

**WYROK**  
z dnia 16 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2014 r. przez wykonawcę

**Ł. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma J., ul. Polna 59, 87-100 Toruń**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Gminę Wielka Nieszawka, Cierpice, 87-165 Wielka Nieszawka**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Ł. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma J. i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Ł. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma J. tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od . J. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Firma J. na rzecz Gminy Wielka Nieszawka kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące**

**sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. 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:** .....

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

Zamawiający – Gmina Wielka Nieszawka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i montaż 248 pomp ciepła powietrze/woda do instalacji wewnątrz domów jednorodzinnych na terenie gminy Wielka Nieszawka” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 września 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 182-320834.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Ł. J. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma J. wniósł odwołanie wobec wadliwych czynności zamawiającego:

1. badania ofert – poprzez przyjęcie, że postępowanie nie podlega unieważnieniu z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz fakultatywnie
  2. badania ofert – poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu,
  3. badania ofert – poprzez przyjęcie, że wykonawcy: A&M Home Credit A. O. i Antinus Sp. z o.o. nie podlegają wykluczeniu, a ich oferty nie podlegają odrzuceniu z postępowania,
  4. oceny ofert – poprzez przyjęcie, że ww. oferta podlega punktacji (ocenie) ofert,
  5. wskazania wadliwego wyniku postępowania na ofertę nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu, na ofertę nieważną,
- przez co zamawiający naruszył: art. 7, art. 8 ust. 1, ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 i pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 4-11, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 90 ust. 1, art. 91-92, art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi cofnięcie wyniku postępowania i odrzucenie oferty podnoszonej,
2. powtórzenia czynności oceny (punktacji) ofert, tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu tylko do ważnych ofert,
3. wskazanie wyniku postępowania na ofertę odwołującego,

4. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że postępowanie powinno być unieważnione ze względu na nieusuwalną wadę prawną postępowania, która przesądza o podleganiu pod unieważnienie zawartej po nim umowy. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający, w postępowaniu powyżej progu art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie żądał od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych ustawą i stosownego rozporządzenia wykonawczego o dokumentach. Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 5-7 rozporządzenia w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, następujących dokumentów: aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; w przypadku zamówień innych niż zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1 i art. 132 ust. 1 ustawy, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

W ofertach wykonawców w danym postępowaniu nie ma tych wymaganych dokumentów. Ponieważ zamawiający na etapie ogłoszenia i w zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia ich nie żądał, żądanie ich złożenia po terminie składania ofert jest zabronione. Bez tych dokumentów zamawiający nie może zweryfikować, czy dani wykonawcy nie podlegają wykluczeniu.

Zamawiający złamał też zasadę jawności postępowania, poprzez zaniechanie odtajnienia uzupełnień i wyjaśnień do oferty wykonawcy A&M Home Credit A. O. oraz treści oferty

wykonawcy Antinus Sp. z o.o. Wykonawcy ci w formularzach ofertowych nie zastrzegli żadnych treści oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa, a następnie utajnili uzupełnienie i wyjaśnienia treści oferty nie wykazując podstaw tego utajnienia. Tym samym, zgodnie z nowym brzmieniem art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, a zamawiający ich nie odtajnił i uniemożliwił odwołującemu wgląd w te treści. W ocenie odwołującego dane treści w zakresie podmiotu udostępniającego zasobu, poświadczeń, danych technicznych katalogowych, pokazywanych w poprzednich postępowaniach u tego zamawiającego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Nie mając wglądu w te treści ofert konkurencji odwołujący wywodzi, że wykonawca A&M Home Credit A. O. nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia, a przekazane zasoby nie są skuteczne dla danego postępowania, ponieważ podmiot udostępniający zasób nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Wykonawca ten w swojej ofercie utajnił wykaz dostaw wraz ze specjalistyczną usługą oraz dowód potwierdzający należyte jej wykonanie oraz instytucję przekazywanego zasobu. Zamawiający nie odtajnił tych dokumentów ofertowych, a jeżeli jest to realizacja z udziałem jakichkolwiek środków publicznych lub unijnych, to nie może to stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołującemu nie zezwolono zweryfikować poprawności oceny spełnienia warunku, dlatego wnosi do Izby o dokonanie kontroli tego elementu oferty.

Dla udowodnienia realności udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia konieczne jest wskazanie w treści zobowiązania, w jaki sposób nastąpi jego udostępnienie, tak, aby chociaż potencjalnie zamawiający miał możliwość oceny, czy taki sposób udostępnienia faktycznie umożliwi skorzystanie z udostępnionego zasobu. W razie korzystania z potencjału podmiotu trzeciego wykonawca musi liczyć się z wymaganiami wykazania w dokumentach składanych przez wykonawcę elementów, o których traktuje § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. To oznacza obowiązek konkretyzacji zamawiającemu udostępnianych zasobów, zaprezentowania, w jaki sposób zostaną one wykorzystane w postępowaniu, w jakiej części podmiot trzeci będzie realizował czynności na rzecz zamawiającego. O ile zakres dostępnych wykonawcy zasobów zdaje się wynikać z treści stawianego w danym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu, którego wykazaniu wykonawca zamierza sprostać posługując się zasobem należącym do podmiotu trzeciego, to na podstawie składanego w postępowaniu dokumentu powinno być wykazane, że znajdzie się w takiej relacji z podmiotem trzecim, że na jej podstawie będzie można uznać, że wymagane wiedza

i doświadczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia posiada. Przepis wymaga podania szczegółowych elementów tej relacji między wykonawcą a podmiotem trzecim. Zatem zobowiązanie podmiotu trzeciego musi obejmować konkretyzację relacji między jego stronami, a więc w jakim zakresie podmiot udostępniający będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, i nie chodzi tylko o wskazanie, że będzie to podwykonawstwo, ale także zgodnie z ww. przepisem – o określenie jego zakresu – czynności wykonywanych przez podmiot udostępniający, zasoby w ramach zamówienia, okresu tego świadczenia, a także relacji, jaka łączy go z wykonawcą (co zdaje się nawiązywać do ukształtowania albo przyrzeczenia na tym już etapie umowy o określonym charakterze, wskazania charakteru tej umowy). Regulacja ta służy przekonaniu zamawiającego, że na etapie składania oferty wykonawca znajduje się w takiej sytuacji, że łączący go z innym podmiotem stosunek prawny pozwala na stanowczą i jednoznaczną ocenę, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek, który łączy wykonawcę z tym podmiotem, gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Kategoryczność wskazanych powyżej przepisów powoduje, że nie można przy tym tego zakresu domniemywać, gdyż konkretny zakres udziału podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia powinien wynikać z dokumentu pochodzącego od tego podmiotu, składanego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem tylko z niego wynikają określone obowiązki tego podmiotu wobec wykonawcy, na podstawie których zamawiający mógłby ocenić realność udostępnienia zasobu. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku, sygn. akt XII Ga 315/11 „przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku inwestycji. Złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania, w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, jest z całą pewnością niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca skutecznie wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.”

Nie sposób zatem uznać, by bez faktycznego zaangażowania się w realizację zamówienia podmiotu trzeciego udostępniającego odwołującemu, odwołujący dowiódł spełnienia warunku udziału w postępowaniu i posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zobowiązanie przedstawione przez odwołującego nie mogło zostać uznane przez zamawiającego za wystarczające. Jednocześnie ani z dokumentów złożonych wraz z ofertą, ani z odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia nie wynika, że odwołujący spełnia warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia samodzielnie. Tym samym dany wykonawca podlega wykluczeniu.

Odwołującemu nie umożliwiono również sprawdzenia, czy środki wadium wykonawcy A&M Home Credit A. O. zostały zaksięgowane na konto zamawiającego na termin i godzinę złożenia ofert. Wykonawca ten przelał środki z innego banku 28 października 2014

r. po godz. 13.00, co poddaje pod dużą wątpliwość, czy dane środki przeszły na rachunek zamawiającego 29 października 2014 r. do godz. 10.00, co skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. To samo dotyczy dokonanej opłaty za polisę OC z 28 października 2014 r. złożonej w danym postępowaniu. Nieopłacona polisa na dzień i godzinę złożenia oferty nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto obaj wskazani wykonawcy ukryli parametry techniczne oferowanych urządzeń, blokując tym samym weryfikację przez odwołującego w zakresie spełniania wymaganych parametrów technicznych oferowanych urządzeń, certyfikatów dopuszczających itp.

Niezrozumiałe jest dla odwołującego odrzucenie jego oferty. Zamawiający w toku badania ofert trzy razy uzupełniał i wyjaśniał tę ofertę, tym samym uznał ją za ważną zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców do uzupełnienia, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Zamawiający nieprawnie odrzucił ofertę za parametr techniczny, który w poprzednim postępowaniu był spełniony. Powyższy parametr techniczny nie ma żadnego wpływu na funkcjonowanie urządzenia, a jedynie ogranicza konkurencję.

Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołujący zapytał o możliwość zastosowania rozwiązania równoważnego w tym parametrze, na które milczeniem zgodził się zamawiający, zgodnie z przepisami art. 29 ust. 2-3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający naruszył również zasadę równego traktowania stron postępowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawnymi wymogami zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że odwołanie podlega oddaleniu jako merytorycznie nieuzasadnione.

Niezasadne jest kwestionowanie przez odwołującego czynności oceny ofert dokonanej przez zamawiającego. Stawiany zamawiającemu zarzut nieządania od wykonawców dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 5, 6 i 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, a jakich te dokumenty mogą być składane jest spóźniony, ponieważ zarzucany brak dotyczy treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a odwołujący się treści tej nie kwestionował w odpowiednim terminie. Ponadto nieządanie aktualnej informacji z KRK nie stanowi przyczyny unieważnienia postępowania, tym bardziej, że wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę, nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 lub 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezasadne jest również kwestionowanie przez odwołującego zgodności z prawem odrzucenia jego oferty. Oferta odwołującego była niezgodna z wymogiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym parametrów urządzenia (tj. nie posiadała skraplacza „umieszczonego w bezpieczny sposób – bez bezpośredniego kontaktu z podgrzewaną wodą – owiniętego wokół zasobnika wody)”, a także z wymogiem przedstawienia w języku polskim certyfikatu lub wyciągu z certyfikatu wydanego przez niezależną akredytowaną jednostkę certyfikującą potwierdzającego spełnienie minimalnego wymogu COP według normy PN-EN 16147. W takiej sytuacji zamawiający był zobowiązany ofertę odwołującego odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezasadne jest również kwestionowanie przez odwołującego oferty uznanej w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą. W szczególności podstawą nie może być, nieuzasadniony, zarzut nieodtajnienia oferty A&M Home Credit A. O. . Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie protokołu przez wgląd do jego treści wraz z załącznikami 30 października 2014 r. Tego samego dnia osoba upoważniona przez odwołującego wykonała fotografie dwóch pozostałych ofert i oświadczyła, że nie wniosowała o ujawnienie zastrzeżonych części ofert. Następnie 17 listopada 2014 r. odwołujący w sposób elektroniczny złożył wniosek o udostępnienie protokołu przez wgląd, bez wnoszenia o udostępnienie treści zastrzeżonych, z prośbą o przesłanie skanów zapytań inwestora oraz odpowiedzi oferentów. Odwołujący nie kwestionował w ustawowym terminie zakresu udostępnionych mu informacji. Dlatego zarzut w tym zakresie nie tylko jest merytorycznie nieuzasadniony, lecz przede wszystkim spóźniony.

O ocenie zamawiającego wykonawca A&M Home Credit A. O. w sposób zgodny z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia, przedstawiając pisemne zobowiązanie Przedsiębiorstwa Majnusz do udostępnienia jej w ramach łączącej strony bezterminowej umowy współpracy, wiedzy i doświadczenia w szczególności polegających na opiniowaniu prawidłowości założeń wykonawczych, konsultacji i doradztwie w przypadkach trudności napotkanych podczas realizacji zamówienia, udostępnienia know-how i posiadanej dokumentacji technicznej w zakresie niezbędnym do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, dodatkowym przeszkoleniu personelu w zakresie niezbędnym do należytego wykonania zamówienia.

W ocenie zamawiającego przedstawione przez tego wykonawcę pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego określając formę i zakres udostępnienia wiedzy i doświadczenia wskazuje realne zobowiązanie tego podmiotu do faktycznego udostępnienia wykonawcy określonego zasobu i faktyczną możliwość wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji zamówienia i w celu jego realizacji. Przedsiębiorstwo Majnusz poświadczyło posiadaną



wiedzę i doświadczenie załączonymi do oferty referencjami Spółdzielni Mieszkaniowej „NOWOCZESNA”. Tym samym oferta złożona przez firmę A&M Home Credit A. O. nie podlegała odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu z przedmiotowego postępowania.

Wykonawca A&M Home Credit A. O. złożył wadium oraz opłacił polisę OC we właściwej kwocie i terminie.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu dotyczącego konieczności unieważnienia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na zaniechanie żądania od wykonawców informacji z Krajowego Rejestru Karnego, co jest wymagane zgodnie z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 4-10 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 3 ust. 1 pkt 5-7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, a jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231) Izba przyznała rację zamawiającemu – po pierwsze zarzut ten jest spóźniony, gdyż dotyczy treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, a zatem, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”), odwołanie w tym zakresie powinno być wniesione w ciągu 10 dni

od publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, a nie dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Po drugie – ten błąd zamawiającego nie jest podstawą do unieważnienia postępowania. W tym zakresie Izba zgadza się z przedstawionym przez zamawiającego wcześniejszym wyrokiem Izby. Dokumenty żądane na potwierdzenie, że wobec wykonawcy nie zachodzą podstawy do wykluczenia, są dodatkowym dowodem na to, że złożone przez wykonawcę oświadczenie o niepodleganiu takiemu wykluczeniu jest prawdziwe. Poza tym, jeśli wykonawca nie podlega takiemu wykluczeniu, brak tych dokumentów nie stanowi o wadliwym wyborze oferty, gdyby zaś podlegał wykluczeniu, mogłoby ono nastąpić również w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 4-10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w tym zakresie w ww. oświadczeniu (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W zakresie nieprawidłowego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Izba zgodziła się z odwołującym, nie widząc tu podstaw do takiego zastrzeżenia.

Złożone przez wykonawcę Antinus Sp. z o.o. dokumenty będące – jak wynika z ich wyglądu i jak potwierdził zamawiający – kartami katalogowymi lub informacjami o podobnym charakterze, są sporządzane przez producentów i dystrybutorów urządzeń dla celów informacyjnych, a nawet reklamowych. Zatem z samej swojej istoty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a nawet mają być szeroko dostępne dla jak największej liczby zainteresowanych odbiorców.

Podobnie w stosunku do dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę A&M Home Credit A. O. Izba nie stwierdziła w nich informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Poza tym w swoim oświadczeniu złożonym zamawiającemu – już po wniesieniu odwołania – wykonawca ten zgodził się na ich ujawnienie.

Jednak w obecnym stanie faktycznym, istniejącym na dzień wydania orzeczenia, Izba nie stwierdziła wpływu tego uchybienia zamawiającego na wynik postępowania, zatem, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, oddaliła ten zarzut.

W zakresie nieprawidłowej treści zobowiązania R. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Majnusz Izba stwierdziła, iż – chociaż nie jest to według niej zobowiązanie o idealnej treści, jakiej by oczekiwała, podobnie jak zakres współpracy i znacznie lepiej byłoby, gdyby podmiot ten został podwykonawcą A&M Home Credit A. O. – to sam zakres zadeklarowanych w zobowiązaniu czynności w zestawieniu z przedmiotem zamówienia, nie stanowi jednak podstawy do wykluczenia A&M Home Credit A. O. z postępowania. Na marginesie, jak wskazał zamawiający, nie są to roboty budowlane, lecz dostawa urządzeń wraz z ich instalacją,

W zakresie zarzutu nieterminowego wniesienia przez A&M Home Credit A. O. wadium – zamawiający przedstawił wydruk ze swojego rachunku bankowego, z którego wynika, iż wadium to wpłynęło na jego rachunek bankowy jeszcze 28 października 2014 r. (termin składania ofert upływał 29 października), zatem wadium zostało wniesione w terminie.

W zakresie zarzutu nieterminowego opłacenia przez A&M Home Credit A. O. polisy OC Izba stwierdziła, że umowa ubezpieczenia została zawarta 28 października 2014 r. (z tą datą została wystawiona polisa) i tego samego dnia ubezpieczony zlecił przelew celem opłacenia składki, w wysokości wskazanej w polisie. Termin zapłaty składki upływał 3 listopada 2014 r. W związku z tym Izba stwierdziła, że przedmiotowa składka została opłacona.

Zarzuty odwołania nie potwierdziły się również w zakresie dotyczącym nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego.

Pierwszą podstawą odrzucenia tej oferty przez zamawiającego była jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (opisem przedmiotu zamówienia), rozdział III tabela „Wymagane parametry urządzenia”, poz. 15, tj. oferowane pompy nie posiadały skraplacza „umieszczonego w bezpieczny sposób – bez bezpośredniego kontaktu z podgrzewaną wodą – owiniętego wokół zasobnika wody”.

Fakt ten nie był sporny pomiędzy stronami.

Odwołujący podnosił, że mógł złożyć „ofertę równoważną”, zgodnie z udzieloną przez zamawiającego odpowiedzią na pytanie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba podziela tu stanowisko zamawiającego, że przyjęcie takiej interpretacji przez odwołującego było nieuprawnione.

Pytaniem z 27 października 2014 r., zadany dwa dni przed upływem terminu składania ofert, odwołujący poprosił o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, które wskazują na pochodzenie produktu, w zakresie punktu 15. tabeli „Wymagane parametry techniczne”. Wykonawca wskazał, że jest to rozwiązanie, które stosuje producent DIMPLEX, VESTTHERM, a nie stosują np. BUDERUS czy JUNKERS. Odwołujący wskazał też, że tak opisany przedmiot zamówienia narusza regulację art. 29 ust. 2-3 ustawy Prawo zamówień publicznych i ogranicza udział w postępowaniu. Wskazał też, iż prosi o jednoznaczną i pilną odpowiedź, a w przypadku jej braku uzna, że zamawiający „dochowa zapisom ustawy Pzp i dopuszcza rozwiązania równoważne dla tego pkt. opisu technicznego”.

Zamawiający odpowiedział, że pozostawia wniosek wykonawcy bez rozpoznania jako złożony po terminie określonym w art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Izby z tak postawionego pytania – a raczej próby wymuszenia zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia – i zastrzeżenia poczynionego przez pytającego, że w razie braku odpowiedzi zamawiającego uzna, że zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne do wskazanego w poz. 15. tabeli „Wymagane parametry urządzenia”, w żaden sposób nie można wnioskować, że zamawiający zgodził się na jakąkolwiek zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca był uprawniony do złożenia oferty o parametrze „równoważnym” do wymaganego przez zamawiającego.

Jeśli zaś wykonawca uważał, że opis przedmiotu zamówienia narusza zasady wynikające z art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien był w stosownym terminie (wskazanym w wyżej przywołanym art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) wnieść odwołanie w tym zakresie, jak też ewentualnie swoje zapytanie (prośbę o zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia) mógł złożyć u zamawiającego wcześniej niż na dwa dni przed upływem terminu składania ofert.

Drugą podstawą odrzucenia oferty było przedstawienie wymaganego w poz. 4. tabeli „Wymagane parametry urządzenia” dokumentu potwierdzającego COP według normy PN-EN 16147, tj. „certyfikatu lub wyciągu z certyfikatu wydanego przez niezależną akredytowaną jednostkę certyfikującą potwierdzającego spełnienie minimalnego wymogu COP” bez tłumaczenia na język polski.

W rozdziale X specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Sposób przygotowania oferty” pkt 11. zamawiający wskazał, że dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski. Jest to zresztą ogólna zasada wynikająca zarówno z art. 9 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, a jakich te dokumenty mogą być składane.

Jak wynika z wyjaśnień stron udzielonych podczas rozprawy odwołujący wraz z ofertą takiego certyfikatu nie przedłożył w ogóle, w związku z czym został wezwany do jego uzupełnienia.

Nieprawidłowe jest w tym zakresie stanowisko odwołującego, że po przedstawieniu dokumentu w oryginalnym języku jego wystawienia, powinien być wezwany jeszcze raz do uzupełnienia jego tłumaczenia. Owszem, jeśli wykonawca przedstawi wraz z ofertą jakiś dokument, zamawiający powinien w wezwaniu do uzupełnienia wskazać wady, jakie w nim stwierdził, aby wykonawca wiedział, w jakim kierunku powinno iść to uzupełnienie. Jeśli jednak brak jest dokumentu w ogóle, wykonawca powinien go uzupełnić tak, aby był on prawidłowy, wykorzystał już bowiem swoją szansę na „poprawienie” oferty w tym zakresie.

Zamawiający zatem prawidłowo uznał ofertę jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....