

Sygn. akt: KIO 1509/14

WYROK

z dnia 5 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 lipca 2014 r.** przez wykonawcę: **F.B. F..... i S-ka Sp. z o.o., ul. Okólna 7a, 87- 100 Toruń**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Wielka Nieszawka, ul. Toruńska 12, 87-165 Cierpice**

- przy udziale wykonawcy: **ANTINUS Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 39 B5, 96 - 100 Skierniewice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy **ANTINUS Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 39 B5, 96 - 100 Skierniewice**,

1.2. ponowienie czynności oceny ofert i wyboru oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Wielka Nieszawka, ul. Toruńska 12, 87-165 Cierpice,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **F.B. F..... i S-ka Sp. z o.o., ul. Okólna 7a, 87- 100 Toruń** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Wielka Nieszawka, ul. Toruńska 12, 87-165 Cierpice** na rzecz odwołującego: **F.B. F..... i S-ka Sp. z o.o., ul. Okólna 7a, 87- 100 Toruń** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu kosztów uiszczanego wpisu od odwołania i zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i montaż 241 pomp ciepła powietrze/woda do instalacji wewnątrz domów jednorodzinnych na terenie Gminy Wielka Nieszawka” (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr 2014/S 099- 172722 z 23.05.2014 r.), w dniu 25 lipca 2014 r. zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę: F.B. F..... i S-ka Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, w kopi przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło od zaniechania czynności zamawiającego, która powinna polegać na wykluczeniu wykonawcy: ANTINUS Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach, o czym odwołujący powziął wiadomość w dniu 17 lipca 2014 r. poprzez powiadomienie za pośrednictwem faksu o ustaleniu wyniku postępowania i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ANTINUS Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Gminie Wielka Nieszawka naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907, dalej ustawy Pzp), tj.: naruszenie art. 7, art. 8 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt. 4); art. 22 ust. 1 pkt. 2), pkt. 4), art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2), art. 89 ust. 1 pkt. 5), art. 90 ust. 1, art. 91-92 poprzez zaniechanie wykluczenia skarżonego wykonawcy, odrzucenia jego nieważnej oferty i wskazanie wadliwego wyniku danego postępowania.

W związku z powyższym odwołujący żądał uwzględnienie odwołania i nakazania zamawiającemu:

1. powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie, której nastąpi cofnięcie wyniku postępowania i odrzucenie oferty wykonawcy ANTINUS Sp. z o.o.,
2. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu tylko do ważnych ofert,
3. dokonania wyboru oferty odwołującego,
4. równego traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na swój interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku dokonania wskazanych czynności i zaniechań przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony

możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz narażony na poniesienie szkody przez odwołującego wskutek nieuzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podtrzymał, iż badanie i ocena ofert zostało dokonane z obrażą zapisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

1. Zarzut dotyczący badania ofert - poprzez przyjęcie, że wykonawca ANTINUS Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu z postępowania.

Odwołujący wyjaśniał, że jak wynika z poczynionych przez niego ustaleń w oparciu o wgląd w dokumentację postępowania, wykonawca ANTINUS Sp. z o.o. winien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona:

- a) Zarzut dotyczący niespełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Odwołujący przywołał zapisy SIWZ w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia pkt. V.3.1), wyjaśniając, że wykonawca ANTINUS Sp. z o.o. w swojej ofercie utajnił wykaz dostawy wraz ze specjalistyczną usługą oraz dowód potwierdzający należyte jej wykonanie.

Odwołujący zarzucał, że zamawiający nie odtajnił tych dokumentów ofertowych, mimo że zamówienie jest realizowane z udziałem środków publicznych i unijnych, dlatego też wykonawca uczestniczący w przetargu nie może zastrzec takich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący argumentował, że nie pozwoliło to zweryfikować poprawności oceny spełnienia omawianego warunku przez konkurencyjnego wykonawcę, co do którego posiada wątpliwości czy w pełnym zakresie - poprzez przedłożone dokumenty utajnionego wykazu dostaw - warunek wiedzy i doświadczenia jest wypełniony. Dlatego też odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu odtajnienia wykazu dostaw ANTINUS Sp. z o.o.

- b) Zarzut dotyczący niespełnienia warunku zdolności finansowej. Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z zapisami SIWZ w zakresie warunku zdolności finansowej pkt. V.3.3) lit. b) wybrany wykonawca w swojej ofercie przedstawił polisę OC delikt Nr 16763 - strona 15 oferty - na sumę ubezpieczenia z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej w kwocie 1 200 000 zł, a zamawiający wymagał polisy OC na kwotę nie mniejszą niż 1 700 000 zł. Tym samym, dany warunek nie został spełniony przez ANTINUS Sp. z o.o.

Zdaniem odwołującego, zamawiający, niezgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wezwał wybranego wykonawcy do uzupełnienia złożonej oferty o ww. dokumenty z pouczeniem, że mają one potwierdzać stan spełnienia warunku na dzień składania oferty.

Odwołujący stwierdził, że skoro nie ma możliwości wstecznego rozszerzenia polisy u ubezpieczyciela, to uzupełnienie tego braku na dzień składania ofert nie będzie skuteczne i wykonawca ANTINUS Sp. z o.o. winien być wykluczony z postępowania stosownie do art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt.2), pkt. 4) ustawy, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5) ustawy.

2. Zarzuty w odniesieniu do niezaoferowania przedmiotu zamówienia o parametrach wyznaczonych przez zamawiającego.

Odwołujący wyjaśniał, że Formularz ofertowy firmy ANTINUS Sp. z o.o. w zakresie wymaganych parametrów technicznych urządzenia - strona 2 oferty:

- pokazuje w pozycji 2/parametr - temperatura wody na wyjściu z urządzenia - 62-65 stopni w skali C - co jest niezgodnie z wymaganiami SIWZ w tym zakresie - strona 4 SIWZ - poz. 2 w tabeli - parametr wymagany - do 60 stopni w skali C.

Zgodnie z specyfikacją producenta oferowanej pompy temperatura wody na wyjściu z urządzenia jest do 55 C. Odwołujący przyznał, że podniesienie parametru temperatury na przedział 62-65 w tym urządzeniu jest możliwe, ale musi to pociągać za sobą zwiększenie zużycia energii elektrycznej - co będzie dodatkowym kosztem użytkownika.

- Formularz ofertowy firmy ANTINUS Sp. z o.o. pokazuje w pozycji 8/parametr -poziom głośności pracy urządzenia - 55,8 dB - niezgodnie z wymaganiami SIWZ w tym zakresie - strona 4 SIWZ - poz. 8 w tabeli - parametr wymagany - do 55 dB.

