

Sygn. akt: KIO 1149/12

Sygn. akt: KIO 1155/12

WYROK

z dnia 18 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych:

- A. w dniu 4 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **GPEC Serwis Sp. z o. o., ul. Połęże/ Miałki Szlak 44, 80-720 Gdańsk**
- B. w dniu 4 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Solver Sp. z o. o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Łysomice, Warszawska 8, 87-148 Łysomice,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Solver Sp. z o. o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1149/12 po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o., ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1149/12 po stronie zamawiającego.
- C. wykonawcy **Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o., ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1155/12 po stronie zamawiającego.
- D. wykonawcy **GPEC Serwis Sp. z o. o., ul. Połęże/ Miałki Szlak 44, 80-720 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1155/12 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. A. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę **GPEC Serwis Sp. z o. o. w Gdańsku**,
B. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę **Solver Sp. z o. o. w Tarnowskich Górach** i nakazuje zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, a ramach tej czynności, wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego.

2. kosztami postępowania obciąża **GPEC Serwis Sp. z o. o., w Gdańsku i Gminę Łysomice** i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **GPEC Serwis Sp. z o. o., w Gdańsku i Solver Sp. z o. o. w Tarnowskich Górach** tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od **GPEC Serwis Sp. z o. o., w Gdańsku** na rzecz **Gminy Łysomice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.3. zasądza od **Gminy Łysomice** na rzecz **Solver Sp. z o. o. w Tarnowskich Górach** 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.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1149/12

Sygn. akt: KIO 1155/12

Uzasadnienie

Gmina Łysomice (dalej: zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na „dostawę wraz montażem oraz uruchomieniem indywidualnych zestawów instalacji solarnych dla mieszkańców gospodarstw domowych i użytkowników budynków administrowanych przez Gminę Łysomice w ramach zadania pn: „Wykorzystanie energii słonecznej szansą na poprawę jakości środowiska w gminie Łysomice”.

Sygn. akt KIO 1149/12

GPEC Serwis Sp. z o. o. w Gdańsku (dalej odwołujący) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa pzp) poprzez:

1/ wadliwe dokonanie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i nieodrzuconie oferty wykonawcy SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. w Myślenicach - mimo, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz);

2/ dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę SKORUT - mimo, iż oferta ta winna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1/ unieważnienie czynności badania i ocenie ofert;

2/ powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;

3/ odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SKORUT,

4/ dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że jego oferta została uznana przez zamawiającego za drugą w kolejności i jest jedyną ważną ofertę w postępowaniu. Zamawiający w ocenie ofert przyznał ofercie odwołującego się 99,97 punktów na 100 możliwych - a więc zaledwie o 0,03 pkt mniej od oferty wybranej - która winna była być odrzucona.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał iż w treści siwz zamawiający w pkt. 6.3 lit. c (str. 7) zamieścił wymóg posiadania i załączenia do oferty przez wykonawców „autoryzacji producenta zaproponowanych kolektorów w ofercie na montaż i serwis urządzeń”.

Wybrana w postępowaniu oferta wykonawcy SKORUT. nie spełnia powyższego wymogu ; wykonawca zaoferował dostawę i montaż kolektorów słonecznych typu "Basicx" produkowanych przez SUNEX S.A. z siedzibą w Raciborzu. Do oferty nie załączono autoryzacji wystawionej dla SKORUT przez SUNEX. Do oferty załączono wystawiony przez

