

**WYROK**  
**z dnia 21 lipca 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2016 roku przez wykonawcę: „**TOBO**” D. Sp. j. z siedzibą w Kurianach, Kuriany 104, 15-589 **Białystok**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. Kombatantów 4, 15-110 Białystok**,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy – M.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BENER M.B. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę „TOBO” D. Sp. j. z siedzibą w Kurianach, tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego: Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowo-Produkcyjnego „LECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku na rzecz wykonawcy: „TOBO” D. Sp. j. z siedzibą w Kurianach kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku [zwane dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie – w trybie przetargu nieograniczonego - o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *Dostawa i montaż mebli do budynku sortowni odpadów na terenie ZUOK w Hryniewiczach*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2016 roku pod numerem 2016/S 074-129121.

Zamawiający w dniu 30 czerwca 2016 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 11 lipca 2016 roku wykonawca „TOBO” D. Sp. j. z siedzibą w Kurianach [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy „BENER” M.B. ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji w zakresie parametrów technicznych oferowanych przez niego urządzeń oraz oznaczeń ich modeli, co miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty „BENER” M.B., która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosil o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej „BENER” M.B., jako oferty podlegającej wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, względnie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 2) powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert oraz wskazanie oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, z pominięciem oferty „BENER” M.B.;
- 3) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (formularz cenowy) wymagał podania przez wykonawców w ofertach nazw producenta i modelu oferowanych przez siebie produktów. Ponadto, zgodnie z treścią pkt. 10.15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu potwierdzenia przez oferowane produkty wymagań określonych przez zamawiającego, wykonawcy zobowiązani byli dołączyć opisy produktów zawierające zdjęcie/rysunek oferowanego wyrobu, nazwę producenta, nazwę własną wyrobu (systemu) oraz opis techniczny zawierający niezbędne informacje pozwalające na weryfikację wyrobu opisanego w OPZ z wyrobem oferowanym.

Odwołujący zauważył, że wykonawca „BENER” M.B. w swojej ofercie zaproponował m.in. zmywarkę Bosch SMV69N20EU Spec. oraz lodówkę jednodrzwiową Zanussi ZRA40100WA Spec., a na potwierdzenie, iż powyższe urządzenia spełniają wymogi stawiane przez zamawiającego, wykonawca ten dołączył karty katalogowe. Zdaniem odwołującego, przedłożone przez wykonawcę „BENER” M.B., karty katalogowe ww. produktów, nie są kartami katalogowymi producenta, lecz zostały przygotowane przez wykonawcę na zasadzie kopiuj - wklej z opisów i zdjęć zamieszczonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że oferowane przez „BENER” M.B. produkty zostały oznaczone dodatkowym dopiskiem „Spec.”, podczas, gdy według wiedzy odwołującego, producenci przedmiotowych urządzeń nie posiadają w swojej ofercie produktów oznaczonych w ten sposób, dlatego też jego zdaniem jest to wyłącznie przeróbka nazwy dokonana przez wykonawcę „BENER” M.B. na potrzeby przedmiotowego postępowania. Następnie odwołujący wskazał, że oferowane urządzenia bez rozszerzenia „Spec.”, są dostępne na rynku i posiadają cechy niemal identyczne z opisywanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z tym zastrzeżeniem, iż w przypadku zmywarki zamawiający wymagał klasy energetycznej A+++, natomiast zaoferowana przez wykonawcę „BENER” M.B. zmywarka Bosch SMV69N20EU posiada gorszą klasę energetyczną, tj. A++, natomiast w odniesieniu do lodówki jednodrzwiowej rozbieżność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy rocznego zużycia energii oraz posiadania przez lodówkę sygnalizacji niedomkniętych drzwi, a mianowicie lodówka Zanussi ZRA40100WA ma wyższe roczne zużycie energii, niż wymagane przez zamawiającego max.90 kWh, tj.: 148kWh oraz nie posiada sygnalizacji niedomkniętych drzwi chłodziarki. W ocenie odwołującego, zaoferowane przez wykonawcę „BENER” M.B. urządzenia nie są zgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Następnie, odwołujący odniósł się do wyjaśnień składanych zamawiającemu przez wykonawcę „BENER” M.B. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stwierdzając, iż świadczą one, że wykonawca ten podał w swojej ofercie informacje nieprawdziwe, mające istotny wpływ na wynik postępowania. Zdaniem odwołującego polegać miało to na świadomym dodaniu rozszerzenia „Spec.” do nazw oferowanych produktów AGD (co dotyczy wszystkich produktów AGD, a nie tylko produktów, w których wystąpiły niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.). Podkreślił też, że wykonawca w sposób świadomy przedstawił w swojej ofercie produkty niewystępujące na rynku, gdyż przygotował ofertę na którą składały się kopie opisów przedmiotu zamówienia zamawiającego oraz przerobione symbole istniejących produktów, przedstawiając na własnych drukach „kartach katalogowych” opisy zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym, w ocenie odwołującego, wykonawca „BENER” M.B., zamieścił w ofercie nieprawdziwie informacje mające wpływ na wynik postępowania przetargowego.

Odwołujący dodał ponadto, iż sam wykonawca „BENER” M.B. w złożonych przez siebie wyjaśnieniach, wskazywał, że zaoferowane urządzenia z rozszerzeniem „Spec.” są specjalną wersją urządzeń, które zostaną „przerobione” i „przebadane” na jego zamówienie przez nieujawniony podmiot, co spowoduje, że staną się zgodne z specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Takie wyjaśnienia są zdaniem odwołującego nieprawdziwe, ponieważ ewentualne przygotowanie specjalnego modelu chłodziarki w pojedynczym egzemplarzu przez kogokolwiek, w tym nawet przez wyspecjalizowanych producentów markowych produktów, wymagałoby poniesienia znacznych nakładów, zarówno na etapie projektu nowego urządzenia, jak i w procesie produkcji oraz niezbędnych do wykonania badań, co drastycznie zwiększałoby cenę oferty, jak również byłoby niemożliwe do realizacji w zakładanym w SIWZ terminie wykonania zamówienia. Odwołujący poddał również pod rozagę - czy w złożonej ofercie konkretne urządzenia wskazanych marek po dokonanych „przeróbkach i udoskonaleniach” będą nadal urządzeniami tych producentów i czy firmy te będą w stanie zaakceptować taki stan rzeczy i pozwolą na używanie w stosunku do tych wyrobów swoich markowych nazw, symboli i oznaczeń. Zdaniem odwołującego, po dokonaniu ewentualnych przeróbek, urządzenie takie traci również status przedmiotu „fabrycznie nowego”, czego wymagał zamawiający w stosunku do oferowanych wyrobów i urządzeń, zgodnie z § 1 pkt 3 wzoru umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ.

Odwołujący zauważył również, iż w piśmie z dnia 29 czerwca 2016 roku wykonawca „BENER” M.B., zadeklarował bezpośrednio alternatywne rozwiązanie, polegające na wskazaniu zamiennych, wariantowych i spełniających już wszystkie wymagane cechy użytkowe i techniczne urządzeń, tj. wyrobu firmy LIEBHERR KBes 4350 premium

oraz zmywarki BOSCH SMV68N60EU, co stanowi naruszenie pkt. 7.1 SIWZ, w którym zamawiający wskazał, iż nie dopuszcza składania ofert wariantowych. Nadto, odwołujący stwierdził, że w SIWZ oraz w projekcie umowy nie zostały przewidziane okoliczności dające podstawy do ewentualnego, zgodnego z przepisami ustawy Pzp, dokonania zmiany postanowień umowy w zakresie zamiany pozycji wyposażenia, jego typu czy producenta.

Zamawiający w dniu 19 lipca 2016 roku za pośrednictwem poczty elektronicznej, a w dniu 20 lipca 2016 roku w toku posiedzenia z udziałem stron – w formie pisemnej - złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.*

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z: protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”] wraz z jej zmianami, oferty złożonej przez wykonawcę M.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BENER M.B., korespondencji zamawiającego z wykonawcami, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Izba postanowiła także dopuścić dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego w toku rozprawy w dniu 20 lipca 2016 roku, tj.: z wydruku ze strony internetowej [www.samsung.com/pl...](http://www.samsung.com/pl...) dotyczącej lodówki Samsung RS7527THCSP oraz korespondencji e- mailowej odwołującego z BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego Sp. z o.o.

