

**Sygn. akt KIO/UZP 590/09**

**WYROK**  
**z dnia 21 maja 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Renata Tubisz**

**Członkowie: Małgorzata Rakowska**  
**Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 maja 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLBET S.A., 73 Pułku Piechoty 1, 40 – 474 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademię Ekonomiczną im. Karola Adameckiego, ul. 1 Maja 50, 40 – 287 Katowice** protestu z dnia **15.04.2009 r.**

**orzeka:**

**1 oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **POLBET S.A., 73 Pułku Piechoty 1, 40 – 474 Katowice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **POLBET S.A., 73 Pułku Piechoty 1, 40 – 474 Katowice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426** zł **00** gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLBET S.A., 73 Pułku Piechoty 1, 40 – 474 Katowice.**

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 lutego 2009 r. nr postępowania: BZP 002/04007/09

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są : Roboty modernizacyjno - remontowe w zakresie budowlanym, instalacji sanitarnych, elektrycznych i p-poż. w budynku DS "Zaścianek" Akademii Ekonomicznej w Katowicach przy ul. Franciszkańskiej 8,

Zamawiającym jest Akademia Ekonomiczna im. Karola Adamieckiego w Katowicach, ul. 1 Maja 50, 40-287 Katowice zwany dalej „Zamawiającym”.

Odwołującym jest POLBET S.A. z siedzibą w Katowicach 40-474, ul. 73 Pułku Piechoty 1 zwany dalej „Odwołującym”.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie na oddalenie protestu, na podstawie art. 184 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku -Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej „Ustawą”

W odwołaniu przytoczono zarzuty podniesione w proteście - pismo z dnia 15 kwietnia 2009r. dotyczące :

- 1) bezprawnego wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania, w związku z nie przedstawieniem dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu,
- 2) bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) bezprawnego zatrzymania wadium wraz z odsetkami.

Odwołujący w proteście i odwołaniu wskazał, iż postępowanie Zamawiającego narusza art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 87 ust. 1 oraz art. 46 ust. 4a ustawy.

Odwołujący w proteście i odwołaniu zażądał:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
- 3) unieważnienia czynności zatrzymania wadium wraz z odsetkami,
- 4) dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 5) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 6) zwrotu wadium w przypadku wyboru oferty innego niż Odwołujący

ewentualnie:

- 7) unieważnienia czynności zatrzymania wadium wraz z odsetkami,
- 8) zwrotu wadium wraz z odsetkami.

Treść protestu stanowi załącznik do odwołania.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, odrzucenia jego oferty, a co za tym idzie zatrzymania wadium.

Czynności tych Zamawiający dokonał, ponieważ jego zdaniem Odwołujący na wezwanie do uzupełnienia nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj. świadectwa autoryzacji na instalowanie i programowanie systemu sygnalizacji p-poż. określonego w dokumentacji projektowej, wydanego przez producenta tego systemu.

Zdaniem Zamawiającego odpowiedź Odwołującego na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowiła niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 1 ustawy zmianę w treści oferty.

Konsekwencją tego stanowiska było przyjęcie, że Odwołujący nie uzupełnił w określonym terminie wymaganych dokumentów i wykluczenie go z postępowania, a następnie odrzucenie jego oferty.

Zamawiający uznał ponadto, że wobec nie uzupełnienia wymaganych dokumentów, ma prawo na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy, zatrzymać wniesione przez Odwołującego, w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, wadium.

Odwołujący w proteście podniósł, iż czynności Zamawiającego polegające na wykluczeniu Protestującego, odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji zatrzymania wadium nie są zgodne z przepisami ustawy.

Odwołujący podkreślił, że nigdy nie oferował zastosowania systemu p-poż. firmy POLON, ponieważ nie posiadał wymaganej autoryzacji tej firmy, w związku z czym nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie.

W żadnym miejscu w ofercie nie zostało wskazane, że Odwołujący oferuje system p-poż, firmy POLON.

Jedynie omyłkowo dołączone do oferty świadectwo potwierdzające uprawnienia Pana Jacka G. do instalowania i programowania Interaktywnego Systemu Sygnalizacji Pożarowej POLON 4000, mogło Zamawiającemu zasugerować to, że Odwołujący zaoferował wykonanie systemu p.poż tej firmy.

Po otrzymaniu wezwania Zamawiającego, Odwołujący w piśmie z dnia 6.04.2009 r. l.dz. 1280/2009 wyjaśnił Zamawiającemu wątpliwości związane z treścią oferty oraz sprostował swoją pomyłkę i dołączył stosowne dokumenty.

Działania Odwołującego nie stanowiły zmiany treści oferty tylko jej wyjaśnienie, a zatem wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy nastąpiło z naruszeniem obowiązujących przepisów ustawy. Tym samym Zamawiający naruszył przepis art. 46 ust. 4a ustawy, gdyż w świetle powyższych argumentów Odwołujący uzupełnił żądane przez Zamawiającego w wezwaniu dokumenty, a zatem nie miał on prawa zatrzymać wadium.

Po uzupełnieniu dokumentów oferta Odwołującego była zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) oraz w pełni kompletna. Odwołujący poprzez uzupełnienie dokumentów miał zamiar dalej brać udział w postępowaniu, a jego oferta mogła podlegać ocenie Zamawiającego.

Zamawiający oddalając protest stwierdził, że z treści złożonej przez Odwołującego oferty jednoznacznie wynika, że zaoferował on wykonanie systemu sygnalizacji p.pożarowej określonego w dokumentacji projektowej, tj. systemu firmy POLON ALFA, a przyjęcie wyjaśnień Odwołującego prowadziłoby do ewidentnej zmiany treści oferty, co było niedopuszczalne na tym etapie postępowania. W konsekwencji, wobec braku złożenia przez Odwołującego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu było wykluczenie Odwołującego z postępowania, a w rezultacie odrzucenie jego oferty i zatrzymanie wadium.

Zamawiający nie zgodził się także z interpretacją Odwołującego, że w niniejszej sprawie nie może zatrzymać wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Zdaniem Zamawiającego zatrzymanie wadium ma być swoistym zryczałtowanym odszkodowaniem ze strony wykonawcy w sytuacji samowolnego wycofania się z warunków przedstawionych w ofercie przed upływem okresu jej związania.

