

**WYROK**

**z dnia 25 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INTREX Zakład Instalacyjno-Remontowo-Budowlany S..... M..... w Wieliczkach, R..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHUP PALWOD R..... P..... w Gołdapi w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Raczeki

przy udziale A..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU TECHNIKA A..... B..... w Olsztynie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INTREX Zakład Instalacyjno-Remontowo-Budowlany S..... M..... w Wieliczkach, R..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHUP PALWOD R..... P..... w Gołdapi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INTREX Zakład Instalacyjno-Remontowo-Budowlany S..... M..... w Wieliczkach, R..... P.....

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHUP PALWOD R.....  
P..... w Gołdapi tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INTREX Zakład Instalacyjno-Remontowo-Budowlany S..... M..... w Wieliczkach, R..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHUP PALWOD R..... P..... w Gołdapi na rzecz Gminy Raczki kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt KIO 2234/12**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Raczki - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa 300 przydomowych oczyszczalni ścieków.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało Biuletynie Zamówień Publicznych 29 maja 2012 r., pod pozycją 176568.

Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

9 października 2012 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez A..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „TECHNIKA” A..... B..... w Olsztynie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INTREX Zakład Instalacyjno-Remontowo-Budowlany S..... M..... w Wieliczkach, R..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHUP PALWOD R..... P..... w Gołdapi, wnieśli odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 października 2012 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo braku istnienia przesłanek określonych w tych przepisach oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez A..... B....., dokonania ponownej oceny oferty odwołującego, uznania oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy polega na subiektywnym przyjęciu przez zamawiającego, że cena zaproponowana przez odwołującego jest rażąco niska, wynikającym jedynie z prostego porównania tej ceny do ceny ofert dwóch innych wykonawców, a nie do przedmiotu zamówienia. Podniósł, że zamawiający błędnie odniósł się jedynie do urządzeń firmy Delfin, gdyż do wyjaśnień z dnia 3 września 2012r., odwołujący załączył propozycje cenowe dwóch producentów urządzeń, z których wynika, że koszt zakupu urządzeń zamknie się w kwocie nie przekraczającej 2 mln złotych oraz w samym wyjaśnieniu określił sposób kalkulacji zaproponowanej ceny oraz uwarunkowań tej kalkulacji. Zaznaczył, że roboty budowlane polegające na budowie przydomowych oczyszczalni ścieków nie są pracami skomplikowanymi jakiegokolwiek nowoczesne rozwiązania techniczne czy oryginalne rozwiązania nie mają wpływu na wysokość zaproponowanej ceny. Za niezrozumiałe uznał twierdzenie zamawiającego, że odwołujący nie ustosunkował się do żadnego z pytań a tym bardziej, że nie złożył wyjaśnień, gdyż proste porównanie wezwania i wyjaśnienia jednoznacznie wskazuje, że zamawiający mijają się z prawdą i uzasadnia swoją decyzją nieprawdziwymi sformułowaniami.

Odwołujący wskazał, że naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy polega na podaniu przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty nieprawdziwych i niezgodnych ze stanem faktycznym informacji. Zamawiający niesłusznie przyjął, że nie zastrzeżenie dokumentów firmy Delfin zastrzeżonych przez innych wykonawców oraz

zastrzeżenie dokumentów złożonych w wyniku wezwania do uzupełnienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Oświadczył, że współpracował dotychczas z firmą Delfin i nie zna przyczyny, ani powodu obecnego stanowiska o nie udzieleniu zezwolenia na posługiwanie się jej dokumentami, co stało się podstawą odrzucenia oferty.

Podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący wskazał, że zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, w ogóle nie wskazał, które postanowienia treści oferty odwołującego są nieodpowiednie do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak ten stanowi naruszenie cytowanego przepisu i nie daje odwołującemu jakiegokolwiek możliwości ustosunkowania się do podstaw odrzucenia jego oferty w oparciu o ten przepis.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp z powodu nie istnienia przesłanek określonym tym przepisem. Wskazał, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty niesłusznie podał, że odwołujący naruszył art. 84 ust. 1 Pzp przez dokonanie zmiany treści złożonej oferty tj. załączenie po wezwaniu zamawiającego, do oferty pełnomocnictwa do posługiwania się dokumentami dotyczącymi urządzeń innego producenta przydomowych oczyszczalni ścieków, niż firma Delfin tj. pełnomocnictwo firmy „WOBET - HYDRET” Sp. jawna C..... Zamawiający podał ponadto, że w takiej sytuacji nie wie, które urządzenia proponuje odwołujący oraz, że narusza to art. 87 ust. 1 Pzp zabraniający negocjacji dotyczącej złożonej oferty oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany jej treści. Zamawiający zaznaczył również, że działanie odwołującego narusza art. 82 Pzp. Odwołujący uznał swoje działanie za nie naruszające przywołanych przepisów, podkreślając m.in., że zamawiający wezwał go do uzupełnienia dokumentów dotyczących firmy WOBET-HYDRET Sp. jawna C....., której pełnomocnictwo zostało złożone wcześniej. Uznał, zamawiający przyjął wcześniejsze uzupełnienie oferty (dostarczone pełnomocnictwo) i uznał, że zachodzi konieczność uzupełnienia oferty o wymienione dokumenty. Zamawiający wie zatem jakie urządzenia proponuje odwołujący.

Odwołujący ocenił, że naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp polega na unieważnieniu przez zamawiającego czynności z 4 września 2012r. (wezwania do uzupełnienia oferty) w sytuacji gdy odwołujący uzupełnił już ofertę o żądane dokumenty. W ocenie odwołującego czynność prawna zamawiającego, która wywołała skutek w postaci złożenia dokumentów i deklaracji jest niemożliwa do unieważnienia gdyż prowadzi do nierównego traktowania wykonawców a przede wszystkim nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji.

A..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „TECHNIKA”  
A..... B..... w Olsztynie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania,

powołując też argumentację dotyczącą niezgodności rozwiązań firmy WOBET-HYDRET Sp. jawna C..... z wymaganiami zamawiającego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

W rozdziale I pkt 1 i 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwoleń na wykonanie robót dostawę montaż i uruchomienie 300 sztuk przydomowych oczyszczalni ścieków spełniających opisane wymagania. Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych.

Kryteria oceny ofert ustalone w rozdziale XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowią: cena, energochłonność, stopień usuwania osadu amonowego, stopień usuwania azotu Kjeldahla, stopień usuwania fosforu.

Formularz ofertowy nie przewiduje obowiązku wskazania producenta, ani parametrów oferowanych oczyszczalni.

Pkt VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia zatytułowany „w zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom” – zobowiązuje wykonawców do złożenia:

- deklaracji zgodności z normą PN-EN 12566-3+A 1:2009 i oznakowanie CE potwierdzone raportami z badań z notyfikowanego w UE laboratorium w zakresie skuteczności oczyszczania ścieków (...), wytrzymałości konstrukcyjnej zbiorników, wodoszczelność, trwałość materiału z którego wykonane są zbiorniki POŚ (przydomowej oczyszczalni ścieków – *przyp.* KIO);
- pełnomocnictwa producenta POŚ do posługiwania się dokumentami dotyczącymi urządzeń POŚ w ramach zamówienia publicznego w Gminie Raczki.

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 4.158 500 zł i wraz z ofertą złożył dokumenty wskazane w rozdziale VI tiret pierwsze specyfikacji pochodzące od Delfin Sp. z o.o. w Kielcach, nie złożył pełnomocnictwa.

Pismem z 22 sierpnia 2012 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wymaganego pełnomocnictwa w wyznaczonym terminie.

