję handlową w rozumieniu art. 2 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Jednak, jak wywiódł Sąd Najwyższy w swoich rozważaniach, dla przesądzenia, czy przepisy wskazanej ustawy wiążą gminę, istotne jest ustalenie, czy umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Wskazując na okoliczność, iż analiza pojęcia działalność gospodarcza była wielokrotnie dokonywana w orzecznictwie, jak i w doktrynie, w cytowanej uchwale SN powołał m.in. postanowienie SN z dnia 22.08.2001 roku (V CKN 756/00), gdzie SN wskazał, że zadania własne gminy mogą być realizowane zarówno przez podejmowanie działalności gospodarczej, jak i działalności nie mającej takiego charakteru oraz wskazał, że o gospodarczym lub niegospodarczym charakterze działalności decyduje jej przedmiot.

W omawianej uchwale SN wskazuje również na wypracowane przez orzecznictwo SN oraz doktrynę kryteria działalności gospodarczej. t.j. jej zorganizowany i ciągły charakter, podleganie regułom racjonalnego gospodarowania oraz stanowienia przez nią formy udziału w obrocie gospodarczym. W odniesieniu do okoliczności sprawy stwierdzić należy, że realizacja zamówienia na remont i modernizację oświetlenia ulicznego nie jest formą uczestnictwa gminy w obrocie gospodarczym, co uniemożliwia uznanie jej za działalność gospodarczą gminy. Stanowisko takie uzasadnia również treść art. 9 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 8.03.1999 roku o samorządzie gminnym.

Skoro Zamawiający nie udziela przedmiotowego zamówienia w ramach działalności gospodarczej, to przepisy ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych nie mają zastosowania przy ocenie prawidłowości sformułowanych w siwz kryteriów oceny ofert.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 4 ustawy został podniesiony dopiero na rozprawie i nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę uwagi na treść art. 191 ust. 3 ustawy.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień Publicznych.

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 **Warszawa-Praga.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*