W dniu 16 kwietnia 2009 r. Zamawiający wystąpił do Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo-Hestia S.A. z żądaniem wypłaty z gwarancji ubezpieczeniowej nr 250001132607 z dnia 27.02.2009 r. zmienionej aneksem nr 1 z dnia 20.03.2009 r. kwoty 50.000,00 zł.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu.

Jednym z elementów przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ było wykonanie instalacji przeciwpożarowej. Zakres robót określała m.in. dokumentacja wykonawcza. W dokumentacji tej przewidziany został system przeciwpożarowy POLON ALFA. Na wskutek wniesionego protestu Zamawiający dopuścił oferowanie równoważnych systemów przeciwpożarowych. Zamawiający w specyfikacji określił dokumenty, jakimi powinni wykazać się wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (Rozdz. 5 i 6 SIWZ).

Jednocześnie w druku oferty Zamawiający nie przewidział możliwości wskazania nazw producentów oferowanych systemów, co zresztą w świetle dokumentacji projektowej oraz kryterium oceny ofert nie miało żadnego znaczenia (nie podlegało

ocenie przez Zamawiającego). Oferty składane z zastosowaniem systemu przeciwpożarowego POLON lub innego producenta były ofertami równoważnymi. W niniejszej sprawie Zamawiający przyjął, że analiza treści oferty Odwołującego pozwala na jednoznaczne przyjęcie, że zaoferował on wykonanie systemu sygnalizacji p.poż. określonego w dokumentacji projektowej, tj. POLON ALFA. Wniosek taki Zamawiający wywiódł z faktu załączenia uprawnień i kwalifikacji Pana Jacka Grzeszczaka wystawionymi przez firmę POLON, co następnie znalazło wyraz w formularzu nr 6 oraz jak wskazał Zamawiający w piśmie oddalającym protest "brakiem w ofercie jakiegokolwiek z szeregu wymaganych przez Zamawiającego dokumentów i oświadczeń w przypadku zaoferowania systemu sygnalizacji p.pożarowej równoważnego do określonego w dokumentacji projektowej."

Jak Odwołujący uzasadniał to w proteście jego pomyłka polegała na dołączeniu do oferty nieprawidłowego świadectwa uprawniającego Pana Jacka Grzeszczaka do wykonywania prac objętych zamówieniem (nazwa firmy z tego świadectwa następnie została wpisana do formularza nr 6).

Z chwilą otrzymania wezwania Zamawiającego do przedstawienia świadectwa autoryzacji na instalowanie i programowanie systemu sygnalizacji p-poż. określonej w dokumentacji projektowej, wydanego przez producenta tego systemu, Odwołujący zorientował się, że popełnił pomyłkę i że Zamawiający mógł powziąć wątpliwość co do rodzaju systemu zaoferowanego w jego ofercie. Pomyłka ta została wyjaśniona w piśmie z dnia 6.04.2009 r., l.dz. 1280/2009, do którego dołączono prawidłowe uprawnienia. Pismo to nie wprowadzało jakichkolwiek zmian do treści oferty, gdyż zarówno oferowane rozwiązania (które były zgodne z SIWZ i dokumentacją projektową), jak i cena nie uległy zmianie.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający, mając wątpliwość co do oferowanego przez Odwołującego systemu, mógł zwrócić się z prośbą o wyjaśnienie treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy albo wezwać go do przedstawienia załącznika nr 5, żeby swoje wątpliwości rozwiązać. Cała powyższa sytuacja spowodowana została m.in. poprzez zaniedbanie Zamawiającego w tym zakresie i nieprecyzyjne określenie wymagań SIWZ oraz formularza oferty w tym zakresie.

Podkreślić także należy, że oferowany przez Odwołującego system nie wymaga autoryzacji, a jedynie posiadania imiennych uprawnień, a zatem do oferty nie zostało dołączone świadectwo autoryzacji dla Odwołującego.

Podsumowując, Odwołujący nigdy nie oferował wykonania systemu p-poż. firmy POLON, gdyż nie posiadał ku temu stosownych uprawnień.

Biorąc pod uwagę powyższe wykluczenie Protestującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy nastąpiło z naruszeniem obowiązujących przepisów.

Tym samym Zamawiający naruszył przepis art. 46 ust. 4a ustawy, gdyż w świetle powyższych argumentów Protestujący uzupełnił żądane przez Zamawiającego w wezwaniu dokumenty, a zatem nie miał on prawa zatrzymać wadium.

Z ostrożności, nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę zgodnie z przepisami ustawy, to zdaniem Odwołującego nadal nie zachodzą przesłanki określone w art. 46 ust. 4a ustawy, uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium wraz z odsetkami.

Zamawiający w piśmie oddalającym protest nie zgodził się z interpretacją Odwołującego, że nie ma on prawa zatrzymać wadium w sytuacji, gdy Odwołujący

uzupełnił żądane dokumenty, nawet jeżeli były one -zdaniem Zamawiającego - nieprawidłowe. Zamawiający podniósł, iż zatrzymanie wadium ma być swoistym zryczałtowanym odszkodowaniem ze strony wykonawcy w sytuacji samowolnego wycofania się z warunków przedstawionych w ofercie przed upływem okresu jej związania, a także to, że przepis art. 46 ust. 4a ustawy ma dyscyplinować wykonawców i zapobiegać zмовie wykonawców.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał szereg orzeczeń KIO. Stanowisko to potwierdzają także publikacje specjalistów z zakresu Prawa zamówień publicznych: "Zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium tylko wówczas, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego w ogóle nie uzupełni dokumentu. Natomiast formalne uzupełnienie dokumentu, pomimo iż może on nie potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp" (tak: Damian Szczepański, artykuł Zam.Pub.Dor.2008.12. 28, Możliwość "aneksowania" umowy. Teza nr 1, 97531/1). W niniejszej sytuacji zatem Zamawiający nie ma prawa zatrzymania wpłaconego przez Odwołującego wadium wraz z odsetkami.

W niniejszej sprawie na uwagę Krajowej Izby Odwoławczej zasługuje także orzecznictwo Sądu Najwyższego m. in. uchwała z dnia 22.03.2007 roku (sygn. akt III CZP 8/07), w której Sąd Najwyższy ocenił, że wykładnia przepisu "nie może prowadzić do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczące ratio legis interpretowanego przepisu". Sąd Najwyższy stwierdził również w przywołanym orzeczeniu, że "w sytuacji, w której ściśle, literalne zinterpretowanie zapisu ustawowego prowadziłyby do zniekształcenia lub wypaczenia jego treści obowiązkiem organu stosującego prawo jest sięganie do innych sposobów wykładni." oraz "zważyć należy, że zasada pierwszeństwa stosowania wykładni językowej, nie oznacza absolutnego porządku preferencji a jedynie taki porządek, w którym w uzasadnionych okolicznościach, dopuszcza się od niej odstępstwa łagodzące konflikt między stanowiskiem formalistycznym a nieformalistycznym. Przykładem potrzeby odstępstwa od honorowania rezultatów wykładni językowej jest wskazywana w piśmiennictwie sytuacja, w której, wynik posłużenia się taką wykładnią prowadzi do absurdu albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji". W niniejszej sprawie uznanie, iż Zamawiającemu przysługuje prawo zatrzymania wadium, prowadziłyby do takich właśnie konsekwencji. Omyłka, która została popełniona w ofercie, a następnie sprostowana pismem z dnia 6.04.2009 r., i która mogła zostać wyjaśniona przez Zamawiającego, spowodowała by utratę przez Odwołującego wadium w kwocie 50.000,00 zł i to w sytuacji, gdy Zamawiający nie tylko nie poniósł żadnej szkody, ale nie było żadnego zagrożenia interesu Zamawiającego ani interesu publicznego.

W niniejszej sprawie należy rozważyć także możliwość zastosowania art. 5 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, gdyż Odwołujący uważa, że działania podejmowane przez Zamawiającego wobec Odwołującego noszą znamiona nadużycia prawa, na co wskazuje powyższe uzasadnienie.

Na koniec należy podnieść, iż Odwołujący posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Interes prawny posiada więc każdy podmiot, który

wykluczono z udziału w postępowaniu lub którego ofertę odrzucono. Ewentualne zajmowanie dalszego niż pierwsze miejsce w rankingu ofert nie stanowi jeszcze bezwzględnie o tym, iż wykonawca nie ma żadnych szans na uzyskanie zamówienia w danym postępowaniu. "Środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdy taki podmiot dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów. Interes prawny posiada każdy podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu i choćby tylko może doznać uszczerbku w naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z postanowieniami art. 1 ust 3 dyrektywy 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG) " Odwołanie może wnieść, co najmniej każdy podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego". Przesłanką do wniesienia odwołania może być naruszenie w trakcie postępowania przez Zamawiającego uregulowań prawa. Za takim szerokim rozumieniem interesu prawnego opowiedział się również Sąd Okręgowy w Krośnie w wyroku z dnia 25 kwietnia 2006 roku (Sygn. akt I Ca 134/ 06), gdzie stwierdził, że "Odmienna interpretacja" interesu prawnego" na tle dyrektywy Rady 89/665/EWG nie znajduje uzasadnienia".

Również ETS w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywał, aby wszelkie wątpliwości pojawiające się na tle rozumienia interesu prawnego rozstrzygać zgodnie z przepisami krajowymi, zachowując jednocześnie ducha dyrektywy. Protest jest rodzajem sprzeciwu o funkcjach .., sygnalizacyjno -reklamacyjnych, prowadzi ma bowiem na bieżąco do korygowania ewentualnych uchybień popełnionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia" (UZP 220/09).

Podstawą wniesienia odwołania było rozstrzygnięcie protestu z dnia 22 kwietnia 2009 r.

Zamawiający oddalenie protestu oparł na następującej argumentacji.

Przedmiotowe zamówienie obejmuje wykonanie robót modernizacyjno-remontowych w budynku wykorzystywanym na potrzeby domu studenta, w tym m.in.

zainstalowanie i odpowiednie skonfigurowanie systemu sygnalizacji p.pożarowej (aktualnie obiekt nie posiada tego typu systemu bezpieczeństwa).

Działając na podstawie art. 25 ust 1 ustawy Pzp, Zamawiający szczegółowo określił , że wykonawca powinien do oferty załączyć:

Aktualne świadectwo autoryzacji potwierdzające, że Wykonawca posiada uprawnienia do instalowania i programowania systemu sygnalizacji p.poż. określonego w dokumentacji projektowej wydane przez producenta tego systemu.

W przypadku oferowania systemu sygnalizacji p.poż. równoważnego do określonego w dokumentacji projektowej - aktualne świadectwo autoryzacji potwierdzające, że Wykonawca posiada uprawnienia do instalowania i programowania proponowanego systemu jeśli takie świadectwo jest przez producenta systemu wydawane.

Zamawiający wychodząc naprzeciw prośbom Wykonawców, w dbałości o zasadę ich równego traktowania i uczciwej konkurencji, dopuścił możliwość zastosowania różnorodnych systemów sygnalizacji p.pożarowej równoważnych do systemu określonego w dokumentacji technicznej

Jednakże, z uwagi na istniejące obostrzenia dotyczące możliwości wprowadzania zmian w dokumentacji technicznej w obszarze branży p.pożarowej (uzgodnienia z rzeczoznawcą) oraz w sytuacji zrozumiałej, wyjątkowej dbałości o sprawność zastosowanego systemu sygnalizacji p.pożarowej w obiekcie wykorzystywanym na potrzeby domu studenckiego, Zamawiający bardzo precyzyjnie określił w SIWZ

dokumenty jakie wykonawca musi dołączyć do oferty w przypadku zaoferowania systemu innego niż określony w dokumentacji projektowej w celu wykazania jego równoważności.

W trakcie badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził brak w ofercie Protestującego następujących dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu:

aktualnego świadectwa autoryzacji potwierdzającego, że Protestujący posiada uprawnienia do instalowania i programowania urządzeń oferowanego systemu sygnalizacji p.poż. tj. systemu firmy POLON ALFA, wydanego przez producenta tego systemu (firma POLON ALFA wydaje tego typu świadectwa),

Wobec powyższego, Zamawiający wezwał Protestującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów, informując jednocześnie, że konsekwencją ich nie złożenia w wyznaczonym terminie, będzie wykluczenie Protestującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, co w konsekwencji spowoduje odrzucenie Jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, oraz że Zamawiający dokona zatrzymania złożonego przez Protestującego wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, dnia 6 kwietnia 2009 roku, Protestujący złożył informację, że tak naprawdę to chciał On zaproponować inny niż w dokumentacji projektowej system sygnalizacji pożaru tj. Synova™ SIEMENS, na który nie jest wydawane świadectwo autoryzacji dla firm a jedynie imienne uprawnienia oraz, że dokument potwierdzający uprawnienia Pana Jacka Grzeszczaka do instalowania i programowania systemu firmy POLON ALFA (czyli zgodnego z dokumentacją projektową) dołączony zostały do oferty jedynie pomyłkowo.