Odwołujący wniósł o przedłużenie terminu, a po uzyskaniu zgody zamawiającego złożył pełnomocnictwo WOBET-HYDRET Sp. jawna C..... w Aleksandrowie Łódzkim.

Pismem z 4 sierpnia 2012r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów wskazanych w rozdziale VI tiret pierwsze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący złożył wymagane dokumenty wystawione dla WOBET-HYDRET Sp. jawna C.....

Złożone przez odwołującego wraz z ofertą dokumenty pochodzące od Delfin Sp. z o. o. nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, zastrzeżenia takiego dokonał odwołujący wobec dokumentów WOBET-HYDRET Sp. jawna C..... .

Pismem z 29 sierpnia 2012r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do udzielenia do 3 września 2012r. wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny. Zamawiający, prócz wskazania przykładowo czynników wymienionych w art. 90 ust. 2 Pzp, zobowiązał odwołującego do udostępnienia wysokości cen zakupu oferowanych urządzeń POŚ potwierdzonych ofertą uzyskaną od producenta lub innego dostawcy.

Odwołujący w wyznaczonym terminie udzielił wyjaśnień. Nie dołączył do nich oferty handlowej Delfin Sp. z o.o., lecz ofertę WOBET-HYDRET Sp. jawna C.....

W trakcie postępowania zamawiający otrzymał pismo Delfin Sp. z o.o. z 23 sierpnia 2012r., w którym stwierdzono, że odwołujący, ani żaden z wykonawców tworzących odwołujące się konsorcjum nie zwracali się o ofertę handlową dla badanego postępowania, wykonawcy nie mają gwarancji dostaw urządzeń. Wskazano również, że Delfin Sp. z o.o. nie udzielił odwołującemu, ani żadnemu z wykonawców pełnomocnictwa do posługiwania się dokumentami dotyczącymi urządzeń POŚ, a załączone w ofercie dokumenty zostały wykorzystane bez wiedzy i zgody Delfin Sp. z o.o.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp rozpoznała odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów, z pominięciem argumentacji dotyczącej niezgodności oczyszczalni produkowanych przez WOBET-HYDRET Sp. jawna C..... z wymaganiami specyfikacji i uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezsporne jest między stronami, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp złożył dokument pełnomocnictwa pochodzący od innego producenta oraz że WOBET-HYDRET Sp. jawna C..... stosuje w przydomowych oczyszczalniach ścieków inne rozwiązanie, niż Delfin Sp. z o.o.

Istotę sporu stanowi zatem odpowiedź na pytanie, czy na gruncie przepisów ustawy dopuszczalna jest zmiana oferowanego rozwiązania po terminie składania ofert.

Zamawiający w treści formularza oferty stanowiącego oświadczenie woli wykonawcy (ofertę *sensu stricto*) nie przewidział konieczności podania nazwy producenta, ani parametrów technicznych lub technologii oferowanych przydomowych oczyszczalni ścieków umożliwiających dokonanie oceny oferty zgodnie z przyjętymi kryteriami pozacenowymi. Oferowane rozwiązanie jest identyfikowane w dokumentach nazwanych w rozdziale VI specyfikacji dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego (dokumenty przedmiotowe). Wymagane pełnomocnictwo stanowi nadto o rzeczywistej możliwości zaoferowania danych oczyszczalni ścieków przez wykonawcę składającego ofertę.

Opisywany stan rzeczy nie statuuje uprawnienia wykonawcy do złożenia, w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentów dotyczących rozwiązania innego, niż wskazane w dokumentach złożonych w ofercie. O prawnym charakterze oświadczeń i dokumentów oraz ich znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie decyduje ich umiejscowienie w specyfikacji w rozdziale o danym tytule, ale ich merytoryczne znaczenie treści dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dostrzeżenia wymaga, że - w okolicznościach sporu - pełnomocnictwo i dokumenty wskazane w rozdziale VI tiret pierwsze specyfikacji nie tylko potwierdzają spełnianie przez oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane wymagań zamawiającego, ale również identyfikują i indywidualizują świadczenie wykonawcy. Nadto dokumenty wskazane w rozdziale VI tiret pierwsze specyfikacji umożliwiają dokonanie oceny ofert w kryteriach innych, niż cena. Dane wynikające z samego formularza oferty nie dają takiej możliwości.

Dokumenty i oświadczenia tworzące treść oferty nie mogą być zastępowane po otwarciu ofert dokumentami i oświadczeniami opisującymi inny przedmiot świadczenia – przydomową oczyszczalnię ścieków pochodzącą od innego producenta oraz wykorzystującą inną technologię bez obrazu art. 82 ust. 1 Pzp. Przepis ten pozwala na złożenie wyłącznie jednej oferty. Nie budzi wątpliwości Izby, że wskazanie przez odwołującego innej przydomowej oczyszczalni ścieków, stanowi zmianę treści oferty, *de facto* złożenie nowej oferty. Czynność taka jest niedopuszczalna po upływie terminu składania ofert. Zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp wykonawca może zmienić lub wycofać złożoną ofertę wyłącznie do upływu terminu składania ofert.

Działanie odwołującego nie może być uznane za złożenie oferty wariantowej – oferującej inny sposób wykonania zamówienia. Podstawą dla takiego działania jest zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 4 Pzp dopuszczenie w specyfikacji możliwości złożenia oferty wariantowej. Tymczasem zamawiający możliwości takiej nie dopuścił.

W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Niezgodna z przepisami ustawy jest bowiem oferta, której

zasadniczy, podstawowy przedmiot świadczenia został zmodyfikowany przez wykonawcę po otwarciu ofert.

Zamawiający nie naruszył art.89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba wyraża pogląd, że nieuzupełnienie dokumentów na wezwanie zamawiającego przynosi negatywne konsekwencje dla wykonawcy niezależnie od tego, czy wezwanie odnosiło się do dokumentów o charakterze przedmiotowym, czy podmiotowym.

W przypadku nieuzupełnienia przez wykonawcę dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (dokumentów podmiotowych) zamawiający dokonuje wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Jeśli nieuzupełnione zostały dokumenty przedmiotowe, nie została potwierdzona zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, oferta podlega odrzuceniu, co do zasady na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skoro odwołujący składając ofertę zaoferował przydomowe oczyszczalnie ścieków produkowane przez Delfin Sp. z o.o., to oczywistym jest, że uzupełnieniu podlegać może wyłącznie niezłożone wraz z ofertą pełnomocnictwo od tej firmy. Złożenie pełnomocnictwa pochodzącego od innego wykonawcy powoduje, że wymagania zamawiającego opisane w specyfikacji nie zostały potwierdzone, co rodzi skutek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Orzecznictwo wypracowało pogląd, zgodnie z którym dopuszczalne jest w ramach uzupełnienia dokonywanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp powołanie innych osób, wskazanie innych należycie zrealizowanych umów - w przypadku potwierdzenia spełniania wymagań podmiotowych. W przypadku dokumentów o charakterze przedmiotowym odnoszących się do treści oferty – potwierdzających spełnianie przez oferowane świadczenie wymagań zamawiającego możliwość ta doznaje ograniczenia, gdyż może doprowadzić do zmiany treści oferty, czemu przepisy ustawy zasadniczo się sprzeciwiają.

Niezależnie od tego, że nie było to podnoszone przez odwołującego, Izba rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zobowiązana jest do zbadania możliwości poprawienia oferty, gdyż na podstawie przywołanego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art.87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Nie można wykluczyć, że mogą zaistnieć sytuacje, w których złożenie nowych dokumentów przedmiotowych mogłoby być poczytane za zmianę dopuszczalną zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jeśli można by uznać, że nieprawidłowe oświadczenia i dokumenty omyłkowo zostały złożone wraz z ofertą, a ich treść nie ma istotnego znaczenia dla całości świadczenia oferowanego przez wykonawcę.



W okolicznościach sporu Izba uznała, że składając wraz z ofertą dokumenty Delfin Sp. z o.o. odwołujący działał świadomie, a zmiana polegająca na zaoferowaniu po terminie składania ofert urządzeń WOBET-HYDRET Sp. jawna C..... ma charakter istotny, dotyczy bowiem istoty zamówienia – przydomowych oczyszczalni ścieków.

Zamawiający już po otrzymaniu pełnomocnictwa WOBET-HYDRET Sp. jawna C..... powinien odrzucić ofertę odwołującego, bez wzywania do złożenia dokumentów w miejsce znajdujących się w ofercie dokumentów Delfin Sp. z o.o. Wbrew twierdzeniom odwołującego czynność taka jako naruszająca przepisy nie wywiera skutków prawnych, zwłaszcza, że zamawiający uchylił się od jej skutków dokonując odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający nie dokonując oceny dokumentów WOBET-HYDRET Sp. jawna C..... postąpił zgodnie z przepisami ustawy i wbrew twierdzeniom odwołującego nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

Potwierdzenie znalazł natomiast zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Podstawą do odrzucenia oferty przez zamawiającego był brak dokonania przez odwołującego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów Delfin Sp. z o.o. złożonych wraz z ofertą, które zastrzegli pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Nadto dokonanie zastrzeżenia dokumentów pochodzących od WOBET-HYDRET Sp. jawna C..... uznał za godzące w zasady uczciwej konkurencji.

Zastrzeżenie informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa ma charakter indywidualny i konkretny. Z samego faktu, że pewne informacje zostały zastrzeżone przez konkurentów, nie wynika obowiązek dokonania zastrzeżenia przez innego wykonawcę. Dostrzec trzeba, że przesłanki warunkujące możliwość dokonania zastrzeżenia zawiera art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wyprowadzanie przez zamawiającego wniosków z faktu zaniechania lub dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinna poprzedzać, zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w uchwale z 14 października 2012 roku (III CZP 74/05), ocena czy dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy. Zamawiający tego nie uczynił.

Izba nie podzieliła również poglądu prezentowanego na rozprawie przez zamawiającego, że złożenie oferty oferującej rozwiązanie bez gwarancji producenta, że odwołujący je dostarczy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba uznała, że zachowanie odwołującego, który powoływał się na dotychczasową współpracę z Delfin Sp. z o.o., a nie ustalił jej w sposób pewny dla badanego postępowania stanowi działanie, które można oceniać w kategoriach racjonalności i ryzyka gospodarczego, nie zaś czynów nieuczciwej konkurencji.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, gdyż nie otrzymał wyjaśnień żądanych w piśmie z 29 sierpnia 2012r. Oczywistym jest, że zamawiający żądał wyjaśnień dotyczących ceny oferty zawierającej przydomowe oczyszczalnie ścieków produkowane przez firmę Delfin Sp. z o.o., której dokumenty zostały złożone wraz z ofertą. Odwołujący tymczasem w wezwaniu udzielił wyjaśnień dotyczących cen urządzeń firmy WOBET-HYDRET Sp. jawna C.....

Izba uznała za niewiarygodne twierdzenie przez odwołującego na rozprawie, że obliczając cenę oferty uwzględniał oba rozwiązania. Podstaw do takiej tezy nie zawiera oferta, ani też dokumenty złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia. Odwołujący w żaden inny sposób twierdzenia tego nie uprawdopodobnił.

Złożenie wyjaśnień dotyczących elementów treści oferty, urządzeń innych niż wskazane w złożonej ofercie oznacza, że odwołujący nie złożył wyjaśnień żądanych przez zamawiającego.

W takiej sytuacji zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, co prawidłowo uczynił.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego – w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....