W pozycji nr 8 wykonawca wybrany uczynił adnotację, że oferowany parametr mieści się w tolerancji dopuszczalnej przez zamawiającego. W ocenie odwołującego, nie może to być uwzględnione, z tej przyczyny, że tę tolerancję zamawiający nieskutecznie dopuścił na dwa dni przed terminem składania ofert, tj. w dniu 2 lipca 2014 r. w postępowaniu powyżej progu wartości określonej przepisem art. 11 ust. 8 ustawy Pzp - winien to zatem uczynić minimum na 6 dni przed terminem składania ofert. Odwołujący podnosił, że zamawiający nie zmodyfikował SIWZ w zakresie tak wymagalnego w urządzeniu parametru technicznego, nie sprostował ogłoszenia w zakresie przesunięcia terminu składania ofert. Gdyby inni wykonawcy uczestniczący w tym postępowaniu, w tym odwołujący mieli czas 6 dni na poszukanie na rynku urządzenia o podwyższonym poziomie hałasu, a tym samym znacznie tańszego, ceny ich ofert, a tym samym odwołującego byłyby znacznie niższe, niż cena aktualna oferty najkorzystniejszej. Z powyższego odwołujący wywiódł, że zamawiający w sposób niezgodny z przepisami ustawy dopuścił tolerancję głośności, która nie mogła się stać integralną częścią SIWZ.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający, bez naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp, nie może poprawić oferty ANTINUS Sp. z o.o., traktując tę nieodpowiedniość oferty względem zapisów SIWZ, jako nieistotną pomyłkę. Zdaniem odwołującego, poprawki takiej dokonano by z naruszeniem dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp, ponieważ wskazane pierwotne parametry urządzenia w zakresie maksymalnej temperatury grzania wody i poziomu hałasu są istotnymi elementami oferty - jako oświadczenia woli wykonawcy, a takie właśnie ustalenie omawianych parametrów pozwoliło wybranemu wykonawcy na znaczne obniżenie ceny złożonej oferty w danym zadaniu - szacowana wartość obniżki według odwołującego to około 150 000,00 zł brutto.

Odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące stosowania instytucji poprawy omyłek w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp, ponieważ odnosi się do oceny istotnej treści oferty - wpływającej na wynik postępowania:

- Wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. akt 47/09; (...) „Skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp, nakładający na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (pkt 2), jak również poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty (pkt 3), gdyż stwierdzona wada w ofercie Odwołującego nie stanowi omyłki, lecz celowe działanie - „poprawienie” przedmiaru. Niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie da się poprawić. Odwołujący świadomie i celowo wpisał w swojej ofercie - w kosztorysie ofertowym ilość wkładek niezgodną z podaną przez Zamawiającego w przedmiarze robót, co potwierdził również na rozprawie. Zatem, w tym przypadku nie możemy mówić o omyłce, o której stanowi art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;”

- Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/09; (...) „Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp daje zamawiającemu możliwość poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, z zastrzeżeniem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty (...) sposób spłaty wierzytelności wynikającej z realizacji zamówienia jest istotny dla Zamawiającego, który przez ukształtowanie postanowień siwz nadał mu walor essentialia negotii umowy w sprawie zamówienia publicznego. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Ustalenie wysokości faktur oraz dat ich wystawienia i realizacji stanowi element oświadczenia woli wykonawcy. Porozumiewanie się w tej mierze zamawiającego z wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty (art. 87 ust. 1 zdanie 2 in initio Pzp) (...) „oczywistość” omyłki rachunkowej winna być możliwa do ustalenia

na podstawie oferty. W okolicznościach sprawy podstawą do ingerencji Zamawiającego stanowiłyby dopiero wyjaśnienia udzielone na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp;”

- *Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/09; (...)Zamawiający wskazał, że podstawą odrzucenia oferty Protestującego był art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść oferty - załącznik do oferty, zawierający harmonogram spłaty wykonanych robót jest niezgodny z treścią siwz. Z udzielonych przez Protestującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnień wynika, w ocenie Zamawiającego, objęcie wykupem wierzytelności większej liczby faktur, niż przewidziana w treści § 1 ust 5 pkt 7 wzoru umowy, gdzie cztery płatności przejściowe w roku 2009 dokonywane zostaną bezpośrednio przez Zamawiającego. Stanowi to niezgodność oferty z siwz, a treść złożonych wyjaśnień spowodowała zmianę treści złożonej oferty, co zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp jest niedopuszczalne (...) sposób spłaty wierzytelności wynikającej z realizacji zamówienia jest istotny dla Zamawiającego, który przez ukształtowanie postanowień siwz nadał mu walor essentialia negotii umowy w sprawie zamówienia publicznego. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. (...) Wyżej wymienione względy przesądzają również o braku możliwości zastosowania w sprawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. W szczególności „oczywistość” omyłki rachunkowej winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty. W okolicznościach sprawy podstawą do ingerencji Zamawiającego stanowiłyby dopiero wyjaśnienia udzielone na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Spełnienia wymagań zawartych w siwz nie można wywodzić jedynie na podstawie akceptacji wzoru umowy. Akceptacja ta nie daje podstaw do ustalenia, który z przewidzianych sposobów spłaty został zaproponowany przez Odwołującego się i nie podważa stanowiska Zamawiającego, oferta złożona przez X nie odpowiada treści siwz w części dotyczącej sposobu spłaty wierzytelności, a wyjaśnienia udzielone trybie art. 87 ust. 1 Pzp stanowią zmianę treści oferty. Niezgodność oferty Odwołującego się z siwz nie może być również usunięta przez zastosowanie art. 87 ust. 2 Pzp;”*

- *Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt 16/09; (...) „w ofercie Odwołującego występuje rozbieżność co do zadeklarowanego przez Odwołującego terminu realizacji zamówienia. Nie jest to jednak oczywista omyłka pisarska, o której stanowi art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Rozbieżność w ofercie Odwołującego, polegająca na podaniu, oprócz terminu zgodnego z żądaniem Zamawiającego, innego terminu stanowi, w okolicznościach niniejszej sprawy, omyłkę o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. „inną omyłkę” polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty (...) przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp obliuguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie*

okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty; Odwołujący wykazał w treści odwołania i na rozprawie, iż złożone przez niego w treści oferty oświadczenia wskazują na wypełnienie wszystkich wymogów i warunków określonych w SIWZ dotyczących terminu wykonania zamówienia. Wynika to z całości treści oferty, w tym z oświadczeń złożonych w formularzu ofertowym;"

- Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 20/09; „(...) rozbieżności pomiędzy kwotą wpisaną w rubryce „Wymagania ogólne” w tabeli elementów rozliczeniowych a kwotą wpisaną w rubryce „Wymagania ogólne” zawartej w kosztorysie dotyczącym robót drogowych nie wynikają z przeprowadzenia jakichkolwiek działań arytmetycznych. Są to różne, niezwiązane ze sobą wartości. Kwota 80.000,00 zł wpisana w Kosztorysie dotyczącym robót drogowych obejmuje te części ze specyfikacji technicznej „Wymagania ogólne”, które dotyczą robót drogowych. Natomiast pozycja „Wymagania ogólne” na kwotę 1.000.000,00 zł ujęta w tabeli elementów rozliczeniowych obejmuje pozostałe części ze specyfikacji technicznej „Wymagania ogólne”, które nie dotyczą robót drogowych (Wymagania ogólne w zakresie Inżynierskim i Kolejowym) (...) Uprawnienie wykonawcy do wyrażenia zgody na poprawienie oferty dotyczy wyłącznie innych omyłek, aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (...) rozbieżności zawarte w treści oferty Odwołującego nie mogą zostać uznane za omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przede wszystkim z tego względu, iż dokonane przez Zamawiającego poprawienie oferty Odwołującego spowodowało istotną zmianę w jej treści;"

- Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 157/09,159/09,174/09; „(..Oceniając zarzut zaniechania dokonania czynności poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty konsorcjum X ze specyfikacją zważyć należało, iż niesporne jest, że w złożonej ofercie Odwołujący nie uwzględnił zmian do SIWZ zamieszczonych przez zamawiającego na stronie internetowej. Zatem treść oferty zawarta w kosztorysie ofertowym instalacji wodno-kanalizacyjnej wynika z faktu nie uwzględnienia modyfikacji treści SIWZ przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Różnice polegają na zaoferowaniu odmiennych ilości kompletów, sztuk i zastosowaniu innego materiału i wskazują na złożenie oferty do specyfikacji o treści odmiennej od obowiązującej w dacie składania ofert. Powstałej rozbieżności skład orzekający nie przypisuje charakteru omyłki stwierdzając, że nie każda niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może być uznana za efekt omyłki. W przedmiotowej sprawie wykonawca nie zachowując należytej staranności w profesjonalnym obrocie zaniechał uwzględnienia zmian SIWZ przy składaniu oferty. Zaoferowanie innych urządzeń sanitarnych niż wymagane przez zamawiającego stanowi niezgodność treści oferty w

stosunku do wymagań specyfikacji. Doprowadzenie treści oferty do zgodności z siwz wymaga poprawienia zarówno nazwy urządzenia (materiału) jak i określenia odpowiednio właściwej, oferowanej przez wykonawcę ceny tego urządzenia. W ocenie składu orzekającego dokonanie takiej zmiany w treści oferty wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W konsekwencji należało uznać, że powstałe rozbieżności świadczą o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie mając charakteru omyłki możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższą ocenę potwierdza dodatkowo fakt, że w przedmiotowym postępowaniu cena ofertowa jest ceną kosztorysową i ma zawierać wszystkie przewidywane koszty wyliczone na podstawie załączonych przedmiarów i zasad wyceny określonych w art. 8 SIWZ, a Zamawiający przewiduje również ewentualne udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe lub uzupełniające, co w sytuacji braku wyceny wszystkich wymaganych pozycji kosztorysu uniemożliwić może również rozliczenie wykonanych etapowo robót. Tym samym, wobec braku podstaw zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oferta została zasadnie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.”

W oparciu o przytoczone powyżej poglądy orzecznictwa oraz ostatnie orzecznictwo w tym zakresie: KIO 120/12, KIO 143/12, KIO 197/12, KIO 55/12,

- KIO/UZP 1750/09, KIO 579/10, KIO 1367/10, KIO 1334/10,
- KIO 59/11, KIO 121/11, KIO 374/11, KIO 957/11,
- KIO 1105/11, KIO 473/12, KIO/UZP 1623/09,
- KIO 579/10, KIO 59/11, KIO 121/11,

oraz orzecznictwo Sądów Okręgowych:

- Poznań X Ca 457/09 z 11.02.2009 r.,
- Warszawa XXIII Ca 203/09 z 12.05.2009 r.,
- Szczecin VIII Ca 136/09 z 24.07.2009 r.,
- Kraków XII Ca 429/09 z 29.01.2010 r.,
- Warszawa XXIII Ca 418/09 z 10.07.2010 r.,
- Szczecin VIII Ca 1211/09 z 28.01.2010 r.,
- Kielce VII Ca z 15.01.2010 r.,

odwołujący stwierdził, że tym samym, wobec braku podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający nie ma innego prawnego wyboru, jak tylko odrzucić ofertę wykonawcy ANTINUS Sp. z o.o.

Odwołujący przekonywał, że rozszerzonych parametrów technicznych urządzenia proponowanego w ofercie ANTINUS Sp. z o.o., również nie można potraktować, jako oczywistej omyłki pisarskiej czy rachunkowej. Danego wadliwie sporządzonego formularza

ofertowego, zamawiający nie może również wyjaśnić i sprostować w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z poniższymi wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej:

- Sygn. akt: KIO 510/11, wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r. *„Przepis ten w zdaniu drugim wyraźnie przewiduje natomiast, iż w toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust 1a i ust. 2 tego przepisu, oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany treści oferty. Oznacza to zatem, iż wyjaśnienia co do zasady nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a jedynie ograniczać się do jej wykładni. Korekta treści oferty możliwa jest tylko w oparciu o art. 87 ust. 1a i ust. 2 ustawy Pzp. Zakazu negocjacji nie należy jednak utożsamiać z niedopuszczalnością posłużenia się wyjaśnieniami dokonywanymi w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jako źródłem wiedzy zamawiającego niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.”*

- Sygn. akt: KIO 2173/10, Wyrok KIO z dnia 20 października 2010 r. *„W ocenie Izby treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest bowiem uzasadnione twierdzenie, iż wystarczającym w świetle zapisów SIWZ było wskazanie nazw oferowanych modeli. Tak, jak wskazywał to Zamawiający, postanowienia opisu przedmiotu zamówienia określające parametry zamawianego sprzętu były ogólnymi wskazaniem i powinny one zostać skonkretyzowane w postanowieniach oferty. Tymczasem Odwołujący, wbrew temu co twierdził, nie wskazał konkretnego modelu oferowanego urządzenia, ale nazwy handlowe rodziny sprzętu, na którą składa się wiele różnych modeli charakteryzujących się różnymi parametrami funkcjonalnymi. Tym samym ewentualne wezwanie do wyjaśnień, skierowane do Odwołującego, prowadziło do istotnych zmian w treści złożonej przez niego oferty. Oznaczałoby bowiem konkretyzację wskazania każdego z oferowanych przez niego urządzeń wraz z dokładnym określeniem parametrów opisujących każde z nich, a zatem czynność, którą Odwołujący powinien dokonać konstruując ofertę złożoną Zamawiającemu.”*

