

Sygn. akt: KIO 264/14

KIO 344/14

WYROK

z dnia 6 marca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2014 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 13 lutego 2014 roku przez wykonawcę **Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
- B. w dniu 21 lutego 2014 roku przez wykonawcę **P..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "OPTIMA" P..... W..... z siedzibą w Kleosinie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Choroszcz**

orzeka:

1. Uwzględnić oba odwołania i nakazać unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Sanito, a także powtórzenie

czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Sanito w trybie art. 26 ust. 4 do złożenia wyjaśnień w zakresie wymienionym w uzasadnieniu orzeczenia,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Choroszcz** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i P..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "OPTIMA" P..... W..... z siedzibą w Kleosinie** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Gminy Choroszcz** na rzecz wykonawcy **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od **Gminy Choroszcz** na rzecz wykonawcy **P..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "OPTIMA" P..... W..... z siedzibą w Kleosinie** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) 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

sygn. KIO 264/14

W dniu 13 lutego 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2013 poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Zamawiający - Gmina Choroszcz w trybie przetargu nieograniczonego na *Dostawę i montaż kolektorów słonecznych służących do przygotowania ciepłej wody użytkowej w ramach realizacji zadania dostawy i montażu zestawów płaskich kolektorów słonecznych w budynkach mieszkalnych indywidualnych użytkowników i obiektach użyteczności publicznej Gminy Choroszcz w projekcie pn.: „Odnawialna energia słoneczna sposobem na poprawę czystości powietrza na terenie Gminy Choroszcz”.*

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

- 1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy nie zachodzą przesłanki określone w treści tego przepisu umożliwiające unieważnienie postępowania;
- 2) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania, od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, uzupełnienia wymaganych Rozporządzeniem o dokumentach zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w związku z nieuzasadnionym przyjęciem przez Zamawiającego, że zaoferowane przez Odwołującego kolektory słoneczne nie posiadają przepuszczalności solarnej na poziomie min. 93%;
- 4) naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, (względnie naruszenie art. 89 ust. 1 ustawy) w związku wątpliwościami i niejednoznaczny charakterem informacji nt. przepuszczalności solarnej zaoferowanych przez Odwołującego kolektorów słonecznych oraz w związku z powstającymi wątpliwościami i rozbieżnościami występującymi w porównaniu do ofert innych wykonawców, którzy zaoferowali analogiczne urządzenia, o czy może świadczyć treść uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy tj. Antinus Sp. z o.o. (tożsame zastrzeżenie jeśli chodzi o parametr

91,5%), w zakresie dotyczącym potwierdzenia przepuszczalności solarnej kolektorów słonecznych, tożsamy z tymi które zaoferował Odwołujący;

5) w konsekwencji naruszenia wobec Odwołującego art. 26 ust. 4 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - również naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe OPTIMA P..... W....., ul. Zambrowska 18 lok. 1, 16-001 Kleosin - Białystok, zwanej dalej „Optima”, w związku z tym, że oferta Odwołującego przedstawiałaby korzystniejszy bilans punktowy według określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert;

6) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z niewykazaniem przez Optima spełniania warunków udziału w postępowaniu, względnie zaniechanie zastosowania wobec tego wykonawcy zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie konieczności złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, określonych w SIWZ i wynikających z 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, zwane dalej „Rozporządzeniem o dokumentach”.

7) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Optima, na skutek niezgodności oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, względnie naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w związku z zaniechaniem wezwania do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów lub złożenia wyjaśnień;

8) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, w tym Antinus Sp. z o.o., jako niejawnych części ofert, dotyczących w szczególności realizowanych dostaw oraz wykazu osób i oświadczeń, przedkładanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, pomimo, że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania, albowiem naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania oraz unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Optima;

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym również ujawnienie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;

3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert i wymagań.

Odwołujący podkreślił, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Uchybienia dokonane przez Zamawiającego mogą zostać naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy, wskazanych w odwołaniu.

Informacja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, oraz wcześniejsza informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również o odrzuceniu oferty Odwołującego, będące podstawą zarzutów zostały ujawnione odpowiednio w dniach 11.02.2014 r. i 03.02.2014 r. Odwołanie wniesiono w dniu 13.02.2014 r., co oznacza dochowano terminu określonego w art. 182 ust, 1 pkt 1) ustawy Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu. Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15.000,00 zł na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zaznaczono, że Zamawiający, pismem z dnia 11.02.2014 r. zawiadomił o unieważnieniu postępowania. Jako podstawę unieważnienia podano przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym podstawy unieważnienia Zamawiający wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, Zamawiający ma obowiązek żądać od Wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na mocy art. 26 ust. 1 ustawy. Wskazał, że zarówno w SWIZ i ogłoszeniu o zamówieniu ogłoszonym w dniu 28.11.2013 r. , nie żądano dokumentów od Wykonawców dotyczących aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz pkt 9 i 10 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, które są wymagane obligatoryjnie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy i § 3 ust. 1 pkt 5, 6 i 7 Rozporządzenia o dokumentach.

W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, że nie może dokonać oceny ofert Wykonawców odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24

ust. 1 dotyczącego braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, wskazując, że nie może żądać od Wykonawców dokumentów, które nie były wymagane w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający wskazał, przy tym, że nie można wykluczyć, że Wykonawcy, którzy złożyli oferty zostaliby wykluczeni w oparciu o dane z Krajowego Rejestru Karnego. Takie okoliczności faktyczne, Zamawiający zakwalifikował na mocy art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, jako okoliczności będące podstawą unieważnienia postępowania, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący nie podziela przedstawionego przez Zamawiającego stanowiska. W ocenie Odwołującego nie zaistniały przesłanki umożliwiające unieważnienie postępowania. Zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 pkt 5) ustawy, SIWZ zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania spełniania tych warunków. Z kolei zgodnie z pkt 6) tego przepisu należy wskazać wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Analogicznie z prawnego punktu widzenia, przedstawia się interpretacja wymagań koniecznych do opisanego w treści ogłoszenia. Zgodnie z treścią art. 41 ustawy, w treści ogłoszenia należy wskazać informacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. W konsekwencji mając na uwadze, treść art. 22 ust. 1 ustawy zawierający katalog możliwych do określenia rodzajów i zakresu warunków udziału w postępowaniu, nie sposób przyjąć, że w zakresie tychże warunków mieści się również konieczność określenia podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ustawy. Przepisy ustawy Pzp wyraźnie odróżniają pojęcie warunków udziału w postępowaniu od pojęcia podstawy do wykluczenia z postępowania. Tym samym, brak określenia i wymagania dokumentów nie przynależnych do warunków udziału w postępowaniu, a leżących w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania, albowiem nie stanowi takiego rodzaju uchybienia, które zawierałoby się w zakresie normowania przepisu art. 93 ust. pkt 7 ustawy.

Niezależnie, jednak od tych rozważań, należy zwrócić uwagę, na dużo dalej idący wniosek i interpretację. Mając na uwadze treść § 3 ust. 1 Rozporządzenia o dokumentach, stanowiący, że 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 określonych dokumentów, zauważyć należy obligatoryjny charakter przepisu. Moc obowiązująca postanowień jest niezależna od faktu umieszczenia przepisu w treści SIWZ,

tym bardziej że przepisy ustawy nie wymagają wprost, aby treść SIWZ zawierała określenie tego rodzaju dokumentów.

Powyższe zapatrywanie Odwołującego potwierdza dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. I tak należy wskazać na: orzeczenie z dnia 9 stycznia 2012 r., KIO 2744/ 11; wyrok z dnia 30 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2724/10.

W konsekwencji, nie sposób przyjąć zasadność poglądu Zamawiającego o możliwości unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy SIWZ wprost nie informował o wymogu przedłożenia dokumentów, które z mocy obowiązujących przepisów ustawy winny być przedkładane. Tym samym Zamawiający poza naruszeniem przepisu, naruszył również postanowienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od Wykonawców uzupełnienia wymaganych Rozporządzeniem o dokumentach zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego.

Odnosnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w związku z nieuzasadnionym przyjęciem przez Zamawiającego, że zaoferowane przez Odwołującego kolektory słoneczne nie posiadają przepuszczalności solarnej na poziomie min. 93% oraz naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, (względnie naruszenie art. 89 ust. 1 ustawy) w związku wątpliwościami i niejednoznacznym charakterem informacji nt. przepuszczalności solarnej zaoferowanych przez Odwołującego kolektorów słonecznych oraz w związku z powstającymi wątpliwościami i rozbieżnościami występującymi w porównaniu do ofert innych wykonawców, którzy zaoferowali analogiczne urządzenia, o czym może świadczyć treść uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy tj. Antinus Sp. z o.o. (tożsame zastrzeżenie jeśli chodzi o parametr 91,5%), w zakresie dotyczącym potwierdzenia przepuszczalności solarnej kolektorów słonecznych, tożsamych z tymi które zaoferował Odwołujący podniesiono, że:

Odwołujący pismem z dnia 14.01.2014 r. został wezwany do uzupełnienia dokumentów, m.in. potwierdzających zgodność parametru przepuszczalności solarnej. Jednakże, dokonana przez Zamawiającego ocena uzupełnionych dokumentów była niewłaściwa, w szczególności została przeprowadzona z naruszeniem przepisów o równym traktowaniu wykonawców w postępowaniu. Odwołujący w odpowiedzi na wystosowane wezwanie przedłożył sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez Laboratorium Badawcze Termicznych Kolektorów Słonecznych CENER, z których nie wynika jak twierdzi Zamawiający, że przenikalność solarna przykrycia wynosi 91,5%, zaś wynika, że wynosi 91,5% +/- 2,5%. W konsekwencji, Zamawiający arbitralnie przyjął jako jedynie słuszną wartość 91,5%, nie analizując podstaw dla określonej w tym parametrze wartości + /- 2,5%

i pomijając tak istotny fakt. Zamawiający zaniechał badania przyczyn takiego stanu rzeczy, pomijając przy tym istotne okoliczności dla prawidłowości oceny oferty Odwołującego, w tym pomijając ocenę ofert innych wykonawców, w których to wykonawcy mogli zastosować ten sam typ urządzeń podając i dokumentując inną wartość spornego parametru.

Zamawiający, w każdym przypadku, gdy istnieją wątpliwości, rozbieżności w związku ze złożonymi oświadczeniami i dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, ma obowiązek wezwać w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień, czego w tym postępowaniu Zamawiający zaniechał. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, albowiem nie było podstaw do odrzucenia oferty.

W konsekwencji naruszenia wobec Odwołującego art. 26 ust. 4 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający naruszył również naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Optima, w związku z tym, że oferta Odwołującego przedstawiałaby korzystniejszy bilans punktowy według określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Odnosnie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z niewykazaniem przez Optima spełniania warunków udziału w postępowaniu, względnie zaniechaniem zastosowania wobec tego wykonawcy zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie konieczności złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, określonych w SIWZ i wynikających z Rozporządzenia o dokumentach, Odwołujący wskazał, że uchybieniem było nieprzedstawienie przez Optima dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie lub też w konsekwencji Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia tych dokumentów - obligatoryjnie wymaganych w świetle postanowień § 1 ust. 1 pkt 3) Rozporządzenia o dokumentach.

W przypadku naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Optima, na skutek niezgodności oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, względnie naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w związku z zaniechaniem wezwania do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów lub złożenia wyjaśnień, stwierdzono, że zgodnie z zapisami SIWZ (załącznik nr 7 do SIWZ, str. 6 pkt. 2.1 wraz ze zmianą treści SIWZ z dnia 17.12.2013 r.) Zamawiający podał charakterystykę kolektorów (w tabeli). Pod tabelą widnieje zapis: „Powyższe parametry proponowanych kolektorów (moc użyteczna, sprawność, współczynniki a1, a2, potwierdzone w postaci załącznika z badań do certyfikatu Solar Keymark oraz badań na zgodność z normą PN-EN 12975-1 i 12975-2 (zakres badań jest określony w normie PN-EN 12975-2 - tab. Nr 1, obowiązujący w odniesieniu do kolektorów płaskich wypełnianych płynem niezamarzającym,

rozpatrywane będą tylko te oferty, które zawierać będą pozytywne wyniki badań dla poszczególnych punktów z tabeli)”.
Załączony do oferty przetargowej Optima certyfikat kolektora firmy MEMBRO Energietechnik Sp. z o.o. & Sp. Kom nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie współczynnika a1. Według tabeli opisującej charakterystykę kolektora, współczynnik $a_1 = \max. 4.3 \text{ W/m}^2 * \text{K}$. Według certyfikatu oraz załącznika do certyfikatu dla kolektorów f-my MEMBRO współczynnik $a_1 = 4.341 \text{ W/m}^2 * \text{K}$.

Zamawiający swoje stanowisko podtrzymał również udzielając odpowiedzi na pytanie jednego z oferentów z dnia 18.12.2013r

„Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie kolektorów słonecznych o innych współczynnikach a_1 i a_2 , ale posiadających większą moc i uzyski energetyczne? O parametrach energetycznych kolektora świadczy jego moc i uzysk energetyczny.

Odp. Nie - są one istotnymi parametrami do określania właściwości kolektora wg PN-EN-12975 - Zamawiający informuję o zmianie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w dniu 17.12.2013 r.”

Zgodnie z zapisami SIWZ (załącznik nr 7 do SIWZ, str. 6 pkt. 2.1 wraz ze zmianą treści SIWZ z dnia 17.12.2013r) Zamawiający wymaga dostarczenia symulacji potwierdzających uzyski energetyczne zaproponowanych zestawów solarnych.

Program musi uwzględniać:

- profil rozbioru c.w.u.
- warunki klimatyczne
- uwzględnienie długości i parametrów cieplnych rur łączących
- schemat hydrauliczny”

Symulacje dostarczone przez firmę OPTIMA nie potwierdzają wymaganych przez Zamawiającego uzysków. Zgodnie z wymogiem symulacje wykonywane w programie równoważnym do T_{sol} muszą uwzględniać między innymi: warunki klimatyczne. Przedstawione symulacje dotyczą miejscowości WURZBURG, gdzie suma rocznego promieniowania słonecznego wynosi $1095,6 \text{ kWh/m}^2 * \text{rok}$, natomiast dla miejscowości Białystok (lokalizacyjnie miejscowość najbliższa warunkami klimatycznymi) $1043,36 \text{ kWh/m}^2 * \text{rok}$. Tak znaczna różnica w nasłonecznieniu powoduje nie spełnienie wymogów SIWZ w zakresie zarówno wykonania samych symulacji jak i potwierdzenia wymaganych uzysków.

W charakterystyce kolektorów, które będą brane pod uwagę przez Zamawiającego widnieje zapis, że uzysk roczny kolektora nie może być mniejszy niż 480 kWh/m^2 . Trzy z dostarczonych przez OPTIMA symulacji nie spełniają tego założenia (uzyski wynoszą w tych przypadkach 457 kWh/m^2 , 466 kWh/m^2 , 474 kWh/m^2 .

Zaproponowany przez firmę OPTIMA ciepłomierz nie spełnia wymogów SIWZ. Załączone do oferty dokumenty nie potwierdzają możliwości pracy na glikolu. Zgodnie z SST Zamawiający wymagał: „możliwości pracy na glikolu (wiarygodność odczytu)”. Przedstawiony ciepłomierz nie spełnia wymogu wiarygodności odczytu. Weryfikacja metrologiczna wykonywana jest na wodzie.

Ponadto, należy dodatkowo zwrócić uwagę, że Zamawiający wymagał potwierdzenia współczynnika przewodzenia nie wyższego niż 0.035 W/m K - SST pkt. 2 ppkt. 2.2 - brak natomiast w dokumentacji Wykonawcy Optima stosownych dokumentów.

W związku z powyższym treść oferty złożonej przez firmę OPTIMA nie jest zgodna z zapisami treści SIWZ, tym samym Zamawiający naruszył wskazywane przez Odwołującego przepisy.

W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, w tym Antinus Sp. z o.o., jako niejawnych części ofert, w szczególności dotyczących realizowanych dostaw oraz wykazu osób i oświadczeń, przedkładanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, pomimo, że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący stwierdził, że informacje zawarte w zastrzeżonych częściach ofert Wykonawców, w tym w ofercie Antinus Sp. z o.o., nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Legalna definicja pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest warunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym. I tak, zarówno w odniesieniu do Wykazu dostaw jak i wykazu osób oraz oświadczeń, które dotyczą realizowanych projektów na rzecz podmiotów publicznych z zasady są jawne i podlegają udostępnieniu. Stanowisko powyższe wielokrotnie potwierdzane było w orzecznictwie KIO, np. KIO 657/11, KIO 1730/11, KIO 1438/11. Podobnie, powyższe dotyczy informacji o podmiotach udostępniających potencjał, szczególnie, gdy realizacje udostępniane dotyczyły umów zawartych z podmiotami publicznymi. Poza tym, sama w sobie treść zobowiązania innego podmiotu nie zawiera żadnych szczególnych informacji, które stanowiłyby wypełnienie przesłanek świadczących o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa - tak np. w wyroku KIO 776/12.

W świetle powyższego, bezzasadne jest utrzymywanie tajemnicy informacji, które przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą mieć. W tym zakresie Zamawiający zaniechał czynności odtajnienia części ofert, wobec czego naruszył przepisy ustawy.

W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy ustawy Pzp, Odwołujący uznał, że wniesienie odwołania jest uzasadnione i konieczne.

sygn. akt KIO 344/14

21 lutego 2014 roku do Prezesa KIO w prowadzonym postępowaniu wpłynęło odwołanie złożone przez wykonawcę P..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „OPTIMA” P..... W..... z siedzibą w Kleosinie (zwany dalej „Odwołujący Optima”).

Odwołujący Optima zarzucał Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia poprzez unieważnienie postępowania wobec uznania, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy wada, którą obciążone było postępowanie była wadą możliwą do usunięcia, a tym samym nie zachodziły przesłanki określone w tym przepisie uzasadniające unieważnienie postępowania;
- 2) naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia poprzez niewezwanie wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, podczas gdy, w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawcy mają obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, m.in. braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z uwagi na prawomocne skazanie za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na względzie zarzuty Odwołujący Optima wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania wykonawców biorących udział w postępowaniu do uzupełnienia wymaganych przepisami prawa oświadczeń i dokumentów poprzez złożenie zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego.

Odwołujący Optima wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, a tym samym i interes we wniesieniu odwołania. Oferta złożona przez Odwołującego w postępowaniu

została wybrana przez Zamawiającego, natomiast wskutek unieważnienia postępowania Odwołujący nie może realizować udzielonego mu zamówienia. Odwołujący w ten sposób poniósł szkodę w postaci kosztów związanych z przygotowaniem oferty i jego udziałem w unieważnionym postępowaniu, a także - wobec unieważnienia postępowania - traci korzyści, z jakimi wiązała się realizacja zamówienia.

Informacja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania będąca podstawą zarzutów została ujawniona w dniu 11 lutego 2014 roku. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis od odwołania w wymaganej wysokości został uiszczony przez Odwołującego na rachunek UZP.

Zamawiający pismem z dnia 11 lutego 2014 roku zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PzpP wobec uznania, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, Zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na mocy art. 26 ust. 1 ustawy. W SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie żądał dokumentów od wykonawców dotyczących aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 9,10 i 11 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, które są wymagane obligatoryjnie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i § 3 ust.1 pkt 5, 6 i 7 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. z 2013 r. poz. 231). W związku z powyższym, Zamawiający nie mógł dokonać oceny ofert wykonawców odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp dotyczącego braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy. Zamawiający uzasadnił to twierdzeniem, że nie mógł żądać od wykonawców dokumentów, które nie były wymagane w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Uznał jednocześnie, że nie można wykluczyć, że wykonawcy, którzy złożyli oferty, zostaliby wykluczeni w oparciu o dane z Krajowego Rejestru Karnego.

Wobec powyższego Zamawiający, na mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp unieważnił postępowanie, uznając, że postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

publicznego. Zamawiający wskazał, że w takim przypadku nie może zawrzeć umowy niepodlegającej unieważnieniu, gdyż na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 i art. 41 pkt 7 ustawy poprzez brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący Optima zaznaczył, że nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego. Niezależnie od dokumentów i oświadczeń wymaganych od wykonawców w określonej przez Zamawiającego SIWZ, wykonawcy z mocy samego prawa są obowiązani dowieść, że nie zachodzą okoliczności uzasadniające ich wykluczenie, a jednocześnie zamawiający zobowiązany jest żądać od wykonawców potwierdzający ten fakt dokumentów.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, czy członków organów wykonawców i in., w okolicznościach wskazanych w tym przepisie.

Art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp stanowi, że SIWZ zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z kolei art. 22 ust. 1 stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Jednakże poza warunkami określonymi w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, które, zgodnie z art. 36, powinna określać SIWZ, na mocy samego art. 26 ust. 1 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. Zatem obok obowiązku spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ istnieje obowiązek wynikający z mocy samej ustawy dowiedzenia braku okoliczności uzasadniających wykluczenie z postępowania.

Przepis § 3 ust. 1 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, stanowi, że 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, określonych dokumentów, w tym aktualnej Informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Nie oznacza to jednak, że żądać może tego jedynie w SIWZ - normą tego przepisu jest obowiązek zamawiającego do żądania dokumentów mających na celu wykazanie braku podstaw do wykluczenia oraz forma dokumentów, za pomocą których wykonawca może tego dowieść.

Zatem ani z przepisów odnoszących się do treści SIWZ, ani z przepisów wskazanego rozporządzenia, nie wynika, że jeśli w SIWZ nie został określony obowiązek złożenia zaświadczenia z KRK, to zamawiający nie może go następnie żądać od wykonawcy.

Obowiązek żądania przez zamawiającego, a w konsekwencji obowiązek dostarczenia przez wykonawcę, dokumentów wskazujących na brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, jeśli nie został określony w SIWZ, to wynika z samego art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W sytuacji zatem gdy wykonawca sam nie dostarczył dokumentu, w formie określonej przez przepisy rozporządzenia, to zamawiający winien go wezwać do złożenia wymaganego dokumentu, korzystając z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Nie jest zatem prawdą, zdaniem Odwołującego Optima, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający mógł i nadal może usunąć wadę postępowania, poprzez wezwanie wykonawców, na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, do dostarczenia w przepisanej formie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Tym samym czynność Zamawiającego w postaci unieważnienia postępowania należy uznać za niezgodną z przepisem art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp i podlegającą unieważnieniu. Powyższe stanowisko Odwołującego potwierdzają orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in. wyrok z 9 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2744/11); wyrok z 30 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO 2724/10).

Zatem Odwołujący Optima ma interes w zaskarżeniu czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania. Zgodnie z zawiadomieniem Zamawiającego

z dnia 3 lutego 2014 roku o wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i spełniającą wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ.

W zakresie warunku wiedzy i doświadczenia Odwołujący Optima złożył dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw na rzecz podmiotów, dla których usługi zostały wykonane, tj. złożył wykaz instalacji zawierający daty wykonania, przedmiot zadania, wartość oraz nazwy podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane - zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ.

Załączony przez Odwołującego Optima do oferty przetargowej certyfikat kolektora firmy MEMBRO Energietechnik Sp. z o.o. & Sp. z o.o. spełnia wymogi SIWZ. Według tabeli opisującej charakterystykę kolektora współczynnik a_1 miał wynosić $4,3 \text{ W/m}^2\text{K}$. Certyfikat oraz załącznik do niego dla kolektorów firmy MEMBRO złożony przez Odwołującego w toku Postępowania wskazywał, że współczynnik a_1 wynosił $4,341 \text{ W/m}^2\text{K}$. Zamawiający nie zażądał dokładności do dwóch miejsc po przecinku, a - zgodnie z zasadami matematyki dotyczącymi zaokrąglania liczb - parametr $4,341$ spełnia warunek określony przez Zamawiającego w tabeli opisującej charakterystykę kolektora. Twierdzenie to potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 18 grudnia 2013 roku (sygn. akt KIO 2801/13).

Zamawiający w dniu 27 stycznia 2014 roku wezwał Odwołującego Optima do uzupełnienia dokumentów w zakresie symulacji potwierdzających uzyski energetyczne zaproponowanych zestawów solarnych. Następnego dnia Odwołujący uzupełnił dokumenty zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. Wymagane symulacje są zgodne z warunkami SIWZ.

Zaproponowany przez Odwołującego Optima ciepłomierz również spełnia wymogi określone w SIWZ, w tym m.in. może pracować na glikolu (Odwołujący załączył oświadczenie producenta i dokumenty legalizacyjne).

Zamawiający wymagał potwierdzenia współczynnika przewodzenia nie wyższego niż $0,035 \text{ W/m}^2\text{K}$. Według załączonej przez Odwołującego karty technicznej izolacja zbiornika wykonana jest z „twardej pianki PU (poliuretan)” - współczynnik przewodzenia poliuretanu mieści się w granicach $0,025 - 0,035 \text{ W/m}^2\text{K}$, wobec czego współczynnik wymagany przez Zamawiającego został przez Odwołującego spełniony.

Dlatego też Odwołujący Optima uznał wniesienie odwołania za konieczne.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Zamawiającego z wykonawcami i podmiotami trzecimi,

pozostalej dokumentacji postępowania, dokumentów złożonych przez Strony na rozprawie, włączonych w poczet materiału dowodowego, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron postępowania, a także stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołania na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego Sanito, którego oferta była najkorzystniejsza cenowo, a dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy OPTIMA, co oznaczać może potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego Sanito możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. W przypadku Odwołującego OPTIMA unieważnienie postępowania po uprzednim wyborze oferty tego wykonawcy i uznaniu jej za najkorzystniejszą także pozbawia wykonawcę możliwości realizacji zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołań, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, podniesiony przez obu Odwołujących, rozpoznano łącznie.

W ramach tego zarzutu, ustalono, że Zamawiający, pismem z dnia 11.02.2014 r. zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, Zamawiający ma obowiązek żądać od Wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na mocy art. 26 ust. 1 ustawy. Wskazał, że zarówno w SWIZ i ogłoszeniu o zamówieniu nie żądano dokumentów dotyczących aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz pkt 9, 10 i 11 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, które

są wymagane obligatoryjnie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy i § 3 ust. 1 pkt 5, 6 i 7 Rozporządzenia o dokumentach.

W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, że nie może dokonać oceny ofert Wykonawców odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 dotyczącego braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, a także, że nie może żądać od Wykonawców dokumentów, które nie były wymagane w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający wskazał, przy tym, że nie można wykluczyć, że Wykonawcy, którzy złożyli oferty zostaliby wykluczeni w oparciu o dane z Krajowego Rejestru Karnego. Takie okoliczności faktyczne, Zamawiający zakwalifikował jako okoliczności będące podstawą unieważnienia postępowania, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, niezasadnie dokonał czynności niweczącej to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tj. unieważnił je.

Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Wskazany przepis pozwala Zamawiającemu na unieważnienie postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten przewiduje dla Zamawiającego prawo, ale także obowiązek unieważnienia postępowania, jeśli ten stwierdzi, że nie jest możliwe dokonanie prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej danego wykonawcy i podpisanie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ postępowanie obarczone jest określonego rodzaju wadą niweczącą to postępowanie, a więc taką, której nie można już naprawić, która to wada jednocześnie nie daje możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazany przepis przez jego dyspozycję odwołuje się wprost do przesłanek warunkujących unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Aby dokonać oceny podstaw zasadności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przeprowadzić niejako analizę zdarzeń przyszłych celem ustalenia, czy ewentualne zawarcie umowy w sprawie danego zamówienia w przyszłości nie spowoduje takiej sytuacji, że właściwy organ będzie mógł w oparciu o przesłanki ustawowe dokonać jej unieważnienia. Przesłanki wskazujące na nieważność umowy zostały przez ustawodawcę zasadniczo uregulowane w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten określa

bezwzględne przesłanki dla unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego o charakterze generalnych naruszeń przepisów ustawy Pzp, których stwierdzenie wprost statuuje obowiązek unieważnienia umowy.

Niezależnie od tych bezwzględnych przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp ustawodawca wskazał także przesłankę względną, wskazującą na konieczność oceny każdego innego naruszenia przepisów ustawy Pzp w postępowaniu przez zamawiającego pod kątem wpływu tego naruszenia, bądź też możliwości wpływu tego naruszenia, na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 146 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje tutaj także, że w takiej sytuacji unieważnienia umowy będzie dokonywał sąd powszechny na podstawie wystąpienia w tym zakresie skierowanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Uwzględniając powyższe – w ocenie Izby – tak podstawy do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w ust. 1 art. 146 ustawy Pzp, jak i w ust. 6 tego przepisu, stanowią podstawę oceny pod kątem wypełniania przesłanki ustawowej wskazującej na konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o tzw. „wadę postępowania” (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

W przedmiotowej sprawie, biorąc pod uwagę określone okoliczności faktyczne sprawy, Izba dokonując takiej analizy doszła jednak do przekonania, że przesłanka z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp nie zaistniałaby, gdyby doszło do podpisania umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego. Niewątpliwie, zdaniem Izby, doszło w tym przypadku do popełnienia przez Zamawiającego przed upływem terminu do składania ofert określonych naruszeń. Zamawiający nie wskazał w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu, że żąda od wykonawców złożenia dokumentów z odpowiednich rejestrów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy w zakresie niekaralności ograniczając się do wymagania złożenia oświadczenia. Konsekwencją tego naruszenia była niemożliwość badania ofert pod kątem istnienia przesłanek warunkujących wykluczenie na podstawie dokumentów.

Niewątpliwym dla Izby było także to, że wskazane naruszenia nie mogą być aktualnie naprawione przez Zamawiającego na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po upływie terminu składania ofert). Wskazane naruszenia nie należą jednak do przesłanek wskazujących na bezwzględną konieczność unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku jej zawarcia (art. 146 ust. 1 ustawy Pzp). Zdaniem Izby naruszenia te także nie mają, i nawet nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania

(art. 146 ust. 6 ustawy Pzp). Przy wskazanej przesłance, o której stanowi art. 146 ust. 6 ustawy Pzp należałoby zatem wykazać, że gdyby nie określone naruszenie przepisów ustawy Pzp postępowanie zakończyłoby się wyborem innej oferty, bądź koniecznością unieważnienia postępowania. W ocenie składu orzekającego stwierdzone naruszenia mają charakter uchybień formalnych, które nie mają wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie wykazał, że w postępowaniu mogło dojść do wyboru oferty wykonawcy, który podlegałby wykluczeniu. Co znamienne, wykonawcy zobowiązani byli do złożenia stosowanych oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia, więc jako profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego mają świadomość, że złożenie nieprawdziwego oświadczenia skutkować może odpowiedzialnością karną, nawet jeżeli nie wymagano żadnych dokumentów potwierdzających stan wynikający ze składanych oświadczeń.

W ocenie Izby niewymaganie określonych dokumentów w postępowaniu i brak opisanie ich w SIWZ nie mogło nawet potencjalnie wpłynąć na zaburzenie zasady konkurencji w danym zamówieniu, niezależnie od tego czy mamy na myśli wykonawców krajowych, czy też zagranicznych.

Niezależnie od powyższego, nie przesądzając jednocześnie, czy regulacja rozporządzenia o dokumentach ma charakter bezwzględnie obowiązujący i czy może być zastosowana wprost, bez określenia przez Zamawiającego stosownych dokumentów w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż w przedmiotowym postępowaniu nie ma potrzeby zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów dotyczących art. 24 ust. 1 pkt 4-11 ustawy Pzp. Zamawiający żądał stosowanego oświadczenia i takie oświadczenie od wykonawców zainteresowanych postępowaniem otrzymał. Jeżeli nie ma podstaw do zakwestionowania wiarygodności oświadczenia któregośkolwiek z wykonawców, wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających złożone oświadczenie wydaje się zbędne.

Tym samym przywołane przez Zamawiającego naruszenia przepisów ustawy nie mogą stanowić podstawy do uznania, że mają one wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, a związku z tym brak było podstaw do unieważnienia postępowania.

Z tych powodów oba odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp musiały zostać uwzględnione, ponieważ stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

sygn. KIO 264/14

W przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego Sanito ustalono, że w dniu 3 lutego 2014 roku Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania. Zaznaczył w niej, że wymagał w punkcie VI ust. 1 pkt. 1.7 SIWZ dołączenia do oferty dokumentów potwierdzających zgodność parametrów zastosowanych urządzeń i materiałów z wymogami określonymi w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (SST) - załącznik nr 7 do SIWZ. Oferta wykonawcy Sanito nie zawierała tych dokumentów i na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wymagał w punkcie 2.1. SST (załącznik nr 7 do SIWZ) charakterystyki kolektorów słonecznych, w którym szkło solarne powinno posiadać przepuszczalność solarną = min 93%. Przepuszczalność solarna musi być potwierdzona przez niezależną, akredytowaną jednostkę badawczą w sprawozdaniu z badań osiągnięć kolektorów słonecznych wg EN 12975. Firma Sanito przedłożyła w uzupełnionych dokumentach sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez Laboratorium Badawcze Termicznych Kolektorów Słonecznych GENER, z których wynika iż przenikalność solarna przykrycia wynosi 91,5%, a więc nie spełnia warunku, który był wymagany w SST punkt 2.1 (załącznik nr 7 do SIWZ), w którym wymagane było aby szkło solarne posiadało przepuszczalność solarną = min 93%. Dlatego też oferta została odrzucona. Z tego samego powodu została odrzucona również oferta wykonawcy Antinus.

Biorąc pod uwagę ustalone okoliczności faktyczne, skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający przedwcześnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy Sanito.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji.

Odmienność 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.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż z tak rozumianą niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ nie mamy do czynienia, jednakże treść oferty odnośnie dokumentów przedmiotowych wymaga uzyskania od wykonawcy jednoznacznego stanowiska w zakresie wymaganego parametru przepuszczalności solarnej na poziomie min. 93%. Jak słusznie zauważył wykonawca w odwołaniu, otrzymana przez Zamawiającego od wykonawcy w wyniku uzupełniania dokumentów informacja o poziomie przepuszczalności solarnej nie była jednoznaczna. Dodatkowo, w ofercie innego wykonawcy oferującego tożsamy produkt, znajdowały się dokumenty, z których wywnioskować można było, że ten parametr osiąga wymaganą wartość i wynosi 94%. Wobec takich nie pokrywających się stanowisk Zamawiający powinien był co najmniej powziąć wątpliwości o rzeczywistej wartości parametru i zastosować art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w celu rozwiania powyższych wątpliwości.

Choć Odwołujący chcąc potwierdzić wartość parametru zgodną z SIWZ złożył na rozprawie sprawozdania z badań i oświadczenia producentów (dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), to w procesie orzekania powyższe dokumenty nie mogły być wzięte pod uwagę przez skład orzekający Izby do oceny oferty. Proces badania i oceny ofert jest procesem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dedykowanym stronie Zamawiającej. To Zamawiający, będący gospodarzem postępowania, powinien dokonać wnikliwej oceny złożonych ofert, dokumentów w tych ofertach się znajdujących, zestawiając treść złożonych oświadczeń i innych dokumentów z treścią SIWZ i na podstawie analizy porównawczej podjąć decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej. W przedmiotowym postępowaniu obowiązków na nim ciążących Zamawiający nie dopełnił, nie występując do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Izba nie jest władna zastępować Zamawiającego w badaniu ofert i to Zamawiający winien ocenić wyjaśnienia i dokumenty, które uzyska od wykonawcy, w tym także pod względem okoliczności, czy dane dokumenty potwierdzają spełnianie warunków na termin wyznaczony do składania ofert. Jak wynika z wyroku z dnia 8 stycznia 2014 roku (sygn. akt X Ga 652/13) Sądu Okręgowego w Poznaniu, *<Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zgodnie z treścią art. 191 ust. 2 ustawy Pzp. „Stan rzeczy”, o którym mowa*

w przywołanym wyżej przepisie dotyczy jedynie samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie postępowania odwoławczego. Sąd Okręgowy uznał, że Izba nieprawidłowo zarzuciła zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp biorąc pod uwagę stan rzeczy, który istniał w czasie wydania przez Izbę rozstrzygnięcia, a nie w czasie dokonania lub zaniechania kontrolowanej przez KIO czynności zamawiającego. (...). Okoliczności nie znane zamawiającemu w momencie dokonywania kontrolowanej przez Izbę czynności nie powinny być brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości tego działania zamawiającego.>

Z tych powodów uznano, że decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego Sanito na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przed złożeniem przez wykonawcę wyjaśnień była przedwczesna. Jednocześnie wybór oferty najkorzystniejszej bez zastosowania wspomnianej procedury był nieprawidłowy, co oznaczało, że odwołanie musiało zostać uwzględnione.

Przy rozpoznawaniu grupy zarzutów odnoszących się do wybranego wykonawcy OPITMA i jego oferty, ustalono, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał następujące wiedzę i doświadczenie: wykonał lub wykonuje należycie co najmniej trzy dostawy i montaż zestawów kolektorów słonecznych do przygotowania ciepłej wody użytkowej przy wykorzystaniu kolektorów słonecznych, o łącznej wartości zainstalowanych kolektorów słonecznych nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł. Wykaz instalacji powinien zawierać daty wykonania, przedmiot zadania, ich wartość i nazwy podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane. Wykonawcy, stosownie do postanowień Rozdziału VI (Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu), mieli złożyć wykaz (...) dostaw i oznaczyć w nim wartość, przedmiot, datę wykonania i podmiot, na rzecz którego wykonane zostały dostawy.

Nie można zatem godzić się z tezą zaprezentowaną przez Odwołującego Sanito, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp lub też zaniechał zastosowania w stosunku do wykonawcy OPTIMA art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie żądając uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw. Jak wynika z zapisów SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający nie żądał załączenia do wykazu dostaw dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych dostaw. Wykonawca składając ofertę postąpił zgodnie z regułami określonymi przez samego Zamawiającego. Skoro ten ostatni nie zaznaczył, że do oferty trzeba dołączyć „referencje” potwierdzające należyte wykonanie dostaw, to wykonawca takiego obowiązku nie miał. To Zamawiający odpowiada za kształt

SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu i to Zamawiający wyznacza krąg dokumentów, które jego zdaniem są niezbędne do oceny potencjału wykonawcy, który będzie wykonywał przyszłe zamówienie. Jeżeli decyzją Zamawiającego referencje nie były niezbędne do oceny podmiotowej wykonawcy (czego można upatrywać w brzmieniu warunku wiedzy i doświadczenia, który charakteryzuje się możliwością wykazania się realizacją dużej liczby dostaw o minimalnych wartościach, tak aby łącznie dawały one wyznaczoną przez Zamawiającego sumę zamówień), to na obecnym etapie postępowania nie można żądać, aby jakkolwiek wykonawca stosowne dokumenty przedstawiał. Jeżeli Odwołujący Sanito uważał, że takie dokumenty są niezbędne podczas weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców, w tym jego ewentualnych konkurentów w postępowaniu, to powinien był zareagować na etapie ogłoszenia postępowania i kwestionować zapisy SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu. Skład orzekający Izby w przedmiotowej sprawie nie podziela stanowiska Odwołującego Sanito, że obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw ujętych w wykazie wynika z treści przepisów rozporządzenia o dokumentach i Zamawiający nie musi takich regulacji zamieszczać w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Zauważyć należy, że katalog dokumentów wynikający z rozporządzenia o dokumentach w wielu miejscach jest katalogiem przykładowym i otwartym. Oznacza to, Zamawiający może zdecydować, których dokumentów będzie żądał, a które są mu zbędne. W przeciwnym razie regulacja ta nie miałaby sensu, a wykonawcy w każdym przypadku zobowiązaniu byli do składania wszystkich dokumentów wymienionych w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy Pzp. Za takim rozumieniem regulacji rozporządzenia przemawia również treść art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca stwierdził, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a oświadczenia i dokumenty niezbędne Zamawiający obowiązany jest wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert.

Nieuwzględnienie zarzutu nie miało jednak wpływu na treść sentencji orzeczenia w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, ponieważ potwierdziły się inne zarzuty podniesione w odwołaniu Odwołującego Sanito.

W ocenie Izby nie mógł zostać również uwzględniony zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp w związku z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem składu orzekającego Izby informacje ujęte w ofercie wykonawcy Antinus w wykazach dostaw i osób mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Treść wykazu dostaw potwierdza, że nie zawiera on żadnych zamówień realizowanych na rzecz podmiotów

publicznych, co zdaniem Odwołującego Sanito przemawiało za decyzją o odtajnieniu powyższego dokumentu. Z wykazu dostaw wynika, że podmiot ubiegający się o zamówienie publiczne przedstawił dostawy zrealizowane na rzecz osób fizycznych, których dane osobowe objęte są ochroną odrębnych ustaw. Co za tym idzie, również dokumenty dołączone do przedmiotowego wykazu wystawione przez wymienione osoby fizyczne podlegają ochronie. W przypadku wykazu osób, uznano, że zawarte w tym wykazie informacje niewątpliwie mogą mieć dla wykonawcy wartość gospodarczą, a więc uprawniony był on do objęcia tych informacji klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Potwierdziły to również złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Zamawiający bowiem w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zwracał się do wszystkich wykonawców o uzasadnienie zastrzeżenia informacji i jak oświadczone na rozprawie, pod analizie uzyskanych wyjaśnień podejmował decyzję o podtrzymaniu zastrzeżenia bądź o odtajnieniu informacji. Oznacza to, że Zamawiający w sposób prawidłowy i z dużą starannością zbadał, czy zasada jawności postępowania wyrażona w art. 8 ustawy Pzp nie została naruszona.

Nieuwzględnienie tego zarzutu nie miało jednak wpływu na treść sentencji orzeczenia w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, ponieważ potwierdziły się inne zarzuty podniesione w odwołaniu Odwołującego Sanito.

Odnosnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wykonawcy OPTIMA ustalono, że w załączniku nr 7 Zamawiający umieścił charakterystykę kolektorów słonecznych w ujęciu tabelarycznym. Pod tabelą znajduje się zapis: *„Powyższe parametry proponowanych kolektorów (moc użyteczna, sprawność, współczynniki a_1 , a_2 , potwierdzone w postaci załącznika z badań do certyfikatu Solar Keymark oraz badań na zgodność z normą PN-EN 12975-1 i 12975-2 (zakres badań jest określony w normie PN-EN 12975-2 — tab. Nr 1, obowiązujący w odniesieniu do kolektorów płaskich wypełnianych płynem niezamarzającym, rozpatrywane będą tylko te oferty, które zawierać będą pozytywne wyniki badań dla poszczególnych punktów z tabeli).”*. W zakresie parametru *Sprawność optyczna i parametry cieplne odniesione do powierzchni apertury* Zamawiający wymagał współczynnika strat a_1 w maksymalnej wysokości 4,3 W/m²K. Certyfikat załączony do oferty wykonawcy OPTIMA kolektora firmy MEMBRO Energietechnik Sp. z o.o. & Sp. Kom w zakresie współczynnika a_1 wskazuje na wartość $a_1=4.341$ W/m²*K.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut ten nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający określił poziom dokładności parametru do jednego miejsca po przecinku. W takim przypadku

wielkość parametru w ujęciu badań i certyfikatu załączonego przez wykonawcę OPTIMA spełnia wymagania SIWZ i nie wymaga procedury wyjaśniającej przy zastosowaniu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Nie można zgodzić się z Odwołującym Sanito, że w tym przypadku nie mogą mieć zastosowania ogólne reguły matematyczne zaokrąglania. Zasady zaokrąglania wynikają z ogólnie obowiązujących zasad – zasad matematyki i nie ma potrzeby umieszczania odnośników w SIWZ do stosowania tych reguł.

Nie budzi wątpliwości Izby, że to nie sposób prezentacji wyniku jest istotny ale istotne znaczenie ma wartość danego parametru. Wartość parametru współczynnika strat a_1 określona w ofercie wykonawcy OPTIMA jest zgodna z wartością tego parametru określoną w SIWZ, a tym samym oferowane urządzenie spełnia wymogi SIWZ.

Co do wymagania Zamawiającego dostarczenia wraz z ofertą symulacji potwierdzających uzyski energetyczne zaproponowanych zestawów solarnych, które miały uwzględniać:

- profil rozbioru c.w.u.
- warunki klimatyczne
- uwzględnienie długości i parametrów cieplnych rur łączących
- schemat hydrauliczny

to należy zauważyć, iż Odwołujący Sanito odnosił się w odwołaniu do dokumentów załączonych przez wykonawcę OPTIMA do oferty, natomiast nie wziął pod uwagę okoliczności, że w tym zakresie wybrany wykonawca był wzywany do uzupełnienia oferty i zgodnie z wezwaniem przedstawił wyniki badań dla miejscowości Białystok. Na rozprawie Odwołujący Sanito podnosił, że również te wyniki nie odpowiadają wymogom SIWZ. W tym przypadku stwierdzić należy, że taka argumentacja stanowi wyjście poza ramy zarzutów sformułowanych w odwołaniu i nie mogła być podstawą wydania orzeczenia w postępowaniu odwoławczym prowadzonym przed Izbą. Odwołujący w odwołaniu wskazywał, że wyniki badań dla miejscowości WURZBURG nie były miarodajne do oceny oferty, natomiast podstawą oceny oferty przez Zamawiającego były symulacje dla miasta Białystok, których prawidłowości Odwołujący nie zakwestionował.

Z tych względów zarzuty niezgodności treści oferty wykonawcy OPTIMA z treścią SIWZ nie został uwzględniony.

W przypadku ciepłomierza Zamawiający wymagał możliwości pracy na glikolu gwarantującego wiarygodność odczytu. Na rozprawie Zamawiający złożył oświadczenie producenta ciepłomierza, z którego wynika, że ciepłomierz typu CF UltraMax produkcji Itron może pracować w instalacji solarnej, gdzie jako medium stosowany jest glikol propylenowy

(...). Producent dodatkowo poinformował, że weryfikacja metrologiczna ciepłomierza wykonywana jest na wodzie. Jednocześnie pełnomocnicy Zamawiającego oświadczyli, iż przedmiotowym oświadczeniem dysponowali w momencie dokonywania oceny ofert, a uzyskali je z własnej inicjatywy od producenta danego urządzenia. Oświadczenie to uznano za wystarczające do potwierdzenia spełniania wymogów SIWZ dla danego urządzenia. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, czy też innych dokumentów, które nie pozwalałyby na przyjęcie stanowiska Zamawiającego. Ze złożonego dokumentu wynika możliwość pracy urządzenia na glikolu. Nie sposób również zakwestionować wiarygodności złożonego dokumentu, o co wnosił Odwołujący Sanito. Choć dokument ten został załączony do odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 344/14 przez Odwołującego OPTIMA, to nie można ponad wszelką wątpliwość wykluczyć, że dokument ten znany był Zamawiającemu a jego treść uwzględniona została przy ocenie ofert w postępowaniu.

Ponadto w przypadku ciepłomierza Zamawiający wymagał potwierdzenia współczynnika przewodzenia nie wyższego niż 0.035 W/m K - SST pkt 2 ppkt. 2.2. W dokumentacji Wykonawcy OPTIMA brak jest zdaniem Odwołującego Sanito w stosownych dokumentów potwierdzających dany parametr. Na rozprawie przed Izbą Zamawiający wskazywał na kartę 138 oferty wykonawcy OPTIMA, gdzie zaznaczono, że izolacja wykonana jest z twardej 50mm pianki poliuretanowej. Według oświadczenia Zamawiającego, zgodnie z Polską Normą współczynnik wynosi w takim przypadku od 0.025-0.035 W/m K. Twierdzeniom tym Odwołujący Sanito zaprzeczał, stwierdzając, iż zapisy Polskiej Normy odnoszą się do gęstości a nie grubości izolacji. Także w tym przypadku dostrzeżenia wymaga, iż zarzuty Odwołującego oparte są tylko na jego twierdzeniach. Wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów, które mogłyby wskazywać, że możliwa i konieczna jest odmienna ocena oferty wybranej. Nie złożył chociażby zapisów Polskiej Normy, które potwierdziłyby jego stanowisko. Według art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Oznacza to, że Odwołujący winien był postawić w odwołaniu zarzuty i okoliczności faktyczne poprzeć materialnymi danymi, które pozwolą Izbie dane naruszenie przepisów ustawy Pzp stwierdzić.

Z tych powodów uznano, że oferta wykonawcy OPTIMA nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nie ma konieczności zastosowania wobec wykonawcy procedury wyjaśniającej z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Nieuwzględnienie tego zarzutu nie miało jednak wpływu na treść sentencji orzeczenia w przedmiotowym

postępowaniu odwoławczym, ponieważ potwierdziły się inne zarzuty podniesione w odwołaniu Odwołującego Sanito.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż potwierdziła się część zarzutów przedstawionych w odwołaniach, które mają wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, powoduje że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2) i ust. 4 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), uwzględniając wysokość wpisów uiszczonych przez Odwołujących oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Sanito w maksymalnej wysokości dopuszczonej wymienionym rozporządzeniem, tj. w wysokości 3 600,00 zł. Koszty wynagrodzenia pełnomocnika dla Odwołującego OPTIMA nie zostały przyznane, ponieważ wykonawca ten nie złożył na rozprawie dowodu ich poniesienia w postaci faktury lub rachunku.

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący: