

**WYROK  
z dnia 11 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015 r. przez Odwołującego: Skorut Systemy Solarne Spółka z o.o., ul. Wybickiego 71, 32 - 400 Myślenice w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Powiat Suski, Starostwo Powiatowe w Suchej Beskidzkiej, ul. Mickiewicza 19, 34-200 Sucha Beskidzka

przy udziale: wykonawcy Energia Polska S.A., ul. Karłowicza 9/1, 02-501 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Skorut Systemy Solarne Spółka z o.o., ul. Wybickiego 71, 32 - 400 Myślenice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Skorut Systemy Solarne Spółka z o.o., ul. Wybickiego 71, 32 - 400 Myślenice tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od wykonawcy – Skorut Systemy Solarne Spółka z o.o., ul. Wybickiego 71, 32 - 400 Myślenice na rzecz Zamawiającego – Powiat Suski, Starostwo Powiatowe w Suchej Beskidzkiej, ul. Mickiewicza 19, 34-200 Sucha Beskidzka kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. 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 Krakowie.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Powiat Suski, Starostwo Powiatowe w Suchoj Beskidzkiej, ul. Mickiewicza 19, 34-200 Sucha Beskidzka, woj. małopolskie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu 564 instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych na terenie powiatu suskiego i zdalnego systemu monitoringu instalacji solarnych oraz wykonanie zabezpieczeń różnicowo-prądowych w istniejących instalacjach solarnych dla budynków mieszkalnych na terenie Powiatu Suskiego w ramach projektu Program zwiększania wykorzystywania energii i poprawy jakości powietrza w obrębie obszaru Natura 2000, Powiatu Suskiego. Część nr 1 - wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu 564 instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych na terenie Powiatu Suskiego oraz zdalnego systemu monitoringu instalacji solarnych.

Zamawiający przedmiotowe zamówienie ogłosił w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2015r. pod numerem nr 134891.

W dniu 23 grudnia 2015r. Odwołujący: Skorut Systemy Solarne Spółka z o.o., ul. Wybickiego 71, 32 - 400 Myślenice powziął informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 28 grudnia 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty.

Czynności Zamawiającego zarzucił:

- naruszenie art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, w związku z art. 25 ust 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3, oraz 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty i niezastosowanie przepisu art. 26 ust 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy złożony dokument w postaci karty katalogowej wymaganej przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków zawierał błędy. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia wyjaśnień, co do złożonych dokumentów, a w sytuacji gdy stwierdził, iż przedłożony dokument zawiera błędy do wezwania do jego uzupełnienia, czego zaniechał odrzucając ofertę;

- naruszenie art. 7 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust 1, 15 ust 1 pkt 5 oraz ust 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 marca 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 24 ust 2 pkt 1 i art. 24 b ustawy Pzp - poprzez potraktowanie faktu złożenia oferty przez Odwołującego się jako czynu nieuczciwej konkurencji w sytuacji gdy w ramach prowadzonego postępowania wyjaśniającego Odwołujący wskazał, iż między nim a wykonawcą części dokumentacji projektowej dla przedmiotowego postępowania nie zachodzą tego rodzaju powiązania, których skutkiem byłoby uzyskanie niezgodnej z ustawą pzp przewagi konkurencyjnej przy złożeniu oferty.

Wskazując na powyższe Odwołujący wnosil o:

- unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty ofert oraz nakazanie dokonania powtórnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się kosztów postępowania Wpis od odwołania wniesiono w dniu 28 grudnia 2015r.

Co do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący zwrócił uwagę, że w rozdziale V SIWZ o tyt. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, jak również potwierdzenia wymagań określonych przez Zamawiającego wskazano, iż Wykonawcy mają dostarczyć, m.in.:

5.8. Dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy i roboty budowlane wymagań określonych w ZAŁĄCZNIKU Nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia (w ramach części nr 1):

5.8.1. zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że ofertowane kolektory słoneczne przeszły badania potwierdzające ich pełną zgodność z zakresem normy EN 12975:1 (lub równoważną normą) według metodyki badań ujętej w normie EN 12975:2 (lub równoważnej normie), a zaświadczenie to potwierdza, że:

a) do badań losowo pobierane były urządzenia z linii produkcyjnej w zakładzie producenta,

b) prawidłowość zaświadczenia weryfikowana jest poprzez losowe pobieranie urządzeń do badań na zgodność z normą przez cały okres obowiązywania zaświadczenia.

Zamawiający uzna w tym zakresie w szczególności przedstawienie dla oferowanych kolektorów certyfikatu Solar Keymark lub innego równoważnego certyfikatu, a także jeśli wykonawca w inny sposób udowodni, że stosowane przez niego metody pozwalają na osiągnięcie jakości i niezawodności urządzeń na poziomie co najmniej równym określonemu w niniejszym punkcie.

5.8.2. Dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań o których mowa w pkt. I ppkt 3-6, określonych z w ZAŁĄCZNIKU Nr 1a do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia.

5.8.3. Opis zastosowanych urządzeń i rozwiązań zapobiegających uszkodzeniu instalacji, o których mowa w pkt. I ppkt.25, 29 określonych w ZAŁĄCZNIKU Nr 1a do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia

5.8.4. Pochodzące od producentów urządzeń karty katalogowe lub inne podobne dokumenty potwierdzające zgodność z wymaganiami SIWZ, w tym Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1a do SIWZ) oraz dokumentacji projektowej (załączniki I-III do SIWZ) - dla oferowanych przez Wykonawcę urządzeń wskazanych przez niego w ofercie, według listy określonej w pkt 5 wzoru formularza oferty (załącznik nr 6 do SIWZ).

W zakresie oferowanych kolektorów słonecznych dokumenty te powinny zawierać w szczególności informacje na temat powierzchni aparatury kolektora słonecznego oraz jego mocy (podaje w Watach), przy założeniu  $G = 1000 \text{ W/m}^2$ ,  $T_m - T_q = 30\text{K}$ .

5.8.5. Symulację sporządzoną zgodnie z wytycznymi zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia - załączniku nr 1a do SIWZ (zgodnie z pkt 1.24 i pkt II), wykazującą prognozowaną skalę osiągnięcia Efektu Ekologicznego (zgodnie z pkt 1.24 opisu przedmiotu zamówienia) oraz pokrycia zapotrzebowania na ciepłą wodę użytkową (zgodnie z pkt I. 26 opisu przedmiotu zamówienia) uzyskanych dzięki realizacji Inwestycji zgodnie z ofertą Wykonawcy. Symulacja sporządzona dla okresu od 01.01. do 31.12.

Według Odwołującego złożył on ofertę zgodną z powyższymi wymaganiami.

Zauważył również, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, iż odrzuca ofertę Odwołującego z uwagi na fakt, że karta katalogowa ciepłomierza Auaterm Supercal 749 załączona do oferty nie potwierdza parametrów ciepłomierza wchodzącego w skład systemu monitoringu instalacji solarnych w zakresie pomiaru temperatur. Zamawiający wskazał, iż w takim przypadku nie jest możliwe zastosowanie art. 87 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp ani też uzupełnienie oferty w rozumieniu art. 26 ust 3 ustawy Pzp, gdy prowadziłoby to do zmiany treści oferty.

Odwołujący przyznał, iż nie zauważył, przy składaniu oferty okoliczności przedłożenia jedynie część dokumentu składającego się na kartę katalogową.

Jednakże, w ocenie Odwołującego - tego rodzaju uchybienie winno podlegać konwalidacji w trybie uzupełnienia oferty.

Według Odwołującego art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uprawnia Zamawiającego do żądania od wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez

oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określanych przez zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skorzystał z tego uprawnienia, wskazując w SIWZ, że oferta powinna zawierać wykaz określonych urządzeń, które będą użyte do realizacji zamówienia wraz z kartami katalogowymi określającymi ich podstawowe parametry.

W przekonaniu Odwołującego w powyższym zakresie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi wątpliwości i potwierdza, że karty katalogowe mieszczą się w kategorii dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp (np. KIO 2479/13, KIO 9/15, KIO 174/15, KIO 1497/15, KIO 1570/15, KIO 1690/11), bowiem nie stanowią one o treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego, a służy jedynie potwierdzeniu parametrów technicznych oferowanego urządzenia.

W tej sytuacji - w ocenie Odwołującego - złożenie karty katalogowej zawierającej błąd zobowiązywało Zamawiającego do zastosowania instytucji art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Odwołującego stanął na stanowisku, że niezasadne jest stanowisko Zamawiającego, że uzupełnienie karty katalogowej stanowiłoby zmianę oferty, skoro dokument ten nie stanowi o treści przeszłego zobowiązania umownego, a jest włącznie przedkładany na potwierdzenie określonych parametrów technicznych, stanowiąc dowód na potwierdzenie, że oferowany ciepłomierz posiada wymagane cechy.

Wskazał, że § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231) określa wyłącznie przykładowy katalog dokumentów, których zamawiający może żądać w celu potwierdzenia wymaganych parametrów technicznych.

Dalej wywodził, że okoliczność nie wystąpienia karty katalogowej w ramach dokumentów zawartych w § 6 tego rozporządzenia jest bez znaczenia, gdyż ustawodawca w sposób jednoznaczny dopuścił możliwość żądania również innych niż zawarte w § 6 dokumentów na potwierdzenie stawianych wymagań.

Z powyższego wnioskował, że skoro karta katalogowa jest dokumentem objętym w/w rozporządzeniem, to w sytuacji, gdy dokument ten zawiera błędy, Zamawiający ma obowiązek zastosować normę art. 26 ust 3 lub 4 ustawy Pzp, czego w przedmiotowej

sprawie nie wykonał, co oznacza, iż naruszył przepisy ustawy oraz warunki równego traktowania wykonawców.

Na marginesie zaznaczył, iż Zamawiający zwracał się o uzupełnienie oferty w zakresie podobnym do wyżej opisanego oraz o wyjaśnienie treści złożonej oferty w odniesieniu do pozostałych Wykonawców (analogiczne wezwanie odnośnie niezgodności karty katalogowej naczyń przeponowych z zapisami SIWZ). Zaniechanie analogicznych czynności w odniesieniu do Odwołującego świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego zasad określonych w art. 7 ustawy Pzp.

W świetle powyższego odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp w sytuacji nie zastosowania art. 26 ust 3 ustawy Pzp w warunkach objętych tą normą (a zatem w odniesieniu do dokumentów żądanych na podstawie art. 25 ust 1) stanowi naruszenie prawa i winno zostać unieważnione.

Co do zarzutu odrzucenia oferty z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp) Odwołujący przyznał, iż istnieją powiązania rodzinne oraz organizacyjne między firmą Odwołującego a firmą SOLARPOL Polskie Centrum Energii Odnawialnej Jolanta Skorut.

Odwołujący wskazał, że z samego uzasadnienia przytoczonego przez Zamawiającego wynika, iż informacje na temat tego rodzaju powiązań są dostępne publicznie i nigdy nie były traktowane ani przez firmę Solarpol ani Skorut Systemy Solarne, jako tajemnica.

Oświadczył również, iż firma Skorut realizowała zamówienia publiczne w oparciu o stanowiącą część dokumentacji przetargowej dokumentację projektową wykonywaną wcześniej przez firmę Solarpol, jak również, że część personelu obecnie zatrudnianego przez firmę Skorut Systemy Solarne była lub jest zatrudniona w firmie Solarpol.

Nadto Odwołujący podniósł w tym zakresie, iż na dokumentację techniczną przedmiotowego postępowania składały się także materiały, z których treści jednoznacznie wynikało, iż nie pochodzą od firmy Solarpol.

Odwołujący uważa, że powyższe powiązania nie mają znaczenie dla przedmiotowego postępowania.

Zwrócił uwagę, że w toku prowadzonego postępowania Zamawiający zwrócił się do

Odwołującego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień co do powiązań między Odwołującym się, a firmą Solarpol - z uwagi na konieczność analizy przesłanki przepisu art. 24 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy:

1) wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2.

Zdaniem Odwołującego z samego brzmienia tego przepisu wynika, iż ma on walor normy szczególnej w odniesieniu do art 89 ust 1 pkt 3 ustawy, bowiem obejmuje on swoim zakresem zastosowania sytuacje, w której wykonawca biorący udział w postępowaniu posługiwał się przy sporządzaniu oferty osobami, które brały udział w przygotowywaniu postępowania.

Powyższe oznacza także – według Odwołującego, iż w sytuacji określonej normą art. 24 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne stosowanie normy innego przepisu tej samej ustawy, bowiem oznaczałoby to, iż istnieją dwie normy prawne na gruncie jednej ustawy regulujące takie same stany faktyczne, co jest niedopuszczalne z punktu widzenia określoności norm prawnych.

Tym samym Zamawiający nie miał prawa odrzucać oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, w sytuacji gdy istniały przesłanki określone normą art. 24 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp. W takiej sytuacji winien rozważyć kwestię ewentualnego wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

Tym samym, już z przyczyn powyższych działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty z uwagi na fakt, iż złożenie oferty było czynem nieuczciwej konkurencji z powodu powiązań między składającym ofertę a firmą wykonującą prace projektowe (a zatem przygotowującą fragment dokumentacji przetargowej) było – w ocenie Odwołującego - niezgodne z prawem, gdyż w sytuacji wykazania przez Zamawiającego tego rodzaju przesłanek winien on zastosować instytucję wykluczenia Wykonawcy z postępowania z jednoczesnym odrzuceniem oferty.

Jednakże, w ocenie Odwołującego, działania Zamawiającego były w tym zakresie celowe, ponieważ Zamawiający, nie mogąc skutecznie dowieść przesłanek pozwalających



na zastosowanie art. 24 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp, a nie chcąc zaakceptować oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej zdecydował się na kuriozalne rozwiązanie przyjmując, iż złożenie oferty przez Odwołującego się stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W przekonaniu Odwołującego o całkowitej bezzasadności zarzutu naruszania zasad opisanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów świadczy ilość podmiotów biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzucił również, że Zamawiający nie wykazał, by jakkolwiek zapis dokumentacji projektowej faworyzował Odwołującego (np. wiązał się z zastosowaniem rozwiązań chronionych prawem patentowym, autorskim, czy o ochronie znaków towarowych i praw wyłącznych).

Na marginesie wskazał, iż to Zamawiający odbierał dokumentację projektową, zatem miał możliwość (a nawet obowiązek) sprawdzenia czy nie narusza ona konkurencyjności poprzez promowanie rozwiązań, które nie mają charakteru ogólnie dostępnego.

Odwołujący zaprzeczył, aby podejmował jakiegokolwiek niedozwolone z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów działania zmierzające do uzyskania przewagi konkurencyjnej na rynku.

Zdaniem Odwołującego nie wymaga dowodu z uwagi na tzw notoryjność (fakty powszechnie znane nie wymagają dowodu), iż firmy wykonawcze w każdej dziedzinie budowlano - montażowej współpracują z sektorem projektantów i odwrotnie. Firmy projektowe mają obowiązek orientować się w rozwiązaniach wykonawczych.

Nadto, Odwołujący wyjaśnił, że nie miał żadnego wpływu na przygotowanie SIWZ w zakresie wymagań, które postawiono wykonawcom, żądanych dokumentów, czy kryteria oceny ofert.

W ocenie Odwołującego zarzut, że realizował on zamówienia w oparciu o rozwiązania, które wcześniej zaprojektowała firma Solarpol można by postawić także innym wykonawcom działającym na rynku.

Według Odwołującego zbyt daleko idącym wnioskiem jest także twierdzenie, że skoro firma Solarpol korzysta z rozwiązania projektowego, którego autorem (posiadającym ochronę

patentową) jest Adam Skorut (jako osoba fizyczna), to niewątpliwie oznacza to ścisłą współpracę między firmą Solarpol a firmą Skorut Systemy Solarne spółka z o.o. Patent związany jest bowiem z osobą, a nie z firmą Skorut Systemy Solarne spółka z o.o. Prawa do tego patentu mogą być przez Pana Adama Skoruta udostępnione dowolnemu podmiotowi działającemu na rynku, a firma Skorut Systemy Solarne nie może mieć w tym zakresie żadnych zastrzeżeń.

Ostatecznie, Odwołujący stwierdził, że brzmienie art. 24 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp przesądza, iż ustawodawca dopuszcza możliwość istnienia powiązań między osobami biorącymi udział w przygotowaniu oferty a wykonawcą składającym ofertę w postępowaniu.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowiło naruszenie prawa.

W dniu 30 grudnia 2015r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Energia Polska S.A., zwanego dalej Przystępującym, a w dniu 31 grudnia 2015r. wykonawca Flexipower sp. z o.o., s.k.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odwołania, oferty Odwołującego, pisma Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2015r., odpowiedzi Odwołującego na powyższe pismo z dnia 7 grudnia 2015r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 22 grudnia 2015r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 11 stycznia 2016r., pisma procesowego Przystępującego Energia Polska S.A. z dnia 9 stycznia 2016r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez stronę i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Izba stwierdziła przy tym, że w dniu 11 stycznia 2016r., to jest w dniu rozprawy Odwołujący skierował następujące pismo do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej: „W związku z przerwą świąteczno-noworoczną naszej firmy w okresie: 24.12.2015-10.01.2016 o czym informowaliśmy na naszej stronie internetowej. Informuję, że informacja o

wyznaczonym terminie rozprawy dot. w/w postępowania nie dotarła do osób decyzyjnych w naszej spółce. W związku z powyższym proszę o wyznaczenie nowego terminu.”.

Jednocześnie Izba ustaliła, że w dniu 7 stycznia 2016r. sekretariat Krajowej Izby Odwoławczej skutecznie nadał faks z zawiadomieniem o terminie posiedzenia na numer firmowy Odwołującego.

Izba, w oparciu o powyższe dokumenty uznała, że Odwołujący został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, jako, że potwierdził, że informacja o terminie do firmy dotarła, nie dotarła jedynie do osób decyzyjnych, co jest sprawą wewnętrzną organizacji pracy Odwołującego.

Poza tym należy zauważyć, że powyższe oświadczenie o świątecznej przerwie w pracy Odwołującego nie jest dla Izby wiarygodne, chociażby z tego powodu, że odwołanie zostało złożone w dniu 28 grudnia 2015r. bezpośrednio na Biurze Podawczym KIO.

Rozpoznając przedmiotową sprawę, co do meritum, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 w związku z art.25 ust.1 pkt. 2 i art.26 ust.3, art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego w przetargu z powodu sprzeczności treści jego oferty z treścią SIWZ, w warunkach gdy jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a także czy Zamawiający miał podstawy do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie uzupełnienia karty katalogowej.

Badając przedmiotową sprawę, Izba ustaliła, że Zamawiający na stronie 7 projektu budowlano-wykonawczego dostawa i montaż zdalnego systemu monitoringu referencyjnych instalacji solarnych zamontowanych w budynkach osób fizycznych na terenie Powiatu suskiego ustanowił minimalny parametr licznika energii cieplnej z zakresem mierzonych temperatur to minimum: 15°C-120°C.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że na stronie 3 oferty Odwołującego zaoferowano ciepłomierz dla instalacji solarnej producenta Aquaterm model Supercal 749, do którego na stronach 258-259 tej oferty załączono wyciąg z charakterystyki urządzenia, gdzie został podany zakres pomiaru temperatur 0...110°C.

Dodatkowo Izba ustaliła również, że w pkt. 5.8 SIWZ Zamawiający określił dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy i roboty budowlane wymagań określonych w ZAŁĄCZNIKU Nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia (w ramach części nr 1).

Natomiast w pkt. 5.8.4 Zamawiający zaadresował do wykonawców wymóg załączenia do oferty pochodzących od producentów urządzeń karty katalogowe lub inne podobne dokumenty potwierdzające zgodność z wymaganiami SIWZ, w tym Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1a do SIWZ) oraz dokumentacji projektowej (załączniki I-III do SIWZ) - dla oferowanych przez Wykonawcę urządzeń wskazanych przez niego w ofercie, według listy określonej w pkt 5 wzoru formularza oferty (załącznik nr 6 do SIWZ).

Według zapatrywania Izby zaoferowany przez Odwołującego opisany w ofercie ciepłomierz posiada parametr nie spełniający wymogów SIWZ w oczekiwanej przez Zamawiającego górnej granicy przedziału temperatury, która powinna wynosić 120°C, podczas gdy ta zaoferowana wynosiła 110°C.

Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie nie mógł mieć zastosowania przepis art.26 ust.3 ustawy Pzp, bowiem dotyczy on braku złożenia oświadczeń lub dokumentów albo złożenia oświadczeń lub dokumentów zawierających błędy.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że złożona przez niego na stronach 258-259 oferty charakterystyka techniczna urządzenia jest błędna.

W powyższych okolicznościach sprawy Zamawiający prawidłowo zastosował przepis art.89 ust.1 ust.2 ustawy Pzp odrzucając ofertę Odwołującego.

Rozpatrując kolejny zarzut odwołania, Izba ustaliła, że Zamawiający na podstawie art.26 ust.4 ustawy Pzp wezwał pismem z dnia 4 grudnia 2015r. Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści dokumentów i oświadczeń w następującym zakresie:

1) czy i jeśli tak, to w jakim charakterze i zakresie, następujące osoby:(....), brały udział w przygotowaniu oferty wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu?,

2) czy wykonawca brał udział(....) w sporządzeniu dokumentacji składającej się na SIWZ przedmiotowego postępowania(....)?,

3) czy i jeśli tak, to w jaki sposób( w szczególności: kapitałowo, osobowo, organizacyjnie) wykonawca jest powiązany z p. Jolanta Skorut, prowadzącą działalność gospodarczą(....)?,

4) czy i jeśli tak, to w jaki sposób powiązania, o których mowa w pkt. 3 powyższej, wpłynęły na udział wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności na przygotowanie oferty?

Nadto Izba stwierdziła, że pismem z dnia 7 grudnia 2015r. Odwołujący w zakresie pkt. 1, 2, 4 powyższych pytań udzielił odpowiedzi przeczącej, a w części dotyczącej pkt. 3 wyjaśnił powiązania, o które pytał Zamawiający, stwierdzając brak powiązań kapitałowych i organizacyjnych.

Przechodząc do rozstrzygnięcia zarzutu złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznała ocenę Zamawiającego za zbyt daleko idącą.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 marca 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Według Izby Zamawiający nie wykazał, że złożona przez Odwołującego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji przejawiający się w utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru, jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Izba stanęła również na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi sytuacja ograniczenia w istotny sposób lub wyłączenia możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy, a także nie występują stworzone przez Odwołującego warunki powodujące pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym.

Zamawiający realizuje zamówienie w ramach ścisłej regulacji prawnej ustawy Pzp i nie jest w żaden sposób przymuszany do wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego poza granicami prawa.

Jednocześnie należy uznać, że istniejące powiązania osobowe Odwołującego i firmy jego córki oraz ewentualne zatrudnianie tych samych osób w tych dwóch podmiotach nie stanowią działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami, lecz stanowią wyraz gry rynkowej.

Izba nie przyjęła również dowodu Przystępującego z Ekspertyzy Kryminalistycznej z dnia 10 stycznia 2016r., jako, że okoliczność udziału Odwołującego w pracach projektowych córki została przedstawiona przez Przystępującego, jedynie, jako prawdopodobna.

Jedynie za prawdopodobną Izba uznała także korespondencję mailową, na którą powołuje się Zamawiający w swojej odpowiedzi.

Z powyższych względów, Izba w zakresie zgłoszonego zarzutu uznała argumentację Odwołującego, przyjmując, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....**