- Sygn. akt: KIO/UZP 9/09, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r. (...) *„należy zauważyć, że art. 87 ust. 1 ustawy, przywoływany przez Zamawiającego jako podstawa skierowanego do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dokumentacji techniczno - ruchowej, nie może stanowić podstawy prawnej do żądania uzupełnienia dokumentu. Uzupełnieniu, ale tylko w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, podlegają wyłącznie dokumenty żądane na podstawie art. 25 ust 1 ustawy, czyli dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, bądź dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone w SIWZ, czyli dokumenty, o których mowa w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.). Natomiast na podstawie*

przywoływanego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Zamawiający może żądać od wykonawcy co najwyżej wyjaśnień dotyczących treści oferty, w tym również wyjaśnień dotyczących spełniania przez oferowane urządzenia wymogów SIWZ. Jeśliby wykonawca w ramach udzielonych w tym trybie wyjaśnień powołał się samodzielnie na takie, nieządane w SIWZ dokumenty, mogłyby one stanowić podstawę udzielonych wyjaśnień, o ile oczywiście nie zmieniałyby treści oferty. W sytuacji, gdy Zamawiający samodzielnie żąda na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy dokumentów, których przedłożenia nie wymagał w SIWZ, a następnie odrzuca z tego tytułu ofertę jako sprzeczną z SIWZ, czyni to z naruszeniem przepisów prawa.”

Odwołujący stwierdził, iż z przytoczonego przez niego orzecznictwa wynika, że oferta ANTINUS Sp. z o.o. podlega odrzuceniu zgodnie z regulacją art. 89 ust. 1 pkt. 2), pkt. 5) ustawy Pzp i nie powinna zostać poddana ocenie w wyznaczonym kryterium, gdyż z przyczyn wskazanych w pkt. 1 jest ona nieważna i tym samym nie powinna brać udziału w punktacji (rankingu ofert), zmierzającym do wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Odwołujący podtrzymał zarzut, iż konsekwencją wadliwych czynności zamawiającego jest ustalenie nieprawidłowego wyniku postępowania z wyborem nieważnej oferty.

Wskazane wyżej czynności zamawiającego, jak utrzymywał odwołujący - naruszyły jego interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż zamawiający w toku postępowania zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami, uchybił przepisom ustawy co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania stron postępowania. Powyższe naraża odwołującego na utratę sporych korzyści z realizacji zamówienia, gdyż to jego oferta jest ważna i najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Zamawiający w dniu 31 lipca 2014 r. złożył odpowiedź na odwołanie wykonawcy: F.B. F..... i S-ka Sp. z o.o. o poniższej treści.

„Na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zmianami) Zamawiający gmina Wielka Nieszawka niniejszym wyjaśniam, co następuje:

1) odwołujący się - Wykonawca F.B. F..... i S-ka Sp. z o.o., ul. Okólna 7a,87-100 Toruń w odwołaniu napisał, że „powziął wiadomość będącą podstawą powyższego odwołania w dniu 17.07.2014 r. - na co posiada dowód, czyli odwołanie jest złożone w ustawowym terminie”.

Zamawiający kwestionuje to twierdzenie, ponieważ odwołujący po raz pierwszy przeglądał i kopiował złożone oferty w dniu 08.07.2014 r. (w załączeniu pełnomocnictwo dla Pana N..... – zał. nr 1) i wówczas powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. W związku z tym odwołanie zostało złożone po terminie zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt. 1.

2) W uzasadnieniu odwołania, odwołujący w pkt. 1 dotyczącym czynności badania ofert zarzucił, że Zamawiający nie wykluczył z postępowania i nie odrzucił oferty Wykonawcy spółki ANTINUS, ze względu na nieuprawnione utajnienie oferty przez tego Wykonawcę. Wykonawca, firma ANTINUS zastrzegł w formularzu ofertowym, że informacje na stronach 19-20 i 22-23 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie należy ich udostępniać osobom trzecim. Zamawiający zgodnie z art. 11 ust. 1 Ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w dniu 08 lipca 2014 r. odmówił udostępnienia tych informacji Odwołującemu (dowód: pełnomocnictwo do przejrzania ofert, kserokopia).

Podczas badania ofert komisja Zamawiającego uznała w/w dokumenty za spełniające warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. Zawarty w przedmiotowym odwołaniu, zarzut odmowy udostępnienia odwołującemu się oferty firmy ANTINUS w części utajnionej przez tego Wykonawcę jest spóźniony, ponieważ został podniesiony po upływie terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt. 1. Jak wyżej podano, czynność Zamawiającego polegająca na odmowie udostępnienia części oferty utajnionej przez Wykonawcę została dokonana w dniu 8 lipca 2014 roku, zatem odwołanie w tym zakresie jest niedopuszczalne ze względów formalnych

3) W przekonaniu Zamawiającego niezasadny jest także zarzut odwołującego się dotyczący niespełnienia przez firmę ANTINUS postawionego przez Zamawiającego warunku zdolności finansowej. Wykonawca firma ANTINUS dołączył do oferty - strona 15, polisę OC o nr 16763, w której wskazano: „SUMA GWARANCYJNA 3.000.000 zł na jeden wypadek i na wszystkie wypadki”. Zapis ten warunek zdolności finansowej Wykonawcy, ponieważ Zamawiający żądał dołączenia polisy OC na kwotę 1.700.000 zł. (w załączeniu kopia polisy OC - zał. nr 2).

4) Niezasadne jest kwestionowanie przez odwołującego się, że oferta firmy ANTINUS spełnia parametry urządzenia wymagane przez Zamawiającego. W SIWZ w pkt.1.3. Zamawiający wymagał spełnienie przez urządzenia następujących parametrów:

a) w wierszu nr 2 tabeli parametrów w formularzu oferty - Temperatura wody na wyjściu z urządzenia - dogrzanie w trybie pracy pompy określono wymagany zakres do +60°C. Wykonawca ANTINUS podał, że jego urządzenie podgrzewa wodę do - 62°C (z pompą ciepła) i +65°C (z grzałką elektryczną). Ponieważ parametry urządzenia podane przez Wykonawcę firmę ANTINUS są lepsze niż Zamawiający wymagał, Zamawiający uznał, że oferta ta spełnia jego wymagania.