spółkę Polska Ekologia Sp. z o.o. certyfikat autoryzacji po szkoleniu dla SKORUT, który nie dotyczył oferowanego typu kolektora "Basicx". Jednak spółka POLSKA Ekologia Sp. z o.o. nie jest producentem, a jedynie dystrybutorem urządzeń wytwarzanych przez spółki SUNEX S.A. Na wezwanie zamawiającego, wykonawca SKORUT uzupełnił dokumenty załączone do oferty przedstawiając oświadczenie z 2 maja 2012 roku, w którym spółka POLSKA Ekologia Sp. z o.o. informuje, iż jest częścią grupy kapitałowej SUNEX S.A. - a spółka SUNEX S.A. posiada 100% udziałów w spółce Polska Ekologia Sp. z o.o.. W piśmie tym wskazano, iż Polska Ekologia Sp. z o.o. ma prawo posługiwania się znakiem „Polska Ekologia” także jako dystrybutora SUNEX S.A., na co posiada odpowiednią autoryzację SUNEX S.A.. Do pisma załączono odpis z KRS i autoryzację SUNEX dla Polskiej Ekologii. Analizując daty przedstawionych certyfikatów odwołujący stwierdził, iż na dzień składania ofert nie wykazano by spółka Polska Ekologia Sp. z o.o. posiadała certyfikat autoryzacji od producenta urządzeń - spółki SUNEX S.A. Certyfikat załączony do pisma z dnia 2 maja 2012 roku, nosi tę samą datę, a zatem dopiero od dnia 2 maja 2012 roku Polska Ekologia Sp. z o.o. uzyskała autoryzację producenta urządzeń. Ponadto fakt, Polska Ekologia Sp. z o.o. od dnia 2 maja 2012 roku posiada autoryzację producenta urządzeń, nie oznacza, że może ona dokonać dalszej autoryzacji na rzecz SKORUT. W szczególności nie da się ustalić, iż w dniu 2 kwietnia 2012 roku spółka Polska Ekologia Sp. z o.o. posiadała uprawnienia do tego, by w imieniu SUNEX S.A. udzielić autoryzacji wykonawcy SKORUT. Jeśli zatem producentem jest SUNEX S.A., to nie można przyjąć, że jest nim Polska Ekologia Sp. z o.o.. Nie ma przy tym znaczenia, że Polska Ekologia jest spółką-córką SUNEX S.A.. Jeśli certyfikat wystawia Polska Ekologia w imieniu producenta, to powinna legitymować się stosownym pełnomocnictwem, ważnym na dzień składania ofert. W postępowaniu nie wykazano by spółka Polska Ekologia Sp. z o.o. legitymowała się jakimś upoważnieniem od spółki SUNEX S.A., które uprawniałoby Polską Ekologię do reprezentowania lub działania w imieniu SUNEX S.A..

Składając, a następnie uzupełniając swoją ofertę, SKORUT nie wykazał tożsamości oferowanego produktu pod marką Polska Ekologia z produktem wytwarzanym przez SUNEX. Wszelkie dołączone do oferty SKORUT dopuszczenia, certyfikaty oraz dokumentacja techniczna dotyczą produktu SUNEX i na spółkę SUNEX zostały wystawione. Kolektory typu "Basicx" produkcji SUNEX nie mogą być uznane za tożsame z kolektorami oferowanymi pod marką Polska Ekologia. Wykonawca SKORUT nie wykazał takiej tożsamości produktów. Zestawiając powyższe z faktem, iż spółka POLSKA Ekologia nie jest producentem kolektorów, lecz ich dystrybutorem, należy dojść do wniosku, iż z oferty SKORUT nie sposób wywnioskować jaki produkt w istocie zostanie dostarczony dla zamawiającego w wyniku realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wybierając ofertę SKORUT godzi się na to, iż oferuje mu się kolektory typu "Basicx" produkcji SUNEX, na które

SKORUT nie posiada autoryzacji producenta, a w wykonaniu zamówienia może dojść do sytuacji, iż zamawiający otrzyma kolektory typu "Basicx" pod marką POLSKA Ekologia - przy czym ta ostatnia nie produkuje kolektorów, ani nie posiada wystawionej na nie dokumentacji technicznej, czy dopuszczeń i certyfikatów. W tej sytuacji uznać należy, iż zamawiający wybiera ofertę dostawy kolektorów bez dopuszczeń, certyfikacji i dokumentacji technicznej oraz z nieustaloną jakością i producentem.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wniósł o uwzględnienie odwołania popierając argumentację odwołania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że z dokumentów postępowania jasno wynika, że Polska Ekologia Sp. z o.o. udzielająca wykonawcy Skorut przedmiotowej autoryzacji jest producentem kolektorów zaoferowanych przez Skorut, a certyfikacja udzielona temu wykonawcy była skuteczna na dzień upływu terminu składania ofert. Wskazał na oświadczenie Polska Ekologia sp. z o.o. z 16.05.2012 r.