Ponadto, Izba uwzględniła oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w pismach, tj. w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, datowanej na dzień 19 lipca 2016 roku, a

także stanowiska wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 20 lipca 2016 roku.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest: *dostawa i montaż mebli biurowych, warsztatowych i sprzętu AGD oraz innego drobnego wyposażenia do części administracyjno-socjalnej budynku sortowni odpadów na terenie ZUOK w Hryniewiczach (sekcja II pkt II.1.5 ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 4.1. SIWZ). Zadanie jest realizowane w ramach Projektu „Przebudowa instalacji związanej z odzyskiem odpadów w Hryniewiczach k. Białegostoku”, współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Infrastruktura i Środowisko.*

Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł w Opisie Przedmiotu Zamówienia [zwanym dalej: „OPZ”], stanowiącym Część III SIWZ.

I tak w OPZ zamawiający określił wymagania dla mebli biurowych, jak i dla sprzętu AGD, zawierając szczegółowe opisy dla poszczególnych artykułów w poz. od 1 do 174.

W poz. 71 opisał wymagania dla lodówki jednodrzwiowej: *„Kolor: Biały lub inox Wysokość [cm]: min. 178,0 Szerokość [cm]: ok. 59.5 Głębokość [cm]: ok 65.8 Pojemność netto [l]: min. 365 bez zamrażalnika, Roczne zużycie energii [kWh]: max 90, Poziom hałasu [dB]: max 39, Ilość półek: min. 5 szt. Rodzaj półek: Pełnej szerokości, szklane z obramowaniem, ze szkła bezpiecznego. Klasa klimatyczna: SN-N. Możliwość przełożenia drzwi, Oświetlenie: LED Nóżki: regulowane stopy, stałe rolki z tyłu. Sterowanie: Elektroniczne Automatyczne rozmrażanie, alarm niedomkniętych drzwi.”*

Natomiast w poz. 74 zamawiający opisał wymagania dla zmywarki 60 cm: *„do zabudowy, w pełni zintegrowana, min. 13 kompletów naczyń, Klasa efektywności energetycznej: min. A+++, Klasa efektywności suszenia: min. A, Poziom hałasu: max 44 dB, programy i funkcje: min. 4 programów, Wymiennik ciepła, Technika naprzemiennego mycia, Materiał, z którego wykonana jest komora zmywarki: stal szlachetna, Obsługa od góry, Wyświetlacz z informacją o czasie pozostałym do końca programu, Sygnał akustyczny końca programu, Programowanie czasu startu: 1-24 h, Kosz na sztućce.”*

Z kolei w pkt 10.15 SIWZ zamawiający określił dokumenty jakich będzie wymagał na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez niego, wskazując, iż: *„W zakresie wykazania spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, wykonawca wraz z ofertą złoży: Opis oferowanych mebli, który powinien zawierać zdjęcie/rysunek oferowanego wyrobu, nazwę producenta, nazwę własną wyrobu ( systemu ) oraz opis techniczny zawierający*

*niezbędne informacje pozwalające na weryfikację wyrobu opisanego w OPZ z wyrobem oferowanym. Opisy winny nawiązywać do poszczególnych pozycji z OPZ.”.*

Wykonawca - M.B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BENER M.B., załączył do oferty karty katalogowe poszczególnych mebli biurowych i urządzeń AGD, w tym kartę katalogową lodówki jednodrzwiowej, wskazując producenta i model: ZANUSSI/ZRA40100WA spec. (strona 33 oferty) oraz kartę katalogową zmywarki 60 cm., wskazując na producenta i model: Bosch, SMV69N20EU spec. (strona 99 oferty).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy „BENER” M.B. ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji w zakresie parametrów technicznych oferowanych przez niego urządzeń oraz oznaczeń ich modeli, co miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania, Izba stwierdziła co następuje.

*Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.*

Jak wynika z brzmienia powołanego powyżej przepisu wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga łącznego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie złożenia nieprawdziwych informacji oraz co najmniej możliwości wpływu tych informacji na wynik postępowania.

Nie ulega też wątpliwości, że zastosowanie przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga ponadto udowodnienia, że złożone informacje są niezgodne ze stanem faktycznym.

Izba w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1099/15, iż: *„Ustawodawca wprowadzając przedmiotowy przepis stworzył zamawiającemu narzędzie do ochrony przed działaniami podejmowanymi ze strony wykonawców, które prowadzą do wypaczenia procesu udzielania zamówienia publicznego. Jest to więc instrument pozwalający zamawiającemu na eliminowanie zjawisk patologicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od oceny tych czynności i zachowań na gruncie innych przepisów prawa. Oznacza to, że dążeniem ustawodawcy było zagwarantowanie zamawiającemu możliwości bezpośredniej i natychmiastowej reakcji w postępowaniu niezależnie od tego, że dane zachowanie powinno podlegać ocenie w świetle chociażby norm prawnokarnych. (...) Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że brzmienie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. nie pozostawia wątpliwości, że złożenie nieprawdziwych informacji ma wpływ na wynik prowadzonego postępowania nie tylko*



*wtenczas, kiedy związek przyczynowo skutkowy zachodzący pomiędzy złożeniem nieprawdziwych informacji a wynikiem postępowania jest oczywisty i jest to okoliczność pewna, czyli skutkiem złożenia nieprawdziwych informacji jest wypaczenie wyniku postępowania, ale tożsamo należy ocenić sytuację, w której złożenie nieprawdziwych informacji nie zawsze doprowadzi do wskazanego skutku, ale samo zaistnienie już takiej możliwości, jeśli mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.”.*

W ocenie Izby, w sprawie będącej przedmiotem odwołania, ziściły się przesłanki określone w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wobec wykonawcy M.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BENER M.B..

Otóż, wykonawca ten składając ofertę oraz zamieszczając w niej szczegółowe opisy poszczególnych mebli i urządzeń AGD na tzw. kartach katalogowych, potwierdził m.in., iż oferowana przez niego lodówka jednodrzwiowa ZANUSSI ZRA40100WA spec. posiada alarm niedomkniętych drzwi, a nadto roczne zużycie energii [kWh] wynosi 90, a także potwierdził, że oferowana przez niego zmywarka Bosch, SMV69N20EU spec. posiada klasę efektywności energetycznej A+++, co zresztą było zgodne z wymaganiami zamawiającego. Wskazał również na konkretnych producentów tych urządzeń, jak i na konkretne modele.

Jednocześnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia odwołujący – pismem z dnia 8 czerwca 2016 roku - poinformował zamawiającego, iż z uzyskanych przez niego informacji, urządzenie ZANUSSI ZRA40100WA spec. nie istnieje na rynku, a urządzenie ZANUSSI ZRA40100WA nie posiada wymaganych parametrów przez zamawiającego w zakresie rocznego zużycia energii, bowiem urządzenie posiada roczne zużycie energii 148 kWh oraz nie posiada alarmu niedomkniętych drzwi, na dowód czego przedłożył zamawiającemu kartę techniczną lodówki ZANUSSI ZRA40100WA. Ponadto, odniósł się do zmywarki 60 cm., wskazując, iż oferowana przez firmę BENER zmywarka o symbolu Bosch SMV69N20EU nie posiada wymaganej klasy efektywności energetycznej: min. A+++, gdyż urządzenie to posiada jedynie klasę A++, na dowód czego przedłożył zamawiającemu kartę techniczną ww. zmywarki. Dodatkowo, odwołujący zwrócił się do zamawiającego z pismem z dnia 9 czerwca 2016 roku wskazując na konieczność dogłębnej analizy oferty złożonej przez firmę BENER M.B..

Zamawiający pismem z dnia 10 czerwca 2016 roku zwrócił się do wykonawcy M.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BENER M.B., m.in. z prośbą o potwierdzenie, że oferowane urządzenie lodówka jednodrzwiowa - ZANUSSI ZRA40100WA spec. posiada następujące parametry: a) roczne zużycie energii [kWh]: max 90; b) alarm niedomkniętych drzwi oraz, że urządzenie zmywarka 60cm. - Bosch SMV69N20EU spec. posiada klasę efektywności energetycznej A+++. Jednocześnie w

uzasadnieniu przedmiotowego pisma zamawiający wskazał, że urządzenie ZANUSSI ZRA40100WA spec. nie istnieje na rynku, dostępna jest lodówka ZANUSSI ZRA40100WA, której roczne zużycie energii wynosi 148 kWh oraz nie posiada alarmu niedomkniętych drzwi, zaś urządzenie Bosch SMV69N20EU ma klasę efektywności energetycznej: min. A++.

Wykonawca M.B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BENER M.B. w wyjaśnieniach złożonych w dniu 15 czerwca 2016 roku wskazał jedynie, iż modyfikuje produkty będące w ogólnodostępnej sprzedaży, tak by spełniały wymagania zamawiającego oraz oświadczył, iż w związku z tym dostarczy produkty zgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Jednocześnie wykonawca w żaden sposób nie określił, jak będzie dokonywał owej modyfikacji.

Zamawiający, ponownie pismem z dnia 28 czerwca 2016 roku, zwrócił się do wykonawcy M.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BENER M.B. z prośbą o wyjaśnienie w jaki sposób wykonawca zapewni niezmiennosc pozostałych właściwości urządzeń po ich modyfikacji we wskazanym uprzednio zakresie oraz o wskazanie w jaki sposób w odniesieniu do klasy efektywności energetycznej zmywarki oraz w odniesieniu do rocznego zużycia energii w lodówce, wykonawca wypełni obowiązki informacyjne o zużyciu energii wynikające z ustawy z dnia 14 września 2012 roku o informowaniu o zużyciu energii przez produkty wykorzystujące energię oraz o kontroli realizacji programu znakowania urządzeń biurowych.

W odpowiedzi na ww. pismo wykonawca w dniu 29 czerwca 2016 roku przedstawił wyjaśnienia, w których wskazał, że modyfikacji ulegną tylko niektóre właściwości produktu, tak by po przeprowadzonej modyfikacji spełniały wymagania zamawiającego oraz, że modyfikacja nie wpłynie na pozostałe właściwości i parametry urządzeń, które pozostaną niezmiennie. Jednocześnie oświadczył, iż modyfikacja zostanie wykonana z należytą starannością i zgodnie z obowiązującymi normami oraz procedurami przewidzianymi dla wykonania takich czynności, zaś po przeprowadzonej modyfikacji urządzenie będzie spełniać wszystkie parametry wymagane przez zamawiającego. Wykonawca wskazał również, iż po przeprowadzonej modyfikacji przekaże on produkt do zewnętrznej firmy, która podda modyfikowane urządzenie badaniu pod względem efektywności energetycznej oraz rocznego zużycia energii, a w przypadku, gdy zewnętrzna firma wyda negatywną opinię na temat powodzenia modyfikacji wykonawca zastrzegł, że dostarczy zamawiającemu urządzenia spełniające wymagania przedstawione w SIWZ, stwierdzając, iż alternatywą dla modyfikowanych produktów są lodówka LIEBHERR KBes 4350 Premium oraz zmywarka Bosch SMV68N60EU. Podkreślił jednocześnie, iż dostarczy on produkty zgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ.

Biorąc pod uwagę zarówno treść oferty złożonej przez wykonawcę M.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BENER M.B., jak i treść złożonych przez niego wyjaśnień w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 15 oraz 29 czerwca 2016 roku, jak również karty katalogowe urządzeń - lodówki ZANUSSI ZRA40100WA i zmywarki Bosch SMV69N20EU, przedstawione przez odwołującego zamawiającemu przy piśmie z dnia 8 czerwca 2016 roku, Izba uznała, że potwierdził się zarzut złożenia nieprawdziwych informacji przez ww. wykonawcę mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że z treści oferty złożonej przez wykonawcę M.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BENER M.B., nie wynika, iż oferowane przez niego produkty, w tym lodówka ZANUSSI ZRA40100WA spec. i zmywarka Bosch SMV69N20EU spec. będzie poddana modyfikacji w celu uzyskania parametrów oczekiwanych przez zamawiającego. Z opisu tych urządzeń zawartych na tzw. kartach katalogowych, załączonych do oferty ww. wykonawcy, wynika bowiem, że oferowane produkty spełniają wszystkie wymagania zamawiającego zawarte w OPZ, stanowiącym Część III SIWZ. Nie wynika natomiast w żaden sposób z treści oferty, że konieczna będzie modyfikacja urządzeń pochodzących od konkretnych producentów, tak aby dopiero zapewnić zgodność oferowanych produktów z wymaganiami określonymi w OPZ, w tym w zakresie konkretnej klasy efektywności energetycznej czy rocznego zużycia energii. Dopiero, jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, powstały w związku z otrzymaniem przez zamawiającego informacji od innego wykonawcy, biorącego udział w tym postępowaniu, tj. od odwołującego, iż oferowane przez M.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BENER M.B., lodówka ZANUSSI ZRA40100WA spec. oraz zmywarka Bosch SMV69N20EU spec. nie istnieją na rynku, zaś dostępne są na rynku urządzenia bez oznaczenia „spec.”, tj. lodówka ZANUSSI ZRA40100WA i zmywarka Bosch SMV69N20EU, nie spełniają wszystkich parametrów wymaganych przez zamawiającego, tj. lodówka cechuje się rocznym zużyciem energii przekraczającym max. poziom określony przez zamawiającego oraz nie posiada alarmu niedomkniętych drzwi, zaś zmywarka nie posiada minimalnej klasy efektywności energetycznej, tj. A+++.

Wykonawca został wezwany w tym zakresie do wyjaśnień i dopiero z treści wyjaśnień zamawiający powziął informację, iż wykonawca zakłada modyfikację urządzeń dostępnych na rynku, tak by spełniały wszystkie parametry określone przez zamawiającego, przy czym w ogóle nie wyjaśnił w jaki sposób zamierza dokonać tej modyfikacji, a w szczególności nie wykazał, że faktycznie ma możliwość dokonania modyfikacji urządzeń AGD. Słusznie też odwołujący zwracał uwagę, że ewentualne przygotowanie specjalnego modelu chłodziarki czy zmywarki w pojedynczych egzemplarzach przez jakiegokolwiek podmiot, w tym nawet przez wyspecjalizowanych

producentów markowych produktów wymagałoby poniesienia znacznych nakładów, wykonania niezbędnych badań i testów oraz byłoby czasochłonne.

Niezależnie od wątpliwości co do faktycznej możliwości dokonania modyfikacji urządzeń AGD w sposób zakładany przez wykonawcę M.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BENER M.B. oraz jej dopuszczalności w świetle postanowień SIWZ, stwierdzić należy, że z wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę w dniu 29 czerwca 2016 roku wprost wynika, że oferowane przez niego produkty o zakładanych symbolach i parametrach nie istnieją i nie wiadomo, czy faktycznie zakładana modyfikacja pozwoli na uzyskanie produktu spełniającego wymagania zamawiającego. Powyższe wynika bezpośrednio ze stwierdzenia, iż: *„Po przeprowadzonej modyfikacji Wykonawca przekaże produkt do zewnętrznej firmy, która podda modyfikowane urządzenie badaniu pod względem efektywności energetycznej oraz rocznego zużycia energii. Jeżeli zewnętrzna firma wyda negatywną opinię na temat powodzenia modyfikacji firma Bener M.B. dostarczy Zamawiającemu urządzenia spełniające wymagania przedstawione w SIWZ dla postępowania nr NZM.231.12.2016.KP. Alternatywą dla modyfikowanych produktów są: lodówka - LIEBHERR KBes 4350 Premium oraz zmywarka - BOSCH SMV68N60EU”*. Zatem, wykonawca, alternatywnie, na wypadek niepowodzenia rzekomej modyfikacji, założył możliwość przedstawienia zamawiającemu zamiennych urządzeń, które nie zostały wskazane w treści oferty. Nadto, słusznie zauważył odwołujący, zamawiający w pkt 7.1. SIWZ zawarł postanowienie, iż nie dopuszcza składania ofert wariantowych. Zatem takie rozwiązanie, nie jest zgodne z treścią SIWZ, nawet jeśli wynikałoby z treści samej oferty.

Jednocześnie z całą stanowczością należy stwierdzić, że zamawiający nie mógł uznać takiego stwierdzenia wykonawcy jedynie za „czysto hipotetyczne”, co podnosił podczas rozprawy w dniu 20 lipca 2016 roku, a także w piśmie z dnia 7 lipca 2016 roku, skierowanym do ww. wykonawcy o odtajnieniu informacji, w którym wskazywał, iż: *„zaoferowanie innych urządzeń niż wskazane w ofercie, stanowi sytuację hipotetyczną oraz jest niedopuszczalne na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby nie zastrzeżenie Wykonawcy, że zmodyfikowane produkty będą odpowiadały SIWZ, te wyjaśnienia ocenione winny być jako niedozwolone negocjowanie oferty oraz dokonywanie zmian w jej treści (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp)”*. Zamawiający bowiem mając wątpliwości w stosunku do treści złożonej oferty oraz dysponując wyjaśnieniami wykonawcy, które choć miały zniwelować te wątpliwości, to w konsekwencji, wskazują na rozwiązania sprzeczne z ustawą Pzp, nie może uznać, że część wyjaśnień jest tylko hipotetyczna i nie ma żadnego znaczenia dla oceny treści złożonej oferty. Niewątpliwie należy brać pod rozwagę całokształt złożonych wyjaśnień, jak i treść złożonej oferty.

Resumując, stwierdzić należy, że wykonawca M.B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BENER M.B., swoim oświadczeniem, potwierdził w treści oferty, że oferowane przez niego produkty, w tym lodówka ZANUSSI ZRA40100WA spec. i zmywarka Bosch SMV69N20EU spec. spełniają wymagania określone przez zamawiającego w OPZ, stanowiącym Część III SIWZ. Jednocześnie z dodatkowego oznaczenia „spec.” nie wynika, iż nie są to modele dostępne na rynku i, że będą one poddane modyfikacji, której zresztą nie będzie wykonywał producent, a wynika to dopiero z treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, w związku z wezwaniem wystosowanym przez zamawiającego. Ponadto, treść wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2016 roku, jak już wyżej podniesiono, wskazuje, na to, że oferowane przez wykonawcę ww. urządzenia nie istniały na dzień składania wyjaśnień, a tym bardziej na dzień składania ofert, albowiem wykonawca poinformował zamawiającego, iż „modyfikacji ulegną”, co wskazuje na czas przyszły, a sam wykonawca nie jest w stanie zagwarantować, że modyfikacja zakończy się sukcesem i proponuje alternatywne rozwiązanie, nie wynikające z treści oferty, w przypadku, gdyby została wydana negatywna opinia w zakresie przeprowadzonej modyfikacji urządzeń.

Powyższe wskazuje w sposób nie budzący wątpliwości, że wykonawca M.B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BENER M.B., składając ofertę, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a dotyczące oferowanych urządzeń oraz uczynił to umyślnie w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Ponadto, Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty „BENER” M.B., która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.* W ocenie Izby przedstawione powyżej okoliczności faktyczne potwierdzają, iż oferta złożona przez ww. wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ w zakresie oferowanych urządzeń. Jednakże Izba, nie nakazała odrzucenia oferty ww. wykonawcy w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż uprzednio potwierdził się zarzut złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w konsekwencji czego Izba nakazała zamawiającemu wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Izba również uznała, że w konsekwencji powyżej wskazanych naruszeń przepisów prawa potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

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

**Przewodniczący: .....**