W wierszu nr 1 tabeli parametrów w formularzu oferty Zamawiający napisał: „Praca w temperaturze otoczenia min/max - Przynajmniej -5°C/+35°C”. Odwołujący podał parametr - 10°C/+38°C.

Jest to podobna sytuacja jak w wierszu nr 2 tzn. jeżeli parametr przekracza wymagane wartości, to jest to z pożytkiem dla użytkownika, oferta jest korzystniejsza niż wymagania postawione przez Zamawiającego.

5) Niezasadny jest zarzut odwołania dotyczący niespełnienia przez produkt firmy ANTINUS wymogu głośności urządzenia. W SIWZ wierszu nr 8 tabeli parametrów: „poziom głośności” Zamawiający wymagał poziomu do 55 dB, jednakże w toku postępowania jeden z wykonawców przed upływem terminu do składania ofert zadał pytanie:” Czy Zamawiający dopuszcza dla parametru dotyczącego głośności urządzenia tolerancję od 2 do 3%... ”

W odpowiedzi Zamawiający wyraził zgodę na taką tolerancję (w załączeniu odpowiedź na zapytanie zał. nr 3) informując o tym pytającego i wszystkich Wykonawców, zamieszczając ogłoszenie w BIP Zamawiającego. Wykonawca firma ANTINUS, podał, że jego urządzenie ma 55,8 dB, co mieści się w zakresie dopuszczalnej przez Zamawiającego tolerancji hałasu 2-3%).

6) Niezasadny jest zarzut Odwołującego się, że Zamawiający dopuścił na dwa dni przed składaniem ofert możliwość składania zapytań, co w/g niego jest sprzeczne z przepisem art. 11 ust. 8 ustawy. Zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt 1a Zamawiający mógł udzielić wyjaśnień po upływie terminu składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ i zadawania pytań.

7) Zarzut Odwołującego o dokonanych poprawkach uczynionych przez Zamawiającego w ofercie jest bezpodstawny. Zamawiający ani w ofercie firmy ANTINUS ani żadnej innej ofercie, nie dokonywał poprawek. W załączeniu kopia Formularza ofertowego firmy ANTINUS (zał. nr 4).

8) W żądaniu odwołania, w pkt. 3 Odwołujący prosi o wskazanie przez KIO wyniku postępowania na swoją ofertę.

Niezależnie od dopuszczalności takiego żądania, Zamawiający stwierdza, że bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, zgodnie art. 86 ust.3 Pzp, jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 1 700 000 zł. Odwołujący się zaoferował cenę 1 787 500,00 zł, co przekracza kwotę podaną przez Zamawiającego. W związku z tym, że Zamawiający nie przeznaczy na wykonanie tego zadania większych środków, oferty powyżej ceny 1 700 000 zł nie będą brane pod uwagę i w przypadku odrzucenia ofert z ceną niższą niż 1 700 000 zł postępowanie będzie unieważnione.

W związku z powyższym Zamawiający uważa, że wszystkie zarzuty Odwołującego są bezpodstawne i dlatego wnosi o oddalenie odwołania Wykonawcy F.B. F..... i S-ka Sp. z o.o., ul. Okólna 7a.87-100 Toruń w całości oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych.”

Izba działając z urzędu - nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o regulację art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba nie przychyliła się do stanowiska zamawiającego, że odwołanie zostało złożone po terminie wyznaczonym art. 182 ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp. Zgodnie, bowiem z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Termin składania ofert upływał w dniu 4 lipca 2014 r. Zapoznanie się odwołującego z ofertami złożonymi w postępowaniu nie otwierało terminu do wniesienia odwołania, nawet w przypadku gdy wykonawca stwierdził podstawy do odrzucenia ofert konkurentów. Dopiero wadliwie dokonane czynności zamawiającego w toku oceny ofert stwarzają możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Zamawiający w powiadomieniu z dnia 17 lipca 2014 r. dał wyraz podjętym czynnościom wobec oferty wykonawcy ANTINUS Sp. z o.o. - poprzez dokonanie wyboru przedmiotowej oferty do realizacji zamówienia – uznał ją za spełniającą wymagania. Termin 10 dni do wniesienia odwołania na czynność ustalenia wyniku przetargu wyznaczony w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został dotrzymany, gdyż odwołanie zostało złożone w wymaganej formie w dniu 25 lipca 2014 r.

Również sama informacja o zastrzeżeniu w ofercie wykonawcy tajemnicy przedsiębiorstwa i nieudostępnienia z tej przyczyny wglądu innym wykonawcom do pełnej dokumentacji oznaczonej oferty - nie stanowi o definitywnej odmowie zamawiającego odtajnienia dokumentów oferty. Wykonawca może wnieść odwołanie na zaniechanie odtajnienia oferty - po powiadomieniu go odrębnie, że zamawiający po zbadaniu tych kwestii nie zdecydował się na odtajnienie określonych dokumentów, a z braku jednoznacznego stanowiska odwołującego - wykonawca może podnosić zarzuty w tym zakresie po powiadomieniu o wyniku postępowania, gdyż wówczas staje się niewątpliwe, że oferta podlegała merytorycznej ocenie, w warunkach zachowania w poufności zastrzeżonych przez wykonawcę dokumentów.

Z dokumentacji akt postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w szczególności z wyjaśnień zamawiającego z dnia 29 maja 2014 r. wynika, że *„wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach określonych w art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W SIWZ na 1 str. Poprawiono pomyłkę.”* Stanowisko takie zamawiający podtrzymał w piśmie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2014 r. Z tych względów odwołanie jest dopuszczalne w pełnym zakresie, bez wyłączeń o których stanowi art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 25 lipca 2014 r. przesłane za pośrednictwem faksu, pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (w

kopii przesłane stronom), złożył w dniu 28 lipca 2014 r. wykonawca wybrany ANTINUS Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach, który powoływał się na swój interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego wyboru jego oferty do realizacji zamówienia, wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w sprawie odwoławczej wykonawcę ANTINUS Sp. z o.o., uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty przystępującego.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Rozdział III SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowi „Dostawa i montaż 241 pomp ciepła powietrze/woda do instalacji wewnątrz domów jednorodzinnych na terenie Gminy Wielka Nieszawka.”

Zapisy SIWZ w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia pkt. V.3.1) stanowią, że warunek będzie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się jedną robotą w zakresie dostawy i montażu pomp ciepła lub innych urządzeń do podgrzania wody, lub urządzeń centralnego ogrzewania o wartości 1 700 000 zł, wykonaną w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem jej rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów określających czy robota ta została wykonana w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona.

Zapisy SIWZ w zakresie warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej pkt. V.3.3) stanowią, że warunek będzie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

- a) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową nie mniejszą niż 1 700 000 zł;
- b) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia do kwoty nie mniejszej niż 1 700 000 zł.

Na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków zamawiający wymagał złożenia w dokumentach oferty:

- c) wykazu jednej roboty budowlanej odpowiadającej warunkowi udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia wraz z załączeniem dowodów dotyczących tej roboty

określających, że robota ta została wykonana w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona.

- d) informacji banku, że wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową nie mniejszą niż 1 700 000 zł;
- e) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia.

Rozdział XIII SIWZ. Jedynym kryterium wyboru oferty została ustanowiona cena.

W rozdziale III SIWZ Opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający w tabeli na stronie 4 podał „Wymagane parametry urządzenia.”

W pozycji 2 określono parametr temperatura wody na wyjściu z urządzenia – dogrzanie w trybie pracy pompy – wymagany zakres do + 60 ° C.

W pozycji 8 określono parametr poziom głośności pracy do 55 dB.

Obowiązkiem wykonawcy było zaoferowanie w formularzu ofertowym przedmiotu zamówienia, tj. podanie nazwy producenta i typu zaoferowanego urządzenia, załączenie karty katalogowej proponowanego urządzenia. Ponadto podanie w tabeli wielkości rzeczywistych, którymi charakteryzuje się oferowane urządzenie przy wyspecyfikowanych parametrach – mieszczących się w wyznaczonym w SIWZ zakresie. Parametry te mają zostać ujęte także w § 1 umowy zawartej z wybranym wykonawcą. Zamawiający dodatkowo potwierdził do protokołu rozprawy takie rozumienie postawionych wymagań.

W wyjaśnieniach z dnia 2 lipca 2014 r. do SIWZ, na zapytanie – czy zamawiający dopuszcza dla parametru dotyczącego głośności urządzenia tolerancję od 2 do 3%...? Zamawiający wyraził zgodę na taką tolerancję.

Na inne odstępstwa od wyznaczonych w SIWZ parametrów urządzenia zamawiający, mimo zadawania dalszych pytań w tym zakresie – zgody nie wyraził. W piśmie z 25.06.2014 r. podał, że należy przedstawić ofertę na pompy powietrze/woda zgodnie z parametrami określonymi w SIWZ.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że zamawiający wybrał ofertę wykonawcy ANTINUS Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach z ceną 1 667 000,00 zł brutto.

Spośród ofert nieodrzuconych, oferta odwołującego F.B. F..... i S-ka Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu z ceną 1 787 500,00 zł brutto zajmowała drugą pozycję.

Wykonawca ANTINUS Sp. z o.o. w swojej ofercie złożył wykaz wykonanych robót, w którym ujął jedną robotę o zakresie i wartości odpowiadającej wskazaniom pkt. V.3.1) SIWZ, wykonaną na rzecz podmiotu prywatnego wraz z załączeniem poświadczenia o jej należyтым

wykonaniu. Dokumenty te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca ANTINUS Sp. z o.o. w swojej ofercie na wykazanie spełnienia warunku zdolności finansowej dołączył - strona 15, polisę OC o nr 16763, wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeniowe „Compensa”, w której wskazano: „Suma gwarancyjna na 3.000.000 zł na jeden wypadek i na wszystkie wypadki”. Ubezpieczenie ustawowej OC (reżim deliktowy i kontraktowy) z tytułu posiadania mienia oraz prowadzenia działalności z wymienieniem subklauzul (...).

W formularzu oferty wykonawca ANTINUS Sp. z o.o. w tabeli podał parametry oferowanego urządzenia VETTTHERM A/S Dania; typ urządzenia: pompa ciepła c.w.u. VT 3130 (bez węzownicy grzewczej) i VT 3131 (z jedną węzownicą grzewczą).

Wykonawca załączył kartę katalogową producenta oferowanego urządzenia z wyszczególnieniem parametrów.

Takiego samego typu urządzenie zaoferowali również inni wykonawcy.

- w pozycji 2 tabeli formularza ofertowego wykonawca ANTINUS określił parametr temperatura wody na wyjściu z urządzenia – dogrzanie w trybie pracy pompy zakres: + 62 ° C (z pompą ciepła), + 65 ° C (z grzałką elektryczną).

- w pozycji 8 określono parametr poziom głośności pracy do 55,8 dB (uwaga: mieści się w zakresie dopuszczalnej tolerancji 2-3%).

Izba nie dopuściła dowodów wnioskowanych przez odwołującego z dokumentów:

1) z karty katalogowej potwierdzonej przez producenta KlimaComofort (dowód nr 1) odnośnie typu urządzenia oferowanego przez przystępującego, że w zakresie temperatury wody na wyjściu i poziomu głośności charakteryzuje się to urządzenie parametrami w wielkościach podanych powyżej do protokołu na - okoliczność, iż w toku realizacji zamówienia przez wybranego wykonawcę mogłoby dojść do zmiany oferowanych parametrów urządzenia. Izba postanowiła nie dopuścić wnioskowanego dowodu na wskazaną tezę dowodową, gdyż w zakresie zarzutów odwołania władna jest jedynie porównać spełnienie przez oferowany przedmiot dostawy warunków oznaczonych w SIWZ w ofercie wykonawcy i nie odnosi się do możliwych zmian w trakcie realizacji umowy.

2) dowodu nr 2 na okoliczność, że gdyby zamawiający, w związku z udzielonymi wyjaśnieniami do SIWZ, przedłużył termin składania ofert, wykonawca byłby w stanie wyszukać na rynku urządzenie o cenie niższej o około 150 000. Izba postanowiła nie dopuścić wnioskowanego dowodu, gdyż dotyczy on postanowień SIWZ i wyjaśnień do SIWZ,

a zatem termin na zaskarżenie tej czynności odwołaniem powinien być liczony od daty udzielenia wyjaśnień.

3) dowodu nr 3 - deklarację zamawiającego co do jego udziału w finansowaniu tego przedsięwzięcia. Z wyliczenia wynika, że zabezpieczone środki przez zamawiającego są w kwocie 1 807 500 i przewyższają cenę oferty odwołującego. Izba postanowiła nie dopuścić złożonego dowodu, gdyż odwołanie nie dotyczy czynności unieważnienia postępowania, która przez zamawiającego nie została jeszcze podjęta, została jedynie zapowiedziana. Izba nie odnosi się do czynności, które zamawiający zamierza przeprowadzić, ale do czynności podjętych w postępowaniu i zaskarżonych odwołaniem.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny oferty wybranego konkurenta - które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

Przechodząc do rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba uwzględniła poczynione wyżej ustalenia dowodowe.

Wykonawca ANTINUS Sp. z o.o. w swojej ofercie utajnił wykaz dostawy wraz ze specjalistyczną usługą montażową oraz dowód potwierdzający należyte jej wykonanie. Zarzut bezpodstawnego braku odtajnienia w ofercie przystępującego ww. dokumentów nie podlegał uwzględnieniu. Zamawiający zasadnie nie dokonał wnioskowanego przez odwołującego odtajnienia dokumentów w ofercie przystępującego. Odwołujący nie miał podstaw powoływać się na naruszenie art. 8 ustawy Pzp – zasady jawności postępowania, gdyż przepis art. 8 ust. 3 Pzp stanowi uprawniony wyjątek od tej zasady.

W ocenie Izby, zostały wykazane przesłanki utajnienia kwestionowanych informacji określone w art. 11 ust. 4 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z 2003 r. ze zm.), gdyż w stosunku do złożonych dokumentów w niniejszym postępowaniu - wystawionych przez podmioty prywatne opatrzonych klauzulą „Tajemnica firmy” zaszyły łącznie przesłanki, o których mowa w tej ustawie tj.:

- a) informacje mają charakter organizacyjny, a zwłaszcza handlowy,
- b) informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej – przynajmniej odwołujący nie wykazał, że zwykłą dozwoloną drogą - możliwe jest uzyskanie informacji, o które zabiegał w odwołaniu,

c) w stosunku do tych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności – poprzez zastrzeżenie ich nieujawniania.

Przedmiotem ochrony w tym przypadku wykonawca ANTINUS Sp. z o.o. uczynił w sposób uprawniony - kontakty handlowe swojej firmy i uzyskiwane z działalności przychody.

Wbrew zarzutom odwołującego, opisane dokumenty wykazu dostawy wraz z potwierdzeniem należytego wykonania umowy - mogły być przedmiotem skutecznego wyłączenia jawności na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Zbyt daleko idący i wadliwy jest pogląd odwołującego, że w przypadku finansowania zamówień ze środków publicznych, w tym ze środków Wspólnoty Europejskiej – nie może być zastrzegana tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy. Przy takim rozumowaniu przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w ogólności straciłby rację bytu, gdyż większość zamówień udzielanych w trybie ustawy Pzp jest finansowana ze środków publicznych (z wyłączeniem np. zamówień sektorowych). Nie mogą podlegać utajnieniu dokumenty, które podlegają ujawnieniu - jako dokumentacja przetargowa, czy umowy zawarte w wyniku przeprowadzonych przetargów publicznych, w zakresie jakim wynika to z odrębnych przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198). Zarzut finalnie nie został przez odwołującego podtrzymany.

W niejawnej części oferty znajdują się dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań w odniesieniu do warunku wiedzy i doświadczenia określone w pkt. V.3.1) SIWZ. Skarżony wykonawca wykazał się jedną robotą w zakresie dostawy i montażu innych urządzeń do podgrzania wody, lub urządzeń centralnego ogrzewania o wartości 1 700 000 zł, wykonaną w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem jej rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów określających, że robota ta została wykonana w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona.

Nie tyle nawet skonkretyzowane zarzuty odwołującego, co jedynie „wątpliwości” w odniesieniu do poprawności oceny spełnienia powyższego warunku przez konkurencyjnego wykonawcę, nie zostały dowiedzione przez odwołującego i nie znalazły potwierdzenia w aktach postępowania przetargowego. Zarzut finalnie nie został podtrzymany.

Za zupełnie chybiony Izba uznała zarzut odwołującego, że wykonawca ANTINUS Sp. z o.o. nie wykazał zdolności finansowej do podjęcia się realizacji zamówienia zgodnie z zapisami SIWZ w zakresie warunku pkt. V.3.3) lit. b) SIWZ.

Wybrany wykonawca w swojej ofercie na wykazanie spełnienia warunku zdolności finansowej dołączył do oferty - strona 15, polisę OC o nr 16763, wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeniowe „Compensa”, w której wskazano: „SUMA GWARANCYJNA

3.000.000 zł na jeden wypadek i na wszystkie wypadki". Ubezpieczenie ustawowej OC (reżim deliktowy i kontraktowy) z tytułu posiadania mienia oraz prowadzenia działalności (...). Powyższe dowodzi spełnienia przez wykonawcę ANTINUS Sp. z o.o. spornego warunku.

Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr poz. 231) w § 1 ust. 1 pkt 11 pozwalają na żądanie opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia i nie zawierają możliwości różnicowania poszczególnych składników, wiążących się z działalnością gospodarczą przedsiębiorcy. Liczyła się więc ogólna suma gwarancyjna w kwocie 3 000 000 zł i brak było podstaw do wyłączenia z tej sumy kwot wynikających z ubezpieczenia wskazanych ryzyk, czy składników majątkowych według oznaczonych subklauzul.

W odniesieniu do zarzutów odwołania dotyczących naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, należało uwzględnić, że zamawiający wymagał przedstawienia w ofercie rzeczywistych wielkości parametrów oferowanego typu urządzenia w celu przeprowadzenia procedury oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ, w wyniku, której mógł ocenić, czy zobowiązanie wykonawcy i zaoferowanie produktu o oznaczonych cechach technicznych – jest zgodne z postawionymi wymaganiami.

W rozdziale III SIWZ Opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający w tabeli na stronie 4 podał „Wymagane parametry urządzenia.”

W pozycji 2 określono parametr temperatura wody na wyjściu z urządzenia – dogrzanie w trybie pracy pompy – wymagany zakres do + 60 ° C.

Zarzuty, że oferta przystępującego nie spełnia powyższego wymagania SIWZ znalazły potwierdzenie. Wykonawca ANTINUS Sp. z o.o. w tabeli formularza ofertowego podał parametry oferowanego urządzenia VETTHERM A/S Dania; typ urządzenia: pompa ciepła c.w.u. VT 3130 (bez węzownicy grzewczej) i VT 3131 (z jedną węzownicą grzewczą). Wykonawca załączył potwierdzającą to kartę katalogową producenta. W pozycji 2 określił parametr temperatura wody na wyjściu z urządzenia – dogrzanie w trybie pracy pompy zakres: + 62 ° C (z pompą ciepła), + 65 ° C (z grzałką elektryczną).

Zaoferowane parametry urządzenia, ujmowane mają być również w treści umowy i zgodnie z wyznaczonymi warunkami SIWZ stanowiły istotną treść oferty w rozumieniu art. 66 § 1 K.c., gdyż zamawiający poprzez ukształtowanie postanowień SIWZ nadał mu

znaczenie *essentialia negotii* umowy w sprawie zamówienia publicznego, w aspekcie wykazania wszystkich koniecznych parametrów, którymi urządzenie miało się charakteryzować. W myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Brak wykazania w ofercie pełnego zakresu wyznaczonych obligatoryjnych parametrów i funkcjonalności podlegających sprawdzeniu w toku oceny ofert, powoduje że zachodzą bezwzględne podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy, jako że treść takiej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a odstępstwo ma charakter zasadniczy. Oznacza to, że oferta przystępującego nie mogła zostać uzupełniona w drodze wyjaśnień, ani też poprawiona w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Karty katalogowe przedstawione przez przystępującego, jak i dla tego samego typu urządzenia np. przez firmę EcoExperts s. c. potwierdzają, że podany parametr odpowiadał rzeczywistej wielkości i nie wynikał z omyłki. Zresztą ani zamawiający, ani też przystępujący nie podnosili okoliczności jakiegokolwiek omyłki.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że w pozycji 2 oferty wybranego wykonawcy parametr - temperatura wody na wyjściu z urządzenia określono w wielkości innej niż wymagana, ale przyjął, że *„parametry urządzenia podane przez Wykonawcę firmę ANTINUS są lepsze niż Zamawiający wymagał, Zamawiający uznał, że oferta ta spełnia jego wymagania.”*

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: *„Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona merytorycznie odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1567/09).

Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane, w tym w zakresie wymagań zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Zamawiający oraz wykonawcy uczestniczący w przetargu są nimi bezwzględnie związani. Obowiązek przestrzegania na każdym etapie postępowania postanowień SIWZ jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi również realizację zasady

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2009 r., KIO/UZP 133/09).

Krajowa Izba Odwoławcza poddaje skarżone czynności zamawiającego weryfikacji, w tym ustala czy miały one umocowanie w wiążących postanowieniach SIWZ i przepisach ustawy Pzp. Zamawiający na etapie oceny ofert nie może czynić żadnych odstępstw od postanowień SIWZ udostępnionych wykonawcom przed terminem składania ofert. Taka subiektywna ocena zamawiającego, że oznaczona oferta, mimo że podaje odmienny parametr od wyznaczonego - w większym stopniu zaspokaja jego potrzeby i dlatego zostaje przyjęta - rażąco narusza zasadę art. 7 ustawy Pzp równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji między wykonawcami. Ocena zamawiającego nie może polegać na arbitralnym uznaniu oferty za odpowiednią, w oderwaniu od warunków postawionych w SIWZ. Działania zamawiającego muszą być przewidywalne dla wykonawców i oparte na z góry podanych warunkach zamówienia, gdyż jedynie wówczas można uznać, że zamawiający prowadzi postępowanie w sposób przejrzysty.

Trafna była ponadto uwaga odwołującego, że zwiększenie temperatury wody na wyjściu z urządzenia może się wiązać z poborem większej ilości energii, której wielkość też została objęta zakresem wyznaczonych parametrów, i które zapewne zostały podane w sposób optymalny i wzajemnie skorelowany, wynikający z dokumentacji technicznej – dla osiągnięcia najbardziej efektywnej i oszczędnej pracy pompy ciepła. Zamawiający jednoznacznie w SIWZ dopuścił zakres maksymalny (graniczny) do + 60 ° C temperatury wody na wyjściu do instalacji, nie miało więc znaczenia, iż pomimo oznaczenia zakresu maksymalnego podgrzania wody oferowanej pompy do + 62 ° C i do + 65 ° C, poprzez odpowiednie ustawienia – temperatura ta w praktyce może zostać obniżana.

Oferta odwołującego była merytorycznie wadliwa i nie mogła podlegać uzupełnieniu w żadnym z dopuszczalnych w ustawie Pzp trybów, art. 87 ust 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, ani wyjaśnieniom w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, które dla usunięcia nieprawidłowości – musiałyby istotnie ingerować w treść złożonej oferty i ją zmieniać po wyznaczonym terminie złożenia.

Zarzut, że oferta przystępującego nie spełnia wymagania SIWZ, gdyż - w pozycji 8 tabeli formularza ofertowego określono parametr poziom głośności pracy do 55,8 dB, który w tabeli Opisu przedmiotu zamówienia był wymagany w wielkości do 55 dB - nie podlegał uwzględnieniu. Okoliczność bezsporną stanowiło, że zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 2 lipca 2014 r. do SIWZ na zapytanie – czy zamawiający dopuszcza dla parametru

dotyczącego głośności urządzenia tolerancję od 2 do 3% - wyraził zgodę na taką tolerancję. Wykonawca wybrany w pozycji 8 określił parametr poziom głośności pracy do 55,8 dB i opatrzył go adnotacją, że mieści się w zakresie dopuszczalnej tolerancji 2-3%. Bez znaczenia dla wiążącego charakteru tych wyjaśnień, jako integralnej części SIWZ pozostawało, że zamawiający udzielił powyższej odpowiedzi na dwa dni przed upływem wyznaczonego terminu złożenia ofert. Zakres obligatoryjnych zmian ogłoszenia obejmuje jedynie dane podlegające uprzedniej publikacji w ogłoszeniu, do których nie należały parametry techniczne urządzenia.

Skoro odwołujący uznawał takie działanie zamawiającego za naruszające przepisy ustawy Pzp – mógł je zaskarżyć we właściwym terminie, liczącym od daty możliwości powzięcia informacji o danej czynności. Na etapie po wyborze oferty zarzut ten Izba uznała za spóźniony i nie podlegający rozpatrzeniu w oparciu o odpowiednio stosowany art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Postępowanie dowodowe potwierdziło jedynie częściowe naruszenie przez zamawiającego wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, tj.:

- 1) art. 89 ust., 1 pkt 2 tej ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, gdyż oferta nie spełniała wszystkich obligatoryjnych wymagań określonych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która podlegała odrzuceniu.

W konsekwencji doszło również do naruszenia zasad postępowania wynikających z art. 7 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stwierdzone naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania.

Oferta odwołującego w swej istotnej treści nie odpowiada wymaganiam treści SIWZ, zatem zamawiający był zobligowany odrzucić tę ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Żadnego znaczenia dla podjętego rozstrzygnięcia nie miał argument zamawiającego, że w przypadku uwzględnienia odwołania - z braku środków - unieważni przedmiotowe postępowanie, gdyż Izba odnosi się jedynie do zaskarżonych czynności zamawiającego, a nie do zamiarów, które w razie ich zrealizowania będą mogły podlegać weryfikacji w drodze dalszego korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć zamawiającego.

Na podstawie § 3 pkt 1 i 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....