Stwierdził, wskazując na ciężar dowodu, że odwołujący nie wykazał, by podmiot certyfikujący wykonawcę Skorut nie był producentem kolektorów wymienionych w certyfikacie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

Sygn. akt KIO 1155/12

„SOLVER” Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach w odwołaniu wniesionym dnia 4.06.2012 r. zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 26 ust. 3 i ust. 4 Ustawy, poprzez brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, względnie wyjaśnienia treści złożonych dokumentów;

art. 91 ust. 1 Ustawy, poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie ma takiego statusu;

art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy, poprzez odrzucenie oferty, która spełnia wymogi siwz,

art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy, poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i dodatkowo zarzut naruszenia:

art. 87 ust. 1 Ustawy, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie budzącym wątpliwości co do zgodności jej treści z treścią siwz.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Skorut Systemy Solarne sp. z o.o.; unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; dokonania ponownego badania i oceny ofert; w ramach ponownego badania ofert wezwania Odwołującego do uzupełnienia lub wyjaśnień dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi SIWZ lub wezwania do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy; wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 25 maja 2012 r. Zamawiający przesłał wykonawcom informacje o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Skorut Systemy Solarne sp. z o. o, oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy. W siwz określono dokumenty wymagane od wykonawców w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania, postawione w siwz oraz w specyfikacji zamawianego sprzętu, stanowiącej załącznik nr 1 do siwz (pkt.6.1. siwz,6.2 siwz, 6.3.swiz). Zgodnie z pkt. 6.3. lit) i wymagano aby w ramach innych dokumentów składanych przez wykonawcę znalazła się dokumentacja techniczna (DTR) do zaoferowanych urządzeń wyszczególnionych w specyfikacji zamawianego sprzętu. Odwołujący załączył do oferty kartę katalogową producenta ICMA, potwierdzającą że oferowany przez niego sprzęt spełnia wymogi Zamawiającego. Odwołujący nie ma wiedzy na jakiej podstawie Zamawiający stwierdził, że treść oferty Odwołującego nie spełnia warunków siwz, gdyż w treści informacji o odrzuceniu Zamawiający ogólnikowo podaje co wymagał przytaczając postanowienia siwz, a czego rzekomo oferowany przez Wykonawcę sprzęt nie posiada. Z powyższego wynika, że Odwołujący nie został poinformowany jakie były szczegółowo powody odrzucenia jego oferty. Zamawiający nie wprowadził ograniczenia co do tego jaki dokument techniczny wykonawca ma złożyć w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania postawione w SIWZ przez Zamawiającego. W przypadku pojawienia się wątpliwości co do spełniania wymogów przez oferowany przedmiot zamówienia, Zamawiający powinien wyjaśnić wszelkie wątpliwości powstałe na tle złożonej oferty, w szczególności winien obligatoryjnie wezwać do uzupełnienia dokumentów z których będzie wynikało, że oferowane dostawy spełniają wymogi techniczne postawione w SIWZ, jeśli w ocenie Zamawiającego pewne informacje ze złożonych dokumentów nie wynikają. Z decyzji Zamawiającego wynika, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści siwz w zakresie pkt. VI.D Załącznika nr 1 do siwz tj. w zakresie grupy pompowej. Zamawiający stwierdził, że przedstawiona dokumentacja grupy pompowej jednoznacznie wskazuje, że zastosowany jest w niej regulator przepływu pływakowy, podczas gdy Zamawiający wymagał zastosowania sprężynowego regulatora przepływu (rotametry). Ogólnikowe stanowisko Zamawiającego w tym przedmiocie nie wskazuje na miejsce oferty, z którego wyczytał on

brak sprężynowego regulatora przepływu w grupie pompowej zaoferowanej przez Odwołującego. Jednocześnie Odwołujący nie jest w stanie samodzielnie stwierdzić z jakich danych Zamawiający wnioskuje w tym zakresie, bowiem w ocenie Odwołującego informacji takich w jego ofercie nie ma, a grupa pompowa spełnia wszelkie wymogi postawione w SIWZ. Celem pokazania jakie warunki przedmiotowe zostały postawione przez Zamawiającego odwołujący wskazał na funkcje jaką pełnią regulatory przepływu w instalacjach solarnych. Zadaniem regulatorów przepływu (rotometr) wchodzących w skład solarnych grup pompowych jest umożliwienie dokonania odczytu w czasie rzeczywistym przepływu płynu solarnego oraz kryzowanie (zmniejszanie) przepływu poprzez przymknięcie znajdującego się w górnej części zintegrowanego zaworu kulowego. Regulacja przepływu dokonywana jest ręcznie. Solarne regulatory przepływu zbudowane są z mosiężnego korpusu, w części przeszklonego. Na przeszkleciu znajduje skala z zakresem przepływu. Jednostką stosowaną w przepływomierzach solarnych jest litr/minutę. Wewnątrz każdego przepływomierza znajduje wskaźnik przepływu. Powyżej wskaźnika przepływu znajduje się sprężyna, która stawia opór przy przesuwaniu się wskaźnika przepływu w górę. Przy braku przepływu wskaźnik przepływu znajduje się na samym dole wskazując przepływ 0 l/min. W momencie wystąpienia przepływu strumień cieczy unosi wskaźnik przepływu w górę do momentu gdy siła ciężkości wskaźnika przepływu i siła oddziaływania sprężyny (skierowane w dół) zostanie zrównoważona przez siłę tarcia płynu solarnego o powierzchnię boczną wskaźnika przepływu oraz siłę wyporu (skierowane w górę). Wartość przepływu odczytuje się z skali na przeszkleciu w miejscu wskazanym przez wskaźnik przepływu. Zwiększenie lub zmniejszenie przepływu skutkuje uniesieniem wskaźnika przepływu w górę lub opadnięciem wskaźnika przepływu w dół. Z wymagań postawionych przez Zamawiającego wynika, że wymagał on zaoferowania sprężynowego regulatora przepływu. Taki produkt przedstawił w swojej ofercie Odwołujący. Solarna grupa pompowa ICMA, zaproponowana w ofercie Odwołującego, jest dwudrogową grupą pompową wyposażoną w separator powietrza, sprężynowy regulator przepływu (rotometr), króćce do przyłączenia urządzenia napełniającego, pompę obiegu solarnego, termometry, manometr, zawór bezpieczeństwa, zawory docinające i zwrotne. Grupa pompowa oferowana przez firmę Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. posiada takie same elementy budowy, a odczyt i regulacja przepływu czynnika solarnego dokonywana jest w identyczny sposób jak w grupie pompowej ICMA z oferty firmy „SOLVER” Sp. z o.o. Zamawiający kwestionując fakt spełnienia przez ofertę Odwołującego warunków siwz (w tym spełnienia wymagania z zał. Nr 1 do siwz- specyfikacji zamawianego sprzętu, Punkt VI ppdk, ID - grupa pompowa) nie udowodnił braku wymaganej informacji w ofercie odwołującego, natomiast z informacji podanych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty nie wynika na czym Zamawiający oparł swoje stanowisko. Zgodnie z KIO to na Zamawiającym w przypadku odrzucenia oferty ciąży

obowiązek wykazania okoliczności stanowiących podstawę odrzucenia (tak m. in. KIO 495/12). Zamawiający nie może oczekiwać, że w ogólnej instrukcji urządzenia znajdą się zapisy identyczne jak w warunkach siwz. Żaden jednak element przekazanej zamawiającemu instrukcji sprzętu nie świadczy o niezgodności oferty odwołującego z treścią siwz. Ewentualnie może w niej brakować jedynie niektórych elementów, co wynika wyłącznie z faktu, że instrukcja urządzenia nie jest przygotowana na potrzeby konkretnego przetargu lecz jest dokumentem o charakterze uniwersalnym. Ewentualne wątpliwości powinny być rozstrzygane przez instytucję wezwania do wyjaśnień, ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentu. Wówczas wykonawca mógłby przedstawić konkretne oświadczenie producenta którego będzie wynikało spełnienie lub nie konkretnych warunków siwz przez oferowany sprzęt. Wykonawca nie został wezwany, do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego zarówno fakt spełnienia w/w warunku siwz jak również sposobu jego realizacji przez urządzenie. W sytuacji zatem, gdy Zamawiający uznał, że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu to winien bezwzględnie wezwać do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych, czego Zamawiający w tym wypadku nie uczynił.). Wskazał, że Zamawiający wzywał zarówno wykonawcę SKORUT Systemy Solarne sp. z o.o. do uzupełnienia oferty m.in. o dokumenty dotyczące karty technicznej DTR jak również zwrócił się do tego wykonawcy o złożenie w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy wyjaśnień, poprzez uzupełnienie oferty o oświadczenia dotyczące załączonych certyfikatów, jak również wezwał wykonawcę GPEC Serwis do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy. Zamawiający popełnił błąd dokonując odrzucenia oferty Odwołującego zgodnej z wymogami siwz. W tym wypadku wezwanie Odwołującego do uzupełnienia oferty lub złożenia w niezbędnym zakresie wyjaśnień miało by zasadniczy wpływ na decyzję Zamawiającego. Zamawiający również nigdy nie zwrócił się do wykonawcy z zapytaniem o wskazanie odpowiednich zapisów w przesłanej ofercie katalogowej lub w innym dokumencie w zakresie spełnienia parametru dotyczącego kwestii związanych z grupą pompową i rodzajem zaoferowanego regulatora przepływu. Wykonawca nie miał wiedzy, że zamawiający powziął jakąkolwiek wątpliwość w zakresie spełnienia tego warunku, podczas gdy Zamawiający bez podania wyjaśnienia w tym zakresie przyjął, że zaoferowany regulator jest regulatorem przepływu pływakowym, co nie jest zgodne z danymi technicznymi zaoferowanego sprzętu. Zachowanie Zamawiającego, w którym domniemywa on spełnienie bądź nie spełnienie przez oferowane dostawy warunków udziału w postępowaniu stanowi zachowanie sprzeczne z Ustawą. Każdy dokument mający potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu - zarówno warunku podmiotowego jaki i przedmiotowego - podlega uzupełnieniu lub wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy. Zamawiający nie może zaniechać tego obowiązku. „(...) 5. Rolą zamawiającego w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest dołożenie starań czy to poprzez stosowanie

przepisów art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. czy art. 87 ust. 1 i 2 p.z.p., aby jak największa ilość złożonych ofert mogła być dopuszczona do etapu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wyborowi podlega ta oferta, która według kryteriów ustalonych w siwz, jest ofertą najkorzystniejsza, a nie ta która jest najbardziej *poprawna* pod względem *formalnym*". (Sygn. akt KIO 466/12). Wykonawca został w przedmiotowym postępowaniu realnie pozbawiony możliwości przedstawienia jakichkolwiek oświadczeń lub dodatkowych dokumentów, w zakresie wyjaśnienia w/w wątpliwości i wykazania tym samym, że oferowany produkt spełnia wszelkie wymogi Zamawiającego. Odwołujący wskazał na jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej o obligatoryjnej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy w sytuacji ich braku w ofercie. KIO 279/12: Przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie "wzywa", a nie "może wezwać" i obliguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie. W konsekwencji obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy pomimo wezwania do uzupełnienia wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub złożone dokumenty przedmiotowe nie potwierdzają wymagań zamawiającego określonych w SIWZ". Zamawiający bez dokonania ustaleń w zakresie budzącym jego wątpliwości, stwierdził, że przedstawiona dokumentacja techniczna jednoznacznie wskazuje na zaoferowanie produktu niezgodnego z wymogami siwz, w sytuacji - co jak udowodniono wyżej - nie tylko nie jest prawdą, ale również nie znajduje potwierdzenia w złożonej dokumentacji technicznej. Zamawiający odrzucając ofertę nie udowodnił również w żaden sposób, że zaoferowany przez odwołującego sprzęt nie posiada wymaganych przez Zamawiającego cech. Fakt, iż w ocenie Zamawiającego w ofercie wykonawcy brak jest niektórych elementów wymaganych do spełnienia postawionych w wymogach Zamawiającego powoduje, iż uprawnieniem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień w tym zakresie lub uzupełnienie danego dokumentu w niezbędnym zakresie. Pozostali wykonawcy zostali w tym zakresie (w zakresie danych technicznych oferowanego sprzętu) wezwani do uzupełnienia (Oferta Wykonawca GPEC), lub do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty (Wykonawca Skorut). Zamawiający zaniechał również wyjaśnienia w swojej decyzji dlatego odmówił Odwołującemu prawa do wypowiedzenia się w zakresie istniejących po stronie Zamawiającego wątpliwości. Mimo iż Zamawiający wskazał w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, że "oferta nr 2 (...) podczas prowadzonego postępowania wyjaśniającego nie potwierdziła spełnienia wymagań określonych w SIWZ (...)" to żadne postępowanie wyjaśniające w ramach badania tej oferty nie zostało przeprowadzone.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy, z ostrożności procesowej gdyby Zamawiający twierdził, że niezgodność oferty ze