Zamawiający nie mógł uznać wyjaśnień Protestującego, ponieważ z treści złożonej oferty wynika jednoznacznie, że Protestujący zaoferował system sygnalizacji p.pożarowej zgodny z dokumentacją projektową to jest system firmy POLON ALFA. Przyjęcie wyjaśnień złożonych przez Protestującego prowadziłoby więc do ewidentnej zmiany treści oferty, która na tym etapie postępowania jest niedopuszczalna w myśl przepisów art. 84 ustawy.

Konsekwencją braku złożenia przez Protestującego dokumentów potwierdzających spełnianie postawionych warunków udziału w postępowaniu, było wykluczenie Protestującego z przedmiotowego postępowania, a w rezultacie odrzucenie złożonej przez Niego oferty.

Natomiast stan prawny art. 46 ust. 4a ustawy jednoznacznie stanowi, że w sytuacji, gdy Wykonawca na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złoży dokumentów lub oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie, to Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami. W świetle powyższego Zamawiający zmuszony był w przedmiotowym przypadku zatrzymać wadium wniesione przez Protestującego.

Należy również stwierdzić, że przyjęcie i stosowanie interpretacji, iż Zamawiający nie ma prawa zatrzymać wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na jego wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy dostarczy fizycznie jakiegokolwiek dokumenty lub oświadczenia (bez względu na to czy są one prawidłowe, czy też nie, tzn. czy ostatecznie potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu), doprowadza do stanu zaprzeczenia samej istoty wadium i myśli Ustawodawcy zawartej w treści art. 46 ust. 4a ustawy. Wadium ma być bowiem zabezpieczeniem dla zamawiającego, swoistym zryczałtowanym



odszkodowaniem ze strony wykonawcy w sytuacji samowolnego wycofania się z warunków przedstawionych w ofercie przed upływem okresu jej związania. Ustawodawca wprowadzając do ustawy treść art. 26 ust. 3 w formie obowiązku a nie uprawnienia zamawiającego, dał wykonawcom możliwość samowolnego wycofywania się z postępowań po otwarciu ofert bez konsekwencji utraty wadium. Wykorzystywanie tej swoistej "luki prawnej" przez wykonawców godziło w zamawiającego, który nie tylko nie mógł sprawnie przeprowadzać postępowań, ale w ostateczności mógł stać się nawet ofiarą ich zмовy. Aktualnie przeciwdziałać takiej sytuacji ma treść art. 46 ust. 4a ustawy. Przepis ten dyscyplinuje wykonawców zmuszając ich do bardziej świadomego uczestniczenia w postępowaniach, tj. wymaga wcześniejszego rzetelnego zapoznania się z warunkami stawianymi przez zamawiającego w tym w szczególności z warunkami udziału w postępowaniu, Ostatecznie konsekwencją niedostarczenia dokumentów lub oświadczeń określonych przez zamawiającego na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest bowiem zatrzymanie wadium, chyba że wykonawca udowodni, iż niedostarczenie właściwych dokumentów wynika z przyczyn od niego niezależnych. Sprowadzenie treści art. 46 ust. 4a ustawy do sytuacji, gdy zamawiający zatrzymuje wadium wyłącznie w sytuacji fizycznego niedostarczenia przez wykonawców dokumentów lub oświadczeń (bez względu na ich poprawność) nie tylko wypacza jego sens, ale z powrotem otwiera wykonawcom drogę do swobodnego wycofywania się z złożonych ofert bez konsekwencji utraty wadium. I tak, w praktyce, wykonawca dysponujący jednocześnie prawidłowym i nieprawidłowym z punktu widzenia potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumentem np. odpisem z KRS sprzed 3 miesięcy i 7 miesięcy, składając w ofercie celowo dokument nieprawidłowy tj. w rozważanym przypadku odpis z KRS sprzed 7 miesięcy, wezwany zostanie przez zamawiającego do uzupełnienia tego dokumentu, w odpowiedzi na co, w zależności od "sytuacji zaistniałej w postępowaniu po otwarciu ofert", będzie się mógł swobodnie bez konsekwencji utraty wadium wycofać się ze złożonej oferty (składając powtórnie dokument nieprawidłowy, w rozważanym przypadku odpis KRS sprzed 7 miesięcy) lub pozostać w postępowaniu (składając dokument prawidłowy, tj. w rozważanym przypadku odpis KRS sprzed 3 miesięcy). Bezspornym potwierdzeniem zamiaru Ustawodawcy określonego w treści art. 46 ust. 4a ustawy jest zapis umożliwiający odstępianie od zatrzymania wadium, a mianowicie: "chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie". Jaki byłby bowiem sens udowadniania sytuacji podlegającej ocenie zamawiającego, jeżeli taki sam skutek osiągało by się dostarczając jakikolwiek dokument czy oświadczenie ...

Trudno też zrozumieć argumentację, w której proponuje się zamawiającemu interpretując treść art. 46 ust. 4a ustawy, aby w sytuacji gdy wykonawca na jego wezwanie poczynione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dostarczył dokumenty, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu uznał, że wykonawca dostarczył dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, a więc potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W myśl przedstawionej argumentacji w ocenie Zamawiającego jego decyzja z dnia 8 kwietnia 2009r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i zatrzymania jego wadium jest zasadna.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do interesu prawnego Odwołującego ustalono i zważono co następuje.

Na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie ustalono, że na dziewięć złożonych ofert, aktualne pozostają w postępowaniu o udzielenie zamówienia cztery oferty, których ceny kształtują się następująco:

1. Konsorcjum Zarząd Budynków Komunalnych S.A. Tarnowskie Góry i Atmoservice Sp. z o.o. w Katowicach – 1.195.916,04zł.;
2. Konsorcjum Grupa Inżynieryjno –Budowlana „ASPEKT” Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej, Winsel Sp. z o.o. w Chorzowie oraz Pulsar Sp. z o.o. w Katowicach – 1.198.057,39 zł.;
3. Konsorcjum Przedsiębiorstwo Handlowo –Usługowe „OPA-REM” Sp. z o.o. w Luszowicach, „CHAPEBEX” Sp. z o.o. w Chrzanowie oraz Zakład Automatyki i Elektroniki Przemysłowej TELCOMP Włodzimierz Rogowicz w Krakowie. – 1.397.798,78 zł.;
4. Odwołujący – 1.603.845,69 zł.

Zgodnie z pkt 14 SIWZ Kryteria oraz sposób oceny ofert, Zamawiający oceniał oferty według jedynego kryterium to jest ceny brutto.

Tak więc oferta Odwołującego zajmuje czwartą pozycję w rankingu ofert.

Izba przyznając istnienie interesu prawnego do wniesienia odwołania w ramach dyspozycji art. 179 ust.1 ustawy nie ma podstaw do uwzględnienia odwołania nawet w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, ponieważ naruszenie tych przepisów nie miałyby wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta Odwołującego sklasyfikowana jest na czwartej pozycji w rankingu ofert.

Reasumując wyprzedzają ją trzy konkurencyjne oferty i ewentualne stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy nie miałyby wpływu na wynik postępowania, a co jest niezbędną przesłanką do uwzględnienia odwołania w myśl art. 191 ust.1 a ustawy.

W zakresie warunków SIWZ co do wymogów dla rozwiązań równoważnych odnoszących się do systemu p.poż

Skład orzekający Izby ustalił co następuje.

W pierwotnej wersji SIWZ na temat systemu p.poż. znajdowały się następujące zapisy:

5. warunki udziału w postępowaniu.

5.1. Wykonawca musi posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, w szczególności posiadać świadectwo autoryzacji na instalowanie i programowanie systemu p.poż. określonego w dokumentacji projektowej wydane przez producenta tego systemu.

5.3. Wykonawca musi dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w szczególności osobami wyznaczonymi do sprawowania funkcji kierowniczych przewidzianymi do zatrudnienia przy realizacji kontraktu, w tym: d) osoba kierująca robotami w zakresie instalacji p.poż. posiadająca wszelkie niezbędne kwalifikacje (potwierdzone odpowiednimi świadectwami) upoważniające do instalowania i programowania urządzeń systemu p.poż określonego w dokumentacji projektowej.

Z powyższych zapisów wynika, że Zamawiający w pierwotnie ustalonych warunkach wymagał od wykonawców posiadania uprawnień do instalacji i programowania systemu p.poż. zaprojektowanego w dokumentacji i to zarówno od wykonawców jak i osób przy pomocy, których wykonawca będzie realizował kontrakt.

W dniu 16 lutego 2009r. pismem z dnia 12 lutego 2009r. jeden z wykonawców wystąpił z pytaniem odnoszącym się do treści pkt 6.2. SIWZ, z którego wynikało, że wykonawca powinien posiadać świadectwo autoryzacji na instalowanie i programowanie instalacji p.poż oznaczonej w dokumentacji projektowej, wydane przez producenta tego systemu.

Kolejną wątpliwość wykonawcy wzbudził zapis pkt. 3.4. „...w przypadku systemu p.poż. do Wykonawcy stosującego zamienniki należy wykazanie, że funkcje użytkowe i techniczne całego istniejącego systemu nie ulegną zmianie”. Na podstawie tych zapisów wykonawca poprosił o jednoznaczne stanowisko i sformułował pytanie:” czy wykonawca musi się wykazać posiadaniem certyfikatu na centralę POLON ALFA, czy certyfikatem na dowolny system p.poż , który będzie spełniał wymogi wg. pkt 3.4. SIWZ.

W dniu 18 lutego 2009r. Zamawiający udzielił wyczerpującej odpowiedzi, z której wynikało, że na etapie składania ofert nie jest możliwa zmiana systemu p.poż. przewidzianego w dokumentacji projektowej.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że wszelkie materiały i urządzenia wykazane w ofercie jako równoważne będą poddane ocenie Projektanta.

W dniu 19 lutego 2009r. ponownie inny wykonawca skierował zapytanie czy można zaoferować inny system równoważny do zaprojektowanego systemu p.poż. POLON 4200.

W dniu 24 lutego 2009r. Zamawiający podtrzymał swoją odpowiedź z dnia 18 lutego 2009r.

W dniu 20 lutego 2009r. wykonawca ABM alarm złożył protest na odpowiedź Zamawiającego z dnia 18 lutego 2009r., zaskarżając postanowienie, które nie dopuszcza rozwiązań równoważnych do systemu p.poż. POLON ALFA.

Z uwagi na pytania i ewentualne modyfikacje SIWZ Zamawiający pismem z dnia 27 lutego 2009r. przesunął termin składania ofert z dnia 2 marca 2009r. na dzień 10 marca 2009r.

W dniu 5 marca 2009r. Zamawiający wskutek złożonego protestu zapowiedział modyfikację SIWZ i zmianę terminu składania ofert na dzień 17 marca 2009r.

Pismem z dnia 5 marca 2009r. Zamawiający uwzględnił protest ABM alarm i zapowiedział modyfikację SIWZ.

W dniu 12 marca 2009r. Zamawiający ogłosił zmianę ogłoszenia o zamówieniu. Zamiany dotyczyły następujących wymogów :

1. Wykonawca oferujący system sygnalizacji p.poż jako równoważny do określonego w dokumentacji projektowej musi posiadać świadectwo autoryzacji do instalowania i programowania urządzeń proponowanego systemu ( jeśli takie świadectwo przez producenta jest wydawane).
2. W przypadku oferowania systemu sygnalizacji p.poż. równoważnego do określonego w dokumentacji projektowej Wykonawca musi dysponować osobą kierującą robotami w zakresie instalacji tego systemu, posiadającą wszelkie niezbędne kwalifikacje( potwierdzone odpowiednimi świadectwami ) upoważniające do instalowania i programowania tego systemu.
3. W przypadku oferowania systemu sygnalizacji p.poż. równoważnego do określonego w dokumentacji projektowej- aktualne świadectwo autoryzacji potwierdzające, że Wykonawca posiada uprawnienia do instalowania i programowania proponowanego systemu ( jeśli takie świadectwo jest przez producenta systemu wydawane).
4. W przypadku oferowania systemu sygnalizacji p.poż. jako równoważnego do określonego w dokumentacji projektowej – kserokopie aktualnych dokumentów potwierdzające uprawnienia i kwalifikacje upoważniające do instalowania i programowania urządzeń oferowanego systemu sygnalizacji p.poż. dla osoby przewidzianej do zatrudnienia przy realizacji kontraktu w zakresie kierowania robotami instalacji p.poż.

W dniu 12 marca 2009r. Zamawiający również dokonał stosownych zmian w SIWZ wprowadzając z tą datą tekst jednolity SIWZ.

W stosunku do pierwotnej wersji w SIWZ wprowadzono zmiany zgodnie z treścią ogłoszenia o zamianach oraz wprowadzono Załącznik nr 5 pt. Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy oferujący rozwiązania równoważne.

Załącznik nr 5 dzieli się na następujące części:

1. Ogólne wymagania Zamawiającego dotyczące możliwości zaproponowania rozwiązań równoważnych, w których przewidziano załączenie do oferty wypełnionego formularza nr 5 SIWZ stanowiącego wykaz materiałów, armatury i urządzeń równoważnych.
2. Wymagania Zamawiającego dotyczące możliwości zaproponowania innego systemu sygnalizacji p.poż niż określony w dokumentacji projektowej, przewidywał podpisany formularz nr 10 - "Oświadczenie dotyczące proponowanego systemu sygnalizacji p.poż jako równoważnego do określonego w dokumentacji projektowej". W tej części warunków określono również, że Wykonawca oferujący inny system sygnalizacji p.poż. niż określony w dokumentacji projektowej ( jako rozwiązanie równoważne) zobowiązany jest załączyć do oferty: wypełniony formularz nr 5 do oferty, szczegółowy opis systemu wykazujący, że funkcje użytkowe i techniczne całego systemu nie ulegną zmianie w porównaniu do systemu określonego w dokumentacji projektowej, a także że rozwiązania to nie spowoduje konieczności wprowadzenia zmian w innych branżach zadania, kserokopie

aktualnych certyfikatów, aprobat, itp. na wszystkie elementy systemu, podpisany formularz nr 10.

- ponadto w warunkach przewidziano zobowiązania wykonawcy oferującego inny system sygnalizacji p.poż. po wybraniu oferty jako najkorzystniejszej, a polegające między innymi na wykonaniu na własny koszt dokumentacji technicznej systemu bezpieczeństwa, dokonania na własny koszt uzgodnienia dokumentacji z rzeczoznawcą ds zabezpieczeń p.poż i inwestorem, przekazania Zamawiającemu tak uzgodnionej dokumentacji, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Załącznikiem do SIWZ jest również Formularz nr 10 wymieniony w powyższym załączniku Nr 5 ( Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy oferujący rozwiązania równoważne), który ma tytuł "Oświadczenie". Istotą tego oświadczenia jest stwierdzenie jaki system sygnalizacji p.poż. jest oferowany oraz zapewnienie, że system ten posiada parametry lepsze lub co najmniej równe parametrom użytkowym i technicznym określonym w dokumentacji projektowej dla systemu p.poż. W pozostałym zakresie oświadczenie zawiera wymogi zawarte w zał. Nr 5 w zakresie dokumentacji po wyborze oferty.

Kolejnym dokumentem wymienionym w Załączniku nr 5 jest wykaz materiałów, urządzeń i armatury stanowiący formularz nr 5, który należy dołączyć do oferty tylko w przypadku zmiany materiałów, armatury, urządzeń na inne niż wymagane w dokumentacji projektowej.

#### Skład orzekający zważył co następuje.

Z powyższych modyfikacji SIWZ wynika, że Zamawiający odstąpił od pierwotnego wymogu SIWZ w zakresie systemu p.poż. zgodnie z którym pierwotnie nie był dopuszczony inny system p.poż. niż zaprojektowany, a zidentyfikowany do systemu POLON.

Po modyfikacji SIWZ wykonawcy mogli oferować również systemy p.poż równoważne do systemu zaprojektowanego przez Zamawiającego.

Przy czym Zamawiający w załączniku nr 5 określił warunki dla rozwiązań równoważnych.

Podstawowymi warunkami na etapie składania ofert było złożenie oświadczenia na formularzu nr 10, w którym wykonawca powinien określić system sygnalizacji p.poż. i zobowiązać się do określonych czynności w przypadku wyboru jego oferty.

Przy czym w ocenie Izby w sposób jednoznacznie brzmiący Zamawiający sformułował wymóg co do załączenia do oferty takowego Oświadczenia.

Kolejnym wymogiem dla rozwiązania równoważnego systemu p.poż. w stosunku do zaprojektowanego przez Zamawiającego, było załączenie do oferty wypełnionego formularza nr 5 – wykaz materiałów, urządzeń i armatury. Przy czym zgodnie z adnotacją pod wykazem, należało go wypełnić tylko w sytuacji zmian materiałów, armatury, urządzeń na inne niż wymagane w dokumentacji Zamawiającego.

Kolejnymi dokumentami, które miały być załączone do oferty, a wskazującymi na równoważne rozwiązania miały być : szczegółowy opis systemu równoważnego oraz kserokopie aktualnych certyfikatów i aprobat.

Reasumując w ocenie Izby powyżej wymienione dokumenty, oświadczenie, w przypadku ich załączenia do oferty miały wskazywać Zamawiającemu na złożenie

rozwiązania równoważnego w stosunku do zaprojektowanego przez Zamawiającego w SIWZ.

Tak więc należy wnioskować, że jeżeli tych dokumentów Zamawiający nie otrzymał w ofercie Wykonawcy to miał prawo przyjąć, iż oferta nie zawiera rozwiązań równoważnych w zakresie systemu p.poż, tylko jest oparta na wymogach zaprojektowanych w SIWZ.

W takim wypadku Zamawiający miał prawo wymagać autoryzacji dla wykonawcy od producenta systemu POLON oraz autoryzacji dla osoby( pracownika), wykonującej kontrakt w imieniu Wykonawcy.

Bowiem bezsporną w sprawie okolicznością jest to, że dla systemu POLON producent wydaje autoryzację zarówno dla wykonawcy jak i osoby którą wykonawca posługuje się przy realizacji kontraktu.

Przy czym w stosunku do innych producentów wymóg ten już nie obowiązywał, a wykonawca powinien określić się, przez złożenie stosownych autoryzacji producenta, czy wydawana jest autoryzacja tylko dla wykonawcy, czy tylko dla osoby realizującej kontrakt ( pracownik), ewentualnie dla nich obydwu.

Reasumując należy stwierdzić, że nie załączenie powyżej wyspecyfikowanych dokumentów, oświadczenia, kwalifikuje ofertę do oferty nie zawierającej rozwiązań równoważnych.

Tym samym upoważnia taka sytuacja Zamawiającego do żądania autoryzacji systemu p.poż. zarówno dla wykonawcy jak i dla osoby przy pomocy, której będzie wykonawca realizował zadanie.

W zakresie treści złożonej oferty przez Odwołującego i dokonanego uzupełnienia dokumentów wskutek wezwania Zamawiającego w trybie art.26 ust.3 ustawy oraz zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust.4a.

#### Skład orzekający Izby ustalił

Odwołujący w złożonej ofercie na zawarł ani Wykazu materiałów, urządzeń i armatury stanowiącego formularz nr 5, który zgodnie z pouczeniem w nim zawartym należy dołączyć do oferty tylko w przypadku zmiany materiałów, armatury, urządzeń na inne niż wymagane w dokumentacji projektowej Zamawiającego.

Odwołujący do złożonej oferty nie załączył również Oświadczenia według wzoru formularza nr 10, a który wymienia się jako niezbędny załącznik do oferty, w przypadku oferowania równoważnego systemu p.poż.

Oświadczenie to przewidywało wskazanie nazwy oferowanego równoważnego systemu p.poż i było wymienione jako niezbędny dokument w zał. Nr 5 do SIWZ (Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy oferujący rozwiązania równoważne).

Kolejnym dokumentem, który nie znajdował się w złożonej ofercie Odwołującego, a wymaganym na potwierdzenie oferty równoważnej w zakresie systemu p.poż. to szczegółowy opis systemu wykazujący, że funkcje użytkowe i techniczne całego systemu nie ulegną zmianie w porównaniu do systemu określonego w dokumentacji projektowej, a także że rozwiązania te nie spowodują konieczności wprowadzenia zmian w innych branżach zadania.

Ostatnim dokumentem wymaganym przy rozwiązaniach równoważnych w zakresie instalacji p.poż. były kserokopie aktualnych certyfikatów, aprobat, itp. na wszystkie elementy systemu. Takie dokumenty również nie zostały załączone do oferty Odwołującego.

Natomiast do oferty Odwołującego załączone było świadectwo ukończenia szkolenia dla P. Jacka G. na temat Interaktywnego Systemu Sygnalizacji Pożarowej POLON 4000 wystawione przez POLON-ALFA Sp. z o.o. w Bydgoszczy z dnia 28.09.2004r. Nr 535/2004 oraz w Wykazie personelu kierowniczego przewidzianego do zatrudnienia przy realizacji kontraktu jako osoba kierująca robotami w zakresie instalacji p.poż wymieniony był P. Jacek G. a posiadane uprawnienia wskazywały na POLON 535/2004r.

W dniu 1 kwietnia 2009r. Zamawiający na podstawie art.26 ust.3 ustawy wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wezwanie obejmowało cztery rodzaje dokumentów.

Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że w wyniku uzupełnienia dokumentów przez Odwołującego, kwestionuje wykonanie wezwania tylko w zakresie pkt 1 pisma to jest nie dołączenia do oferty kserokopii posiadanego świadectwa autoryzacji dla Odwołującego.

Zgodnie z wezwaniem warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie przez Wykonawcę uprawnień do wykonywania określonej działalności.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący wskazał system sygnalizacji p.poż określony w dokumentacji projektowej, którego producent wydaje świadectwa autoryzacji również dla wykonawców, a w ofercie brak jest tego świadectwa autoryzacji.

Zamawiający pouczył Odwołującego, że nie złożenie wymaganego dokumentu skutkować będzie wykluczeniem z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 ustawy, co spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 5 w związku z art.24 ust.4 ustawy oraz zatrzymaniem wadium na podstawie art.46 ust.4a ustawy.

Odwołujący w dniu 6 kwietnia 2009r. udzielił wyjaśnień i załączył dokumenty. Z wyjaśnień Odwołującego wynika, że dla systemu p.poż, który chciał zaoferować to jest dla Systemu Sygnalizacji Synova SIEMENS nie jest wydawane świadectwo autoryzacji a jedynie imienne uprawnienie czyli dla pracownika. Jednocześnie uzupełnił uprawnienie P. Jacka Grzeszczaka do instalowania i programowania systemu Sygnalizacji Pożaru Synova – kopia świadectwa SSP/FSP-18/12.06. W uzupełnieniu również załączył Wykaz materiałów, urządzeń i armatury według formularza nr 5, który stanowi załącznik nr 2 do pisma, a z którego to wykazu wynika, iż Odwołujący oferuje centralę Siemens Synova.

Zamawiający pismem z dnia 08.04.2009r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy, ponieważ nie złożono dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że zarówno w ofercie jak i w uzupełnieniu dokumentów nie przedstawił Odwołujący dokumentu potwierdzającego posiadanie uprawnień do wykonywania działalności lub czynności w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, a mianowicie świadectwa autoryzacji na instalowanie i programowanie systemu sygnalizacji p.poż. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający

dalej stwierdził, że na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Odwołujący zaproponował zastosowanie innego systemu p.poż niż zaproponowany w złożonej ofercie, a zgodnie z art. 87 ust.1 ustawy w toku wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że Odwołujący złożył ofertę na system p.poż. POLON i na wezwanie nie został uzupełniony dokument to jest świadectwo autoryzacji na instalowanie i programowanie systemu p.poż. W związku z powyższym oferta została odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt 5 w związku z art. 24 ust.4 ustawy, ponieważ oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Ponadto Zamawiający zawiadomił Odwołującego o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust.4a ustawy, ponieważ Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust.3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust.1 ustawy.

### Skład orzekający Izby zważył

W ocenie Izby Zamawiający był upoważniony do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu autoryzacji wystawionej przez producenta systemu p.poż. POLON to jest systemu zgodnego z zaprojektowanym w SIWZ.

Do wezwania upoważniała Zamawiającego treść złożonej oferty przez Odwołującego, która wskazywała na złożenie oferty nie zawierającej rozwiązania równoważnego w zakresie systemu p.poż. zgodnie z ustalonymi wymogami SIWZ. Wymogi SIWZ jednoznacznie wskazywały na konieczność załączenia szeregu dokumentów, oświadczenia, które kwalifikowałyby ofertę jako zawierającą rozwiązanie równoważne w zakresie systemu p.poż. i tak:

1. Wykaz materiałów, urządzeń i armatury stanowiącego formularz nr 5;
2. Oświadczenie według wzoru formularza nr 10;
3. szczegółowy opis systemu wykazujący, że funkcje użytkowe i techniczne całego systemu nie ulegną zmianie w porównaniu do systemu określonego w dokumentacji projektowej, a także że rozwiązania te nie spowodują konieczności wprowadzenia zmian w innych branżach zadania;
4. kserokopie aktualnych certyfikatów, aprobat, itp. na wszystkie elementy systemu.

Również załączenie do oferty świadectwa dla Pana Jacka G. na system POLON, wskazywało na złożenie oferty nie zawierającej rozwiązania równoważnego w zakresie systemu p.poż.

W tym stanie rzeczy Izba uznała za uprawnione żądanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu autoryzacji dla Odwołującego.

Natomiast Izba nie uznała za uprawnione twierdzenie Odwołującego, że jego oferta dotyczyła równoważnego systemu p.poż w stosunku do zaprojektowanego w SIWZ systemu POLON. Brak jest bowiem jakichkolwiek dowodów przemawiających za twierdzeniem Odwołującego na rozprawie, że złożył ofertę na system równoważny to jest Synova Siemens.

W tym stanie rzeczy słusznie Zamawiający ocenił wykonanie wezwania przez Odwołującego, jako niedopuszczalną zmianę oferty, przez załączenie na wezwanie świadectwa autoryzacji dla P. Jacka G. na system Synova Siemens oraz załączenie Wykazu materiałów, urządzeń i armatury ze wskazaniem również na system Synova



Siemens. Trafnie Zamawiający takie postępowanie Odwołującego zakwalifikował jako niedopuszczalną zmianę treści oferty w zakresie przedmiotu świadczenia. W związku z powyższym Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego co do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust.2 pkt 3 w związku z art. 24 ust.4 ustawy skutkującego wykluczeniem Odwołującego z postępowania oraz Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego co do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy skutkującego odrzuceniem oferty Odwołującego.

Niemniej Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego co do zasadności zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust.4a ustawy, ponieważ literalne brzmienie tego przepisu wyłącza prawo Zamawiającego co do zatrzymanie wadium w przypadku złożenia dokumentu wynikającego z art. 25 ust.1 ustawy na wezwanie Zamawiającego. Literalna wykładnia tego restrykcyjnego przepisu zezwala na zatrzymanie wadium tylko w przypadku nie złożenia dokumentu na wezwanie Zamawiającego. Powyższy pogląd potwierdza doktryna zgodnie ze stanowiskiem której "Zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium tylko wówczas, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego w ogóle nie uzupełni dokumentu. Natomiast formalne uzupełnienie dokumentu, pomimo iż może on nie potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp [Prawa zamówień publicznych] Szczepański Damian artykuł Zam.Pub. Dor.2008.12.28 Możliwość "aneksowania" umowy. Teza nr 1 97531/1 Dz.U.2007.223.1655: art. 26 ust. 3; art. 46 ust. 4(a)

Bezspornym w sprawie jest, że Odwołujący wykonał wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu, ponieważ złożył nowy dokument świadectwa autoryzacji na system Synowa Siemens dla P. Jacka G., chociaż nie spełniający wymogu zawartego w wezwaniu.

Sam fakt, że Izba podzieliła pogląd Zamawiającego o nieskuteczności doręczenia dokumentu w kontekście złożonej oferty na system p.poz. POLON, co skutkuje wykluczeniem Odwołującego z postępowania nie daje legitymacji Zamawiającemu do zatrzymania wadium na podstawie dyspozycji zawartej w art. 46 ust.4a ustawy.

Takiej dyspozycji nie daje nie tylko literalna wykładnia przepisu, ale również wykładnia celowościowa instytucji zatrzymania wadium.

Wadium stanowi zabezpieczenie złożonej oferty na wypadek odmowy zawarcia umowy. W kontekście istniejącego sporu nie można postawić zarzutu Odwołującemu, że jego zamiarem przy wykonaniu wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu było wycofanie swojej oferty, przez nie spełnienie wezwania Zamawiającego. Sam Zamawiający na rozprawie przyznał, że na żądane cztery dokumenty ( świadectwo autoryzacji, świadectwo kwalifikacyjne typu „D”, dokument na doświadczenie w branży p.poż. oraz dowód opłaty składki ubezpieczeniowej) każde z nich zostało uzupełnione, a jedynie w zakresie świadectwa autoryzacji dokument nie spełnił wymogu Zamawiającego.

Izba swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie opiera również na okoliczności, że oferta Odwołującego w rankingu ofert zajmuje czwarte miejsce przy jednym kryterium oceny ofert, czyli jest najdroższą ofertą i nie można Odwołującemu postawić zarzutu, że nie spełnienie wezwania Zamawiającego ma na celu uniemożliwienie zawarcia umowy na realizację kontraktu.

Reasumując powyższe okoliczności również wykładnia celowościowa tego przepisu nie pozwala na zakwalifikowanie zachowania Odwołującego jako wskazującego na zamiar wycofania oferty z postępowania.

Niemniej z uwagi na brak wpływu naruszenia przepisu art. 46 ust.4a ustawy na wynik postępowania, czwarte miejsce oferty Odwołującego w rankingu cenowym ofert, nie daje podstaw w myśl dyspozycji art. 191 ust.1a ustawy, do uwzględnienia odwołania w zakresie nakazania unieważnienia decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadium.

W związku z powyższym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie również w zakresie nakazania unieważnienia czynności Zamawiającego zatrzymania wadium. Natomiast prawnie nie jest dopuszczalne rozpoznanie żądania zwrotu wadium, o co wnioskował Odwołujący, ponieważ ustawa zgodnie z art. 1 nie reguluje stosunków pomiędzy Zamawiającym a Gwarantem ubezpieczeniowym, które to stosunki są objęte materią prawa cywilnego, a nie materią prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 191 ust.6 i 7 ustawy zasądzając na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*