specyfikacją wynika z niedających się usunąć w tym trybie wątpliwości wskazano, że w uzasadnieniu o Zamawiający stwierdził, że niezgodność oferty z siwz jest tego rodzaju, że nie występuje przesłanka z art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy. Uzasadnienie to jest błędne i gdyż nie jest to niezgodność nie dająca się usunąć. Zamawiający powziął w tym zakresie wątpliwość której nie wyjaśnił, wobec czego pozostawał w błędnym przekonaniu co do niezgodności treści oferty odwołującego z siwz, co spowodowało podjęcie przez niego nieprawidłowej decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy. *Wezwanie do wyjaśnienia wątpliwości lub sprzeczności w treści oferty jest obowiązkiem zamawiającego. Wykonawca w takich okolicznościach powinien mieć szansę udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, gdyż oferta nie może podlegać odrzuceniu z powodu niejasności jej treści wówczas gdy zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia wątpliwości. (...) Istotą wyjaśnienia jest złożenie informacji umożliwiających rozwikłanie wątpliwości bądź też usunięcie sprzeczności w treści oferty, w szczególności wynikających z niespójnych i sprzecznych informacji zawartych w dokumentach składanych w ofercie. Przy czym, dopiero Brak wykazania przez wykonawcę w ofercie (z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień), że oferta spełnia wymagania co do przedmiotu zamówienia skutkuje koniecznością odrzucenia oferty jako że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (Wyrok KIO 254/12).* Prawo do wyjaśnień, stanowi przysługujące wykonawcom prawo obrony swojej oferty w postępowaniu, w szczególności w sytuacji gdy z uwagi na fakt, że oferta ta jest ofertą najtańszą w postępowaniu. Z uwagi na brak jednoznacznego wskazania miejsca w dokumentacji, z którego Zamawiający wnioskuje o niezgodności treści oferty Wykonawcy z treścią SIWZ. Odwołujący stawia zarówno zarzut dotyczący zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów, jak również zarzut niewyjaśnienia treści oferty oraz treści złożonych do oferty dokumentów przedmiotowych.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że oferta została złożona przez odwołującego w zakresie wymagań niezbędnych określonych w siwz. Wskazał na zał nr 1 do siwz – specyfikacja zamawianego sprzętu, pkt VI ppkt 1D grupa pompowa, gdzie wymagano m.in. sprężynowego regulatora przepływu (rotametr) i ujęto uwagę, że nie dopuszcza się zastosowania grupy pompowej jednodrogowej.

Odnosząc się treści odwołania zamawiający stwierdził, że przedstawiony w nim opis grupy pompowej jest zgodny z wymogami zapisanymi w siwz i załącznikach, jednak stwierdzenie, że zaoferowana grupa pompowa jest zgodna z tym opisem mijają się z prawdą.

Zamawiający stwierdził, że z przedstawionej dokumentacji wynika, że odwołujący miał zamiar zastosować grupę pompową z regulatorem przepływu pływakowym tj. niezgodnie z siwz. Z przedstawionej dokumentacji wynikało jaki rodzaj przepływomierza został

zaoferowany, na str. 101 oferty rys. 5 przedstawia widok przepływomierza, w który wyposażona jest zaoferowana grupa pompowa; przedstawiono na nim zastosowany w przepływomierzy pływak z pionowym prowadzeniem – w regulatorach przepływu sprężynowych nie stosuje się tego typu rozwiązania (zastosowana jest w nich sprężyna – tak jak to opisuje odwołujący w odwołaniu. Natomiast z oferty dla grupy pompowej wynika, że zastosowany jest w niej regulator przepływu pływakowy.

Zamawiający stwierdził także, że wobec braku wątpliwości co do treści oferty nie zastosował art. 87 ust. 1 ustawy pzp, jak również art. 26 ust. 3, gdyż przepis ten dotyczy dokumentów podmiotowych i przedmiotowych zdefiniowanych w art. 25 ust. 2 ustawy, a nie treści oferty.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnieśli o oddalenie odwołania stwierdzając, że złożyli najkorzystniejsze oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu na rozprawie wniesionych odwołań, uwzględniają stanowiska przedstawione przez strony i uczestników oraz biorąc pod uwagę dokumentację prowadzonego postępowania zważyła, co następuje.

Sygn. akt 1149/12

Skład orzekający uznał, że odwołanie GPEC Serwis sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby z dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że Polska Ekologia Sp. z o.o. udzielająca wykonawcy Skorut przedmiotowej autoryzacji jest producentem kolektorów zaoferowanych przez Skorut, a certyfikacja udzielona temu wykonawcy była skuteczna na dzień upływu terminu składania ofert. Należy wskazać, że certyfikat autoryzacji wydany przez firmę Polska Ekologia sp. z o.o. dla wykonawcy składającego ofertę wydany został w terminie wskazującym, że obowiązuje na dzień terminu składania ofert tj. 25 kwietnia 2012 r. Uprawnia on do doboru, montażu i serwisu instalacji solarnych, w tym opartych na kolektorach słonecznych serii Basix, tj. takich, jakie zaoferował wykonawca. Zważywszy, że w dokumentach ofertowych wskazywany jest jako producent podmiot pn. Sunex S.A., Izba uznała za istotne ustalenie, czy wskazany wystawca certyfikatu autoryzacji tj. Polska Ekologia sp. z o.o. może być wskazywany jako producent urządzeń. W ocenie składu orzekającego okoliczność potwierdzająca taką możliwość wynika z faktu potwierdzenia przez Sunex S.A. dokumentem zawartym na str. 96 oferty, że Polska Ekologia S.A. jest autoryzowanym przedstawicielem producenta i ma prawo składać niezbędne oświadczenia w imieniu producenta. W konsekwencji przy braku dowodów przeciwnych uznano za prawidłowe ustalenie dokonane przez zamawiającego, że podmiot certyfikujący wykonawcę Skorut może być określany jako producent kolektorów wymienionych w certyfikacie. W świetle dokonanego ustalenia Izba

uznała, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia kwestionowanej przez odwołującego oferty przystępującego, a tym samym oceniając tę ofertę nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Sygn. akt 1155/12

Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający odrzucił ofertę odwołującą stwierdzając, że przedstawiona dokumentacja grupy pompowej jednoznacznie wskazuje, że zastosowany jest w niej regulator przepływu pływakowy, podczas gdy Zamawiający wymagał zastosowania sprężynowego regulatora przepływa (rotametu). Powyższą ocenę zamawiający oparł na treści karty katalogowej producenta ICMA ujętej na str. 101 oferty, gdzie został przedstawiony opis przepływomierza oraz dwa rysunki (4 i 5). Należy zauważyć, że z podanego opisu nie wynika, czy przedmiotowe urządzenie zaopatrzone jest w sprężynę wymaganą stosownie do opisu grupy pompowej sporządzonego w siwz, czy też nie. Powyższe oznacza, że wykonawca nie przedstawił tym samym wystarczającego dokumentu potwierdzającego, że oferowane urządzenie odpowiada wymaganiom. W ocenie składu orzekającego odrzucenie oferty jako niezgodnej z postanowieniami siwz jest wynikiem przekonania zamawiającego, jednakże nie wynikającego z lakonicznego opisu w ofercie, lecz opartego zapewne na własnej wiedzy o przedmiocie zamówienia. W rozpatrywanym i spornym zakresie zamawiający powinien zatem w toku ponownego badania ofert zażądać od wykonawcy potwierdzenia zgodności oferowanej dostawy z postawionymi wymogami stosownie do obowiązku wynikającego z przepisu art. 26 ust. 3 ew. 4 w z w z par. 5 rozporządzenia PRM z 30. 12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...).

Biorąc pod uwagę, że decyzja zamawiającego została podjęta bez przeprowadzenia procedury uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia ich treści, orzeczono, jak w sentencji wyroku w pkt B.

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

Przewodniczący: