

Sygn. akt: KIO 2413/14

**WYROK**  
z dnia 2 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 grudnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Boryszew Spółka Akcyjna Oddział Boryszew ERG w Sochaczewie ul. 15 Sierpnia 106 i Newave Aerochemical Company Limited z siedzibą w Chinach, Chengdu, Erhuan lu, er duan nr 17** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 1**

przy udziale **wykonawcy UAB „ESSPO” z siedzibą w Republice Litewskiej w Anyksčiai przy ul. Sviesos g. 1** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2413/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Boryszew Spółka Akcyjna Oddział Boryszew ERG w Sochaczewie ul. 15 Sierpnia 106 i Newave Aerochemical Company Limited z siedzibą w Chinach, Chengdu, Erhuan lu, er duan nr 17** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Boryszew Spółka Akcyjna Oddział Boryszew ERG w Sochaczewie ul. 15 Sierpnia 106 i Newave Aerochemical Company Limited z**

**siedzibą w Chinach, Chengdu, Erhuan lu, er duan nr 17** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Boryszew Spółka Akcyjna Oddział Boryszew ERG w Sochaczewie ul. 15 Sierpnia 106 i Newave Aerochemical Company Limited z siedzibą w Chinach, Chengdu, Erhuan lu, er duan nr 17** na rzecz zamawiającego **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 1** kwotę 51 zł. 00 gr (słownie : pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. uiszczonych opłat skarbowych od złożonych pełnomocnictw.

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

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na zostało wszczęte przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 1 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2014r. nr 2014/S 115-203569.

w dniu 14 października 2014 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i spełniającej warunki tj. oferty złożonej przez przedsiębiorstwo UAB ESSPO z siedzibą w Republice Litewskiej.

W dniu 21 października 2014r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Boryszew Spółka Akcyjna Oddział Boryszew ERG w Sochaczewie ul. 15 Sierpnia 106 i Newave Aerochemical Company Limited z siedzibą w Chinach, Chengdu, Erhuan lu, er duan nr 17 – dalej odwołujący - wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu zarzucając niezgodność z przepisami ustawy poprzez wybór oferty, która z mocy prawa powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) jako:

1. nie odpowiadająca co do swej treści zapisom specyfikacji istotnych warunków zamówienia - art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy,
2. stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy,
3. zawierającą błędy w obliczeniu ceny - art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy.

Wniósł o uznanie wybranej przez zamawiającego oferty wykonawcy UAB ESSPO za podlegającą odrzuceniu i wybór jako najkorzystniejszej kolejnej oferty złożonej przez odwołującego.

Do odwołania nie załączono dowodu przekazania kopii odwołania zamawiającemu.

W dniu 28 października 2014r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wydał postanowienie o zwrocie odwołania w sprawie sygn. akt KIO 2204/14.

W dniu 27 października 2014r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia oraz o uzupełnienie dokumentu potwierdzającego wykonanie badań okresowych przez SMI Ltd. W Miami w okresie 2 lat od daty 11.07.2011 roku dla środka Borygo Runway SF/NW-058. Po złożeniu wyjaśnień i dodatkowych dokumentów w dniu 7 listopada 2014r. zamawiający ponownie poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o dokonaniu ponownego wyboru oferty tego samego wykonawcy oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

W dniu 17 listopada 2014r. odwołujący wniósł pisemne odwołanie podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 października 2014r. udzielonego przez prokurenta samoistnego oddziałowego Oddziału Boryszew ERG w Sochaczewie Boryszew SA ujawnionego w KRS Boryszew SA i upoważnionego do działania w imieniu Boryszew SA także na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 października 2014r. udzielonego przez prezesa zarządu Boryszew SA ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji oraz w imieniu partnera konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 października 2014r. udzielonego zgodnie z licencją na działalność nr 510100000142866 przez pełnomocnika firmy Liuwei Chemia w Lotnictwie Cywilnym, Chengdu sp. z o.o., które działa także pod angielską nazwą Newave Aerochemical Co. Ltd. zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio w dniu 17 listopada 2014r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodny z przepisami ustawy poprzez wybór oferty, która z mocy prawa powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ustawy jako:

1. nie odpowiadającą co do swej treści zapisom specyfikacji istotnych warunków zamówienia
  - art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy,
2. stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy,
3. zawierającą błędy w obliczeniu ceny - art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy.

Dodatkowo odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodne z prawem odrzucenie jego oferty.

Wniósł o uznanie wybranej przez zamawiającego oferty wykonawcy UAB ESSPO za podlegającą odrzuceniu, uznanie oferty odwołującego jako spełniającej kryteria i wybór jako najkorzystniejszej kolejnej oferty złożonej przez odwołującego oraz o zwrot całości kosztów poniesionych przez odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty UAB ESSPO odwołujący w uzasadnieniu faktycznym i prawnym zarzutów podniósł argumentację faktyczną i prawną identyczną z argumentacją podniesioną w sprawie sygn. akt KIO 2204/14, czemu odwołujący nie przeczył. W odniesieniu do zaniechania odrzucenia UAB ESSPO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy podniósł, że zamawiający określił warunki jakie musi spełniać Oferta Wykonawcy w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz).

W punkcie 10.3 siwz Zamawiający określił jakie elementy powinna zawierać kompletna oferta, w tym w podpunkcie c) dla zadania 1 Zamawiający określił, iż Oferta powinna zawierać dokument potwierdzający, że oferowany płyn do odladzania nawierzchni lotniskowych posiada aktualny certyfikat normy SEA AMS 1435 - przez „certyfikat” uznając

dokument wystawiony przez SMI Inc. Scientific Material International 12219 SW 131 Avenue Miami, Florida - potwierdzający, że oferowany środek chemiczny do odladzania jest zgodny ze specyfikacją materiałów lotniczych SAE AMS 1435 w zakresie parametrów fizyko chemicznych.

W swojej ofercie złożonej 6.10.2014 roku, firma UAB ESSPO jako część składową oferty przedstawiła na stronach nr 3 - nr 22 Raport z testów okresowych wydany 31 marca 2014 roku, nr ref. SMI/REF 1402 – 429, natomiast przedstawiony dokument, w ocenie odwołującego, nie odpowiada w swej treści wymogom stawianym przez treść siwz dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Raport z badań okresowych obejmuje jedynie wybrane parametry fizyko chemiczne środka chemicznego. Stwierdza zgodność z normą AMS 1435 tylko części parametrów fizyko chemicznych płynu do odladzania NORDWAY - KF dokładnie w zakresie w jakim badania okresowe zostały przeprowadzone.

Z treści tego dokumentu wyraźnie wynika, iż nie potwierdza on spełnienia wszystkich wymogów jakie muszą zostać spełnione dla stwierdzenia, że środek chemiczny odpowiada normie powołanej przez zamawiającego.

- nie podano wartości BOD, COD i LC50 (odpowiednie punkty normy: 3.1.1.1.1, 3.1.1.1.2 i 3.1.1.2) - dane podaje się w celach informacyjnych, ale są wymagane normą AMS 1435C,
- nie podano śladowych zanieczyszczeń, zawartości siarki, halogenów, fosforanów, azotanów, ołowiu, chromu kadmu i rtęci (punkt normy: 3.1.1.3) - dane podaje się w celach informacyjnych, ale są wymagane normą AMS 1435C,
- nie podano opisu wyglądu płynu, czy jest jednorodny, czy nie zawiera wytrąconych osadów (punkt normy: 3.1.2) - wygląd płynu powinien odpowiadać wymaganiom podanym w normie AMS 1435C,
- nie podano informacji o badaniach temperatury zapłonu, czy płyn charakteryzuje się temperaturą zapłonu nie niższą niż 100 °C (punkt normy: 3.2.1) - spełnienie tego punktu jest wymagane normą AMS 1435C,
- nie podano gęstości płynu (punkt normy: 3.2.2) - wartość podaje się w celach informacyjnych, ale oznaczenie tego parametru jest wymagane normą AMS 1435C,
- nie podano pH płynu, czy utrzymuje się w przedziale 7,0 - 11,5 (punkt normy: 3.2.3.) - spełnienie wymagań tego punktu jest wymagane normą AMS 1435C.

Zdaniem odwołującego, dla udokumentowania spełniania parametrów normy UAB ESSPO powinien przedstawić Raport z całkowitych badań środka do odladzania potwierdzający, że wszystkie wymagane parametry normy SEA AMS 1435 są przez dany środek spełnione.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż UAB ESSPO przedłożył w toku postępowania ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stanowiący

część składową oferty dokument mający poświadczyć zgodność środka z normą wymaganą przez zamawiającego nie odpowiada wymogom gdyż nie potwierdza wymaganej zgodności w zakresie podstawowych parametrów fizyko chemicznych płynu.

Podnosząc zarzut zaniechania odrzucenia oferty UAB ESSPO jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, odwołujący wskazał, że zgodnie z brzmieniem art. 8 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest opatrywanie towarów lub usług fałszywym lub oszukańczym oznaczeniem geograficznym wskazującym bezpośrednio albo pośrednio na kraj, region lub miejscowość ich pochodzenia albo używanie takiego oznaczenia w działalności handlowej, reklamie, listach handlowych, rachunkach lub innych dokumentach. Przedstawił szeroko jak rozumie czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 8 uznk i przesłanki konieczne dla jego popełnienia wskazując na to, że w jego ocenie UAB ESSPO naruszyło w sposób jednoznaczny dyspozycję art. 8 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przedłożone przez UAB „ESSPO” dokumenty w szczególności karty bezpieczeństwa wskazują, że UAB „ESSPO” jest wyłącznie dystrybutorem płynów odlodzeniowych, których producentem w rzeczywistości jest firma „RChZ „NORDIKS” z Rosji. Z kolei certyfikat SMI INC załączony przez UAB „ESSPO” do oferty wskazuje, że UAB „ESSPO” jest producentem przedmiotowych środków. Zgodnie z informacją pochodzącą od SMI INC certyfikat może być wystawiony wyłącznie dla producenta oraz na miejsce produkcji. Sprzeczność wynikająca z tych dwóch dokumentów, które były wymagane w specyfikacji przetargowej przez zamawiającego wskazuje zdaniem odwołującego, iż UAB „ESSPO” używa fałszywych i oszukańczych oznaczeń geograficznych informujących o pochodzeniu towaru. Z jednej strony występuje wyłącznie, jako dystrybutor towaru rosyjskiego tj. producenta środków do odladzania, co znajduje potwierdzenie w oświadczeniu firmy „RChZ „NORDIKS”, która stwierdza, że oddaje do dyspozycji UAB „ESSPO” niezbędne zasoby, a z drugiej strony przedstawia dokumenty wskazujące na to, że jest producentem.

Ponadto z oświadczenia „RChZ „NORDIKS” wynika, że to „RChZ „NORDIKS” posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie produkcji środków do odladzania, a także, że dostarczał te środki na inne lotniska.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków

- Pana N. A. - „RChz „NORDIKS” - 140204, Region Moskiewski, Woskresensk, ul. Prompłoszczdka 3, Rosja
  - Pana L. P. UAB „ESSPO” - ul. Sviesos g. 1, LT-29147 Anyksciai, Republika Litewska
- Na okoliczność kto jest producentem środków oferowanych w niniejszym postępowaniu przez UAB ESSPO.

Pokreślił, iż poza naruszeniem art. 8 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji UAB „ESSPO” naruszył art. 10 cytowanej ustawy poprzez takie oznaczenie towarów lub usług

albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. W tym zakresie także przedstawił analizę przesłanek popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji z art. 10 uznk.

Powyższe zdaniem odwołującego oznacza, że dla ogłaszającego przetarg powinno być istotne, kto jest producentem środków od odladzania i gdzie je wytwarza, gdyż ma to wpływ na odpowiedzialność za produkt wobec osób trzecich i jego jakość. Dokumenty stanowiące część składową oferty UAB „ESSPO” wskazują, iż to ta firma jest producentem i produkuje środki odlodzeniowe na Litwie. Tak też wynika z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w toku postępowania oceny oferty. Jest to w sprzeczności z pozostałymi materiałami, które wyraźnie wskazują, iż produkcja odbywa się w Rosji. Na tę okoliczność wskazują dokumenty jak i na tę okoliczność należy przesłuchać przedstawicieli UAB „ESSPO” i RCHZ „NORDIKS” - co wykaże w ocenie odwołującego nieprawidłowość postępowania UAB ESSPO. Inni oferenci w toku postępowania wskazywali wyraźnie na miejsce produkcji i kraj pochodzenia poszczególnych środków chemicznych. Zgola odmiennym jest prawo do korzystania z nazwy towaru na danym terytorium (na co powołuje się UAB „ESSPO”), a czymś innym prawidłowe oznaczenie miejsca pochodzenia i wytworzenia towaru. Wydaje się odwołującemu bezspornym, iż właścicielem receptury i podmiotem odpowiedzialnym za wytworzenie towaru nie jest UAB „ESSPO” a RCHZ „NORDIKS” i tak też powinno zostać oznaczone pochodzenie towaru. Ma to kluczowe znaczenie dla oceny zakresu odpowiedzialności za towar jak i uczciwego postępowania w działalności gospodarczej.

Wybór oferty UAB „ESSPO” nie daje żadnej gwarancji jakości i kontroli produkcji towaru, a w szczególności kontroli technologicznej, recepturowej oraz jakości składników wykorzystywanych do produkcji środków do odladzania. Nie daje także gwarancji, że dostarczone środki do odladzania będą miały zachowane normy techniczne obowiązujące w Unii Europejskiej. Oznacza to, że w przypadku wystąpienia jakiegokolwiek szkody spowodowanej środkiem do odladzania zamawiający, zdaniem odwołującego, nie będzie mógł wskazać podmiotu odpowiedzialnego za produkcję przedmiotowego środka do odladzania

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty UAB ESSPO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, to odwołujący powołał okoliczność, że siwz w sposób dokładny i szczegółowy w pkt. 18 opisywała sposób obliczenia ceny na potrzeby przedmiotowego postępowania. Podpunkt 4 tego punktu zawiera wzór do prawidłowego obliczenia ceny oferty dla Zadania numer 1, którego dotyczyła oferta firmy UAB „ESSPO”.

Cena oferty powinna zostać wyliczona poprzez zsumowanie iloczynów cen poszczególnych środków do odladzania (wyrażoną w EURO) i ich ilości, a następnie pomnożenie wyniku

sumowania przez przelicznik - 1,23 odpowiadający wysokości podatku VAT obowiązującego w Polsce.

Firma UAB ESSPO w swej ofercie, która została wybrana jako najkorzystniejsza i spełniająca warunki podaje cenę oferty obliczoną według zupełnie odmiennego wzoru niezgodnie z wymogami siwz. Cena oferty nie została, zdaniem odwołującego, przemnożona przez wymagany przelicznik 1,23 co powoduje, iż cena oferty zawiera błędy w obliczeniu ceny i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6) oferta takiego wykonawcy powinna zostać odrzucona przez zamawiającego. Wzór do obliczenia ceny oferty jest podany w sposób klarowny w siwz i pozostali oferenci nie mieli żadnego problemu z prawidłowym obliczeniem ceny oferty.

Natomiast w zakresie zarzutu na czynność odrzucenia własnej oferty odwołujący podniósł, że po wystosowaniu przez odwołującego odwołania od czynności pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający unieważnił swoją czynność i ponownie przeprowadził procedurę sprawdzania ofert. W toku ponownego sprawdzania ofert zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień i przedstawienia dokumentu potwierdzającego wykonanie badań okresowych przez SMI Ltd. W Miami w okresie 2 lat od daty 11.07.2011 roku dla środka Borygo Runway SF/NW-058.

Jako dowód odwołujący powołał kopię wezwania z dnia 27.10.2014 roku.

Oświadczył, że odpowiednie wyjaśnienia zostały przez niego złożone, a dodatkowo odwołujący załączył kopię dokumentu z prowadzonych badań w SMI Miami. Wyjaśnił, iż w treści siwz zamawiający zawarł konieczność przedstawienia aktualnego certyfikatu normy AMS 1431 wskazując, iż uważa za takowy dokument potwierdzający spełnianie wymogów normy w zakresie parametrów fizyko chemicznych wystawiony przez SMI Miami. Taki dokument odwołujący złożył jako integralną część oferty. Został on razem z ofertą oceniony przez zamawiającego jako spełniający kryteria siwz, a po ponownym badaniu ofert zamawiający stwierdził, iż wymaga dodatkowego wyjaśnienia i dokumentu badań okresowych wystawionego w terminie 2 lat od daty 11.07.2011 roku. Jest to, w ocenie odwołującego, niezgodne z postanowieniami siwz i stanowi zmianę treści siwz i zmianę warunków oferty co jest, zdaniem odwołującego, niedopuszczalne w świetle pkt. 20 siwz i przepisów ustawy. Odwołujący stoi na stanowisku, że wskazał, iż przedstawiony w ofercie dokument jest aktualny i stwierdza zgodną z prawdą i stanem faktycznym sytuację spełniania przez oferowany środek kryteriów wymaganych przez normę AMS 1431 - potwierdza zgodność parametrów fizyko chemicznych środka z normą, a co za tym idzie odpowiada kryteriom narzuconym przez zamawiającego w siwz. Odwołujący wyjaśnił, iż po dacie 11.07.2011 roku nie nastąpiły żadne zmiany receptury, technologii ani żadne inne wpływające na utratę aktualności testów badawczych SMI. Odwołujący wyjaśnił również, iż środek badany był w międzyczasie kilkakrotnie w zakresie wybranych parametrów fizyko



chemicznych przez różne ośrodki badawcze w Chinach i Polsce, a obecnie od sierpnia badany jest w SMI w Miami. Jako dowód w sprawie odwołujący powołał złożone przez siebie wyjaśnienia.

Dodatkowo odwołujący załączył kopie dokumentu z prowadzonych testów. Jednocześnie zauważył, iż norma AMSS 1431 w żadnym punkcie nie odnosi się do czasookresu aktualności wyników z badań, nie wskazuje konkretnych ośrodków badawczych, które uprawnione są do prowadzenia badań - zawiera jedynie wytyczne co do sposobu oceny środków chemicznych według parametrów normy. Tę wiedzę zamawiający, zdaniem odwołującego, posiadał gdyż zawarta była w korespondencji z SMI, którą przedstawił inny podmiot w toku wyjaśnień - UAB ESSPO.

W swoim wezwaniu do złożenia wyjaśnień zamawiający nie wskazał, iż dokument należy złożyć wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego, a następnie w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty odniósł się do tego faktu stwierdzając, iż jest to niezgodne z zapisami siwz. Nie można zgodzić się z tym stanowiskiem, gdyż siwz w sposób wyraźny odnosi się do treści oferty, która musi zostać przygotowana w odpowiedni sposób w odpowiednim języku zarówno, jeśli chodzi o formularze jak i dokumenty stanowiące integralną część oferty.

Wyjaśnienia nie stanowią integralnej części oferty, gdyż zmiana jakiegokolwiek treści oferty poza przypadkami określonymi w art. 87 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych jest niedozwolona. Nie można zatem, zdaniem odwołującego, przyjąć, iż dokumenty załączane do wyjaśnień muszą być tłumaczone, jeżeli takiego zastrzeżenia nie zawarto w wezwaniu.

W dniu 7 listopada 2014r. zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego. Czynność ta jest, w ocenie odwołującego, niezgodna z prawem. Oferta odwołującego została złożona zgodnie z kryteriami siwz i spełniała wszelkie wymagane kryteria, a co za tym idzie nie było przesłanek do odrzucenia oferty. Nawet jeśli zamawiający przyjąłby, iż dokument Raportu z testów załączony do wyjaśnień nie jest brany pod uwagę, to wszystkie dokumenty stanowiące część składową oferty odwołującego są, w jego ocenie, kompletne i w pełni spełniają kryteria określone przez zamawiającego dla przedmiotowego postępowania. Dokumenty te stanowiły już uprzednio przedmiot analizy i wyjaśnień i niezrozumiałe są powody dla których zostały ocenione powtórnie w odmienny sposób. Uzasadnienie odrzucenia jest lakoniczne i nie wskazuje żadnych podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Wprowadzenie przez zamawiającego jakiegoś dodatkowego wymogu - przedstawienia dokumentu z badań okresowych dla środka oferowanego nie znajduje uzasadnienia prawnego – zdaniem odwołującego, należy rozważyć czy nie jest to zmiana treści ogłoszenia. Siwz nie można zmieniać w trakcie trwania postępowania i takie podejście nie znajduje uzasadnienia prawnego. Postępowanie zamawiającego stanowi naruszenie prawa i nie może zostać uznane za prawidłowe i

uzasadnione, stąd odwołujący domaga się unieważnienia tej czynności i uznania oferty odwołującego za spełniającą kryteria.

Czynność zamawiającego została dokonana w sposób niezgodny z treścią przepisów ustawy, gdyż odrzucono ofertę, która spełnia wszystkie kryteria i dokonano wyboru oferty, która powinna zostać przez zamawiającego odrzucona.

W dniu 17 listopada 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20 listopada 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca UAB „ESSPO” z siedzibą w Republice Litewskiej w Anyksčiai przy ul. Sviesos g. 1 wskazując, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą i ma interes w oddaleniu odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Dyrektora przystępującego ujawnionego w krótkim wypisie z rejestru osób prawnych Republiki Litewskiej. Kopia zgłoszenia została nadana do zamawiającego i odwołującego listami poleconymi w dniu 19 listopada 2014r.

Przystępujący nie zgodził się z odwołującym. Wskazał, że teza odwołującego, że był uprawniony przedłożyć zamawiającemu dokumenty w innym języku niż polski bez tłumaczenia na język polski jest sprzeczna z art. 9 pkt 2 i 3 ustawy, w sytuacji, gdy zamawiający nie wyraził na to zgody. Odnośnie oferty przystępującego, to spełnia ona wymogi siwz w zakresie udokumentowania spełniania przez oferowany środek odlodzeniowy normy SAE 1435C jak i kwestii sposobu obliczenia ceny. Wywody odwołującego w zakresie nieuczciwej konkurencji są insynuacjami. Relacje pomiędzy przystępującym, a RChZ Nordiks są udokumentowane oświadczeniem o udostępnieniu zasobów, a prawo produkowania środków odlodzeniowych wg receptur firmy RchZ Nordiks dokumentuje umowa licencyjna, prawo posługiwania się marką Nordway w Europie potwierdza jej rejestracja przez UAB, produkcję środków odlodzeniowych potwierdza ISO, które nadawane jest tylko po pełnym audycie zakładu produkcyjnego. Wnosi o oddalenie wniosków o dopuszczenie dowodów z zeznań świadków, gdyż okoliczności, które za pomocą tych środków dowodowych miały być udowodnione zostały w całości wyjaśnione i są w posiadaniu zamawiającego.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania i oparła się na następujących dowodach tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, oferty przystępującego, informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 października 2014r., odwołania wniesionego w sprawie sygn. akt KIO 2204/14,

postanowienia Prezesa KIO wydanego w dniu w sprawie sygn. akt KIO 2204/14, wezwania zamawiającego skierowanego przystępującego z października 2014r. o wyjaśnienia kto jest producentem oferowanych przez przystępującego środków, wyjaśnień przystępującego z dnia 13 października 2014r., wezwania zamawiającego do odwołującego z dnia 27 października 2014r., odpowiedzi odwołującego na wezwanie z dnia 30 października 2014r., wezwania zamawiającego do przystępującego z dnia 27 października 2014r., odpowiedzi przystępującego z dnia 28 października 2014r., informacji o wyniku postępowania z dnia 7 listopada 2014r. oraz normy AMS 1435C wraz z tłumaczeniem. Pozostałe dowody zgłoszone przez odwołującego i przystępującego Izba oceniła, jako nie mające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że

W pkt. 10 .2 siwz zamawiający wskazał, że oferta musi być sporządzona w języku polskim w formie pisemnej. Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę.

Zgodnie zaś z pkt 10.3. Kompletna oferta powinna zawierać:

- a) formularz oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1a dla zadania 1, załącznik 1b dla zadania 2 do niniejszej siwz, zgodnie z pkt 10 ust. 2b siwz,
- b) pełnomocnictwo do podpisania oferty, jeżeli prawo do podpisania oferty nie wynika z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W tym przypadku, pełnomocnictwo wykonawca zobowiązany jest dołączyć w oryginale lub kopii notarialnie poświadczonej.
- c) dla zadania 1 dokument potwierdzający, że oferowany płyn do odladzania nawierzchni lotniskowych posiada aktualny certyfikat normy SAE (Society of Automotive Engineers) AMS 1435 (Aerospace Material Specifications) - przez "certyfikat" Zamawiający rozumie dokument wystawiony przez SMI, Inc. Scientific Material International 12219 SW 131 Avenue Miami, Florida potwierdzający, że oferowany środek chemiczny do odladzania nawierzchni lotniskowych jest zgodny ze specyfikacją materiałów lotniczych SAE (Society of Automotive Engineers) AMS 1435 w zakresie parametrów fizyko chemicznych.
- d) Dla zadania 1 dokument potwierdzający, że oferowany granulat posiada aktualny certyfikat normy SAE (Society of Automotive Engineers) AMS 1431 (Aerospace Material Specifications) - przez "certyfikat" Zamawiający rozumie dokument wystawiony przez SMI, Inc. Scientific Material International 12219 SW 131 Avenue Miami, Florida potwierdzający, że oferowany środek chemiczny do odladzania nawierzchni lotniskowych jest zgodny ze specyfikacją materiałów lotniczych SAE (Society of Automotive Engineers) AMS 1431 w zakresie parametrów fizyko chemicznych.
- e) Dla zadania 1 Karta Charakterystyki Niebezpiecznej Substancji Chemicznej.
- f) Dla zadania 2 Karta Charakterystyki Niebezpiecznej Substancji Chemicznej.

g) Dla zadania 1 Oświadczenie, iż:

- w związku z technologią odladzania stosowaną u Zamawiającego, która przewiduje stosowanie środka płynnego produkowanego na bazie mrówczanu potasu w połączeniu z granulatem produkowanym na bazie mrówczanu sodu, połączenie oferowanych przez Wykonawcę płynu i granulatu gwarantuje skuteczność i bezpieczeństwo kompozycji środków przy odladzaniu,
- z rozkładu oferowanych produktów nie powstaną azotany, azotyny i triazole (dotyczy płynu i granulatu).

W pkt. 18.4 siwz znajduje się wzór  $Co = \{(Px2400000kg) + (Gx1400000kg)\} \times 1,23$ , gdzie Co to cena ofertowa, P – cena jednostkowa netto płynu do odladzania w euro, a G- to cena jednostkowa netto granulatu do odladzania w euro.

W ofercie odwołującego w zakresie spornym znajdują się:

Na str. 3-22 znajduje się Raport SMI Inc z dnia 21 maja 2014r. wraz z tłumaczeniem na język polski dotyczący produktu Borygo Runway KF, z którego wynika, że produkt spełnia wskazane na str. 1 parametry za wyjątkiem odporności na uszkodzenie betonu asfaltowego, z uwagi na nie wykonywanie testu przez SMI, , trwałości przy przechowaniu – test nie wykonywany i wpływu na hamulce węglowe – test nie wykonywany przez SMI.

Na str. 23 – 32 znajduje się Raport SMI Inc z dnia 4 kwietnia 2014r. wraz z tłumaczeniem na język polski dotyczący produktu Borygo Runway KF dotyczący testu na korozję powłoki kadmowej przy cyklicznym zanurzaniu, z którego wynika, że płyn nie powoduje niepożądaną korozji sprzętu lotniczego lub lotniskowego,

Na str. 33 – 38 znajduje się Raport SMI Inc z dnia 21 maja 2014r. wraz z tłumaczeniem na język polski dotyczący produktu Borygo Runway KF dotyczący testu na zdolność penetracji lodu na drogach startowych i drogach do kołowania przez środki odladzające/przeciwoblodzeniowe,

Na str. 39 – 46 znajduje się Raport SMI Inc z dnia 21 maja 2014r. wraz z tłumaczeniem na język polski dotyczący produktu Borygo Runway KF dotyczący testu na zdolność podtapiania lodu na drogach startowych i drogach do kołowania przez środki odladzające/przeciwoblodzeniowe,

Na str. 47- 54 znajduje się Raport SMI Inc z dnia 21 maja 2014r. wraz z tłumaczeniem na język polski dotyczący produktu Borygo Runway KF dotyczący testu na zdolność do topienia lodu ,na drogach startowych i drogach do kołowania przez środki odladzające/przeciwoblodzeniowe,

Na str. 55 – 69 znajduje się Raport SMI Inc z dnia 11 lipca 2011r. wraz z tłumaczeniem na język polski dotyczący produktu Mrówczan sodu NW-058, z którego wynika, że produkt spełnia wskazane na str. 1 parametry za wyjątkiem odporności na degradację asfaltobetonu, z uwagi na nie wykonywanie testu przez SMI, , stabilności składowania – test nie

wykonywany, właściwości użytkowych - test nie wykonywany przez SMI i wpływu na układ hamulcowy z włókien węglowych – test nie wykonywany przez SMI. Brak informacji o ograniczeniach czasowych ważności dokumentu.

Na str. 70 - 76 znajduje się karta charakterystyki dla produktu Borygo Runway FK w języku polskim.

Na str. 77 - 84 znajduje się karta charakterystyki dla produktu Borygo Runway SF/NW-058 w języku polskim.

Na str. 1 oferty przystępującego znajduje się cena 2 862 000,00Euro oraz cena oferty z podatkiem VAT 23%: 3 520 260,00 Euro. Do oferty przystępującego załączono badania okresowe z dnia 31 marca 2014r. dla produktu Nordway KF wraz z tłumaczeniem, badania dla Nordway –NK z 29 marca 2013r. wraz z tłumaczeniem, w których jako zlecającego wskazano UAB ESSPO z siedzibą na Litwie, z karty bezpieczeństwa dla Nordway - FKwynika, że UAB ESSPO oznaczony jest jako dystrybutor, z karty bezpieczeństwa dla Nordway – NK wynika, że UAB ESSPO oznaczony jest jako dostawca. Z oświadczenia o udostępnieniu zasobów, że RChZ Nordiks udostępniło przystępującemu swoją wiedzę i doświadczenie i zobowiązało się do przeszkolenia dwóch pracowników w zakresie wiedzy i doświadczenia odnośnie zarządzania produkcją i logistyką dostaw, do konsultacji i wsparcia przez swoich specjalistów, także jako podwykonawcy, oraz w każdym innym zakresie dopuszczalnym prawem. Oświadczone, że obie firmy wspierają się wzajemnie przez wymianę wiedzy i doświadczenia, współpracę produkcyjną od wielu lat, czego wyrazem jest udostępnienie technologii produkcji środków odlodzeniowych przystępującemu i zgoda na posługiwanie się przez przystępującego marką handlową Nordway w Unii Europejskiej oraz wspólne jako konsorcjum uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 9/PO/ZP/AZU/13.

W dniu 13 października 2014r. przystępujący oświadczył, że jest producentem oferowanych i dystrybuowanych przez UAB ESSPO ekologicznych środków do odladzania o nazwie handlowej Nordway-KF i Nordway NF, a dokumenty i informacje potwierdzające prawo przystępującego do marki Norway zostały załączone do wyjaśnień w postępowaniu przed zamawiającym nr 33/PO/ZP/AZU/12.

W dniu 28 października 2014r. przystępujący uzupełnił ofertę o pierwotny dokument wystawiony przez SMI potwierdzający zgodność parametrów fizyko-chemicznych Nordway-KF wraz z tłumaczeniem na język polski i oświadczył, że zamawiający był już w posiadaniu zamawiającego, gdyż był składany w poprzednich postępowaniach.

W dniu 27 października 2014r. zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że po upływie 2 lat od dnia wykonania testów pierwotnych z dnia 11 lipca 2011r. dla oferowanego środka na bazie mrówczanu sodu (NW-058 Sodium Formate) badań okresowych, potwierdzających zgodność ze specyfiką

materiałów lotniczych SAE AMS 1435 w zakresie parametrów fizyko-chemicznych. Ponadto na podstawie art. 87 zamawiający prosił o wyjaśnienie rozbieżności w nazwie oferowanego środka na bazie mrówczanu sodu tj. pomiędzy NW-Sodium Formate z dokumentu wystawionego przez SMI Inc, a Borygo Runway SF/NW-058.

W dniu 30 października 2014r. odwołujący złożył wyjaśnienie, że

- zgodnie z zapisami punktu 3 d) siwz w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający wskazał, iż jako element składowy oferty należy przedstawić dokument potwierdzający że oferowany środek chemiczny jest zgodny ze specyfikacją materiałów lotniczych SAE AMS 1431 w zakresie parametrów fizyko chemicznych. Załączony przez odwołującego dokument z dnia 11 lipca 2011 roku wydany przez laboratorium SMI w Miami na Florydzie jest dokumentem aktualnym zawierającym potwierdzenie spełniania przez oferowany przez Konsorcjum środek wszystkich wymogów w zakresie parametrów fizyko chemicznych przewidzianych w powołanej przez zamawiającego normie. Zapisy siwz nie wymagały załączenia dodatkowych dokumentów potwierdzających przeprowadzenie badań okresowych dla danego środka. Stąd dosyć dziwnym wydaje się wezwanie do przedstawienia dokumentu, którego nie ma w treści ogłoszenia oraz treści siwz dla przedmiotowego postępowania w formie uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wskazał, że wykazał w poprzednich wyjaśnieniach, że przedstawił aktualny Raport całkowity z badań przeprowadzonych przez SMI. Wszystkie parametry fizyko - chemiczne oferowanego środka odpowiadają normie SEA AMS 1431. Żadne elementy procesu produkcyjnego, technologia, surowce nie uległy zmianie stąd niepodważalna wydaje się aktualność Raportu.,

Środek oferowany stosowany jest na wielu lotniskach, podlega on okresowym badaniom wybranych parametrów fizyko chemicznych w różnych specjalistycznych Ośrodkach Badawczych. Obecnie badany jest w Laboratorium SMI Inc. w Miami na Florydzie i na tę okoliczność odwołujący załączył dokument potwierdzający fakt badania (RAPORT SMI Inc.). Zdaniem odwołującego jego oferta jest kompletna - spełnia bowiem wszystkie warunki postępowania, zaś oferowany środek spełnia wszystkie wymagania w zakresie parametrów fizyko chemicznych przewidzianych normą SEA AMSS 1431.

Co do rozbieżności występujących w nazwie oferowanego środka, to wynikają one jedynie z podwójnego nazewnictwa używanego w Polsce i w Unii Europejskiej. Firma BORYSZEW S.A. Oddział Boryszew ERG w Sochaczewie jest wyłącznym dystrybutorem środków do odladzania nawierzchni lotnisk oraz statków powietrznych produkowanych przez NEWAVE Aerochemical - w tym środka granulowanego do odladzania na bazie mrówczanu sodu o nazwie NW-058.

Na rynku Unii Europejskiej BORYSZEW jako dystrybutor i wprowadzający na rynek Unii Europejskiej importer posługuje się podwójną nazwą handlową - BORYGO Runway SF/NW

-058. Jest to dokładnie ten sam środek. Właśnie na ten środek wystawione są Raporty z badań przez SMI Inc., na ten środek wystawiona jest też Karta Charakterystyki substancji. Wystawcą Karty jest BORYSZEW, ale z treści dokumentu wynika wyraźnie, iż producentem środka jest NEWAVE Aerochemical - strona nr 8 Karty Charakterystyki.

Nie ma żadnych wątpliwości, iż jest to środek NW-058, zaś oznaczenie handlowe BORYGO Runway SF/NW-058 jest nazwą handlową dla środka na terenie Unii Europejskiej. Nazwa europejska zawiera oznaczenie NW-058 zgodne z oznaczeniem substancji w Raporcie SMI, dodatkowo Karta Charakterystyki wskazuje producenta tego środka oraz dostawcę Karty Charakterystyki.

Do wyjaśnień wykonawca załączył Raport SMI Inc w języku angielskim bez jego tłumaczenia na język polski wystawiony w dniu 13 października 2014r.

Z pkt.4.2. normy AMS 1435 wersja C testy są klasyfikowane na odbiorcze – należy je wykonywać dla każdej partii produktu i dotyczą temperatury zapłonu, ciężaru właściwego oraz wartości PH, testy okresowe – należy je wykonywać z częstotliwością określoną przez sprzedawcę w żadnym wypadku nie rzadziej niż co 2 lata, testy przedprodukcyjne – zawsze, gdy zmiana składników i/lub przetwarzania wymaga ponownego zatwierdzenia i zawsze, gdy płyn ma być wytwarzany przez licencjobiorcę lub podwykonawcę.

Przystępujący przedłożył na rozprawie pismo z dnia 25 września 2012r., do którego załączył patent nr 2285028 raz z tłumaczeniem, umowę nr 01/0810 upoważniającą do produkcji na terytorium Litwy środka przeciwołodziennego Nordway (patent 2285028) i dwóch certyfikatów ISO wystawionych dla ESSPO UAB na zakres zarządzania produkcją substancji chemicznych (odładzacz pasów startowych), hurtowa sprzedaż produktów chemicznych.

Izba oddaliła wnioski dowodowe odwołującego o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków wskazując, że ich przeprowadzenie jest zbędne dla rozstrzygnięcia. Izba stwierdziła, że wniosek dowodowy dotyczący przesłuchania w charakterze świadka Pana N. A. jest wnioskiem ponad osnowę dokumentu tj. oświadczenia o udostępnieniu zasobów podpisanego przez właśnie powołanego N. A., co więcej w tym dowodzie N. A. oświadczył o charakterze współpracy firmy RChZ Nordiks i UAB ESSPO, w tym o udostępnieniu technologii produkcji na rzecz przystępującego, zaś wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznań Pana L. P. w rzeczywistości należałoby potraktować jako wniosek o przesłuchanie strony, gdyż jest to osoba zarządzająca w UAB „ESSPO”. Dodatkowo zarówno RChZ Nordiks jak i UAB ESSPO są bezpośrednio zainteresowani wynikiem postępowania, co także budzi wątpliwości, co do celowości przeprowadzenia takich dowodów. Przeprowadzenie tych dowodów stoi także w sprzeczności z art. 190 ust. 6 ustawy, gdyż w świetle zgromadzonego materiału dowodowego Izba doszła do przekonania, że są to dowody powołane jedynie dla zwłoki.

## **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. W zakresie zarzutów, które mogły być podniesione po czynności pierwotnego wyboru i są identyczne z zarzutami zawartymi w odwołaniu w sprawie sygn. akt KIO 2204/14, to Izba nie podziela poglądu prawnego zamawiającego, że zarzuty takie należy pozostawić bez rozpoznania uznając je za spóźnione. W ocenie Izby bowiem czynność prawna, o której zamawiający poinformował w dniu 14 października 2014r. (pierwotny wybór) została wyeliminowana z przedmiotowego postępowania przez czynności samonaprawcze zamawiającego tj. unieważnienie czynności pierwotnego wyboru. Tym samym czynność pierwotnego wyboru jest czynnością nieistniejącą, a w konsekwencji jedyną czynnością istniejącą w przedmiotowym postępowaniu jest czynność nowego wyboru tj. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, o której zamawiający poinformował w dniu 7 listopada 2014r. Izba w tym zakresie wskazuje na tezę wyroku TSUE z dnia 8 maja 2014r. sygn. akt C-161/13, gdzie TSUE wskazał, że art. 1 ust. 1 i 3 oraz art. 2a ust. 2 akapit ostatni dyrektywy 92/13 koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów unijnych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66, należy interpretować w ten sposób, że termin na wniesienie skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia powinien być od nowa, w sytuacji gdy podmiot zamawiający przyjął nową decyzję, po przyjęciu tej decyzji o udzieleniu zamówienia, lecz przed podpisaniem umowy, mogącą mieć wpływ na zgodność z prawem rzeczowej decyzji o udzieleniu zamówienia. Bieg tego terminu rozpoczyna się od chwili zawiadomienia oferentów o późniejszej decyzji lub w jego braku - od chwili, w której zapoznali się oni z tą decyzją. W sytuacji gdy oferent po upływie terminu na wniesienie środka odwoławczego przewidzianego w przepisach krajowych dowiadyuje się o uchybieniu, które miałyby zostać popełnione przed przyjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia, prawo wniesienia środka odwoławczego od tej decyzji przysługuje mu wyłącznie w tym terminie, chyba że wyraźny przepis prawa krajowego gwarantuje takie prawo zgodnie z prawem Unii.

W tym stanie rzeczy Izba oceniła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego za podniesione w terminie. Izba nie podziela także stanowiska zamawiającego, co do tego, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego należy uznać za spóźniony, gdyż odwołujący nie złożył odwołania na wezwanie do wyjaśnień. W ocenie Izby, aby móc skorzystać za



środków ochrony prawnej wykonawca musi poza wypełnieniem przesłanek formalnych dysponować także interesem w uzyskaniu zamówienia i wykazać możliwość poniesienia szkody na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby sam fakt nie zakwestionowania zasadności wezwania do wyjaśnień nie zamyka wykonawcy drogi do kwestionowania prawidłowości dokonanej czynności odrzucenia odwołania. Należy również w niniejszej sprawie wziąć pod uwagę to, że odwołujący nie tylko kwestionuje prawo zamawiającego do wezwania go do wyjaśnień, ale także podnosi zarzut niezgodnego z prawem odrzucenia jego oferty z uwagi na brak tłumaczenia dokumentu załączonego do wyjaśnień odwołującego. Co do stanowiska przystępującego, że odwołanie zostało skierowane do niewłaściwego podmiotu tj. do Krajowej Izby Odwoławczej, a nie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, to w ocenie Izby w art. 189 ust. 2 ustawy brak jest sankcji za takie uchybienie powodującej odrzucenie odwołania. Nadto Prezes Krajowej Izby Odwoławczej jest organem Izby, zatem oznaczenie na odwołaniu Izby jako całości, a nie jej organu jest wprawdzie uchybieniem formalnym, ale nie mającym wpływu na możliwość nadania sprawie odwoławczej właściwego biegu. Odwołanie dotarło do Prezesa Izby we właściwym terminie.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez wybór oferty, która z mocy prawa powinna zostać przez zamawiającego odrzucona jako nie odpowiadająca co do swej treści zapisom specyfikacji istotnych warunków zamówienia - art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę w sytuacji, gdy treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w toku rozprawy wskazał, że wezwał przystępującego do złożenia raportu z badań SMI, który obejmował wszystkie wymagane przez zamawiającego badania. Przystępujący taki dokument złożył w dniu 15 października 2014r. W tym stanie rzeczy zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zastosował dopuszczalną prawnie instytucję wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy) i przystępujący zachował się zgodnie z wezwaniem usuwając w ten sposób brak odpowiadania przez swoją ofertę treści siwz.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby zamawiający dokonał prawidłowo czynności wyjaśnienia pochodzenia środka oblodzeniowego i uzyskał wyjaśnienia w dniu 13 października 2014r., z których wynika, że przystępujący jest producentem oferowanych i dystrybuowanych ekologicznych środków do odladzania o nazwie handlowej Nordway-KF i Nordway-NF i że zamawiający jest w posiadaniu dokumentów prawo do marki i produkcji potwierdzających. Z oświadczenia o udostępnieniu zasobów wbrew stanowisku odwołującego brak jest kategorycznego stwierdzenia, że to RChZ Nordiks jest jedynym producentem preparatów oznaczonych marką handlową Nordway. To, że podmiot udostępniający zasób zobowiązał się do przeszkolenia dwóch pracowników w zakresie wiedzy i doświadczenia odnośnie zarządzania produkcją i logistyką dostaw nie oznacza, że tylko u RChZ Nordiks prowadzona jest produkcja. Przeciwnie nie wykluczone jest, że do zakres przedmiotowego zamówienia czy postawiony przez zamawiającego warunek wymaga dodatkowej wiedzy u przystępującego, co do zarządzania produkcją i logistyki niż w zamówieniach standardowo realizowanych przez UAB ESSPO. RChZ Nordiks wręcz oświadczył, że udostępnił przystępującemu technologię produkcji środków odlodzeniowych przystępującemu. Natomiast kwestia konsorcjum odnosiła się do wzajemnej współpracy obu firm, a nie do tego, kto jest producentem, nadto dotyczyła innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na rozprawie przystępujący przedłożył pismo z dnia 25 września 2012r. z którego wynika, że przystępujący na podstawie umowy o współpracy z zakresie organizacji produkcji środka przeciwoblodzeniowego na podstawie octanów i mrówczanów „Nordway” uzyskał upoważnienie do produkcji tego środka na terytorium Republiki Litewskiej na podstawie patentu nr 2285028. Umowa została zawarta pomiędzy A. P., który w przedłożonym patencie jest wymieniony na pierwszym miejscu jako autor, a ZAO „ESSO” w osobie V. P., którego nazwisko widnieje także na dokumentacji z SMI. W ocenie Izby te dowody świadczą o tym, iż przystępujący ma prawo produkcji produktów Nordway, a w konsekwencji nie dopuściło się oszukańczego oznaczenia geograficznego, o którym mowa w art. 8 znk i art. 10 znk, a w konsekwencji zamawiający prawidłowo nie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż podstawa faktyczna zarzutu wskazuje właśnie na tę podstawę prawną, pomimo wskazania (co Izba potraktowała jako oczywistą omyłkę pisarską) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowiącego nakaz odrzucenia oferty wykonawcy, jeśli stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący podnosi fakt nie zastosowania się przez przystępującego do wzoru określonego w pkt 18.4 siwz. Rzeczywiście zamawiający przewidział określony wzór obliczenia ceny w tym postanowieniu. Nie mniej jednak w ocenie Izby brak jest dowodu na to, że przystępujący się do tego wzoru nie zastosował obliczając cenę podawaną na potrzeby porównania ofert tj. 3 520 260,00. Sam fakt podania ceny netto (nie wymaganej według pkt 18.4) i ceny brutto, w ocenie Izby nie stanowi błędu w obliczeniu ceny, a co najwyżej niezgodność formalną w zakresie prezentacji ceny w formularzu ofertowym.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo tego, że treść tej oferty odpowiada treści siwz.

Zarzut zasługuje na oddalenie z mocy art. 192 ust. 2 ustawy, gdyż uwzględnienie zarzutu nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako że przywrócenie oferty odwołującego do postępowania nie dawałoby mu szansy na uzyskanie zamówienia i nie wpływałoby na klasyfikację oferty uznanej za najkorzystniejszą. Sam zarzut zasługiwał jednak na uwzględnienie. Wskazany przez odwołującego pkt. 10.3 lit. d stanowi o aktualnym certyfikacie normy SAE wystawionym przez SMI, w ocenie Izby faktycznie zgodnie z pkt. 4.2.2 normy przedłożonej przez odwołującego do odwołania testy okresowe wybranych parametrów powinny być dokonywane okresowe testy, nie rzadziej niż co 2 lata. Sam odwołujący przyznał na rozprawie, że takie testy przeprowadzał, ale nie laboratorium SMI. Natomiast ich na wezwanie zamawiającego nie przedłożył, ale przedłożył nieprzetłumaczony dokument, co do którego twierdzi, że dotyczy on rozpoczętych i niezakończonych testów w SMI. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego mógł być fakt nie załączenia tłumaczenia dokumentu na język polski. Ten dokument nie będący bowiem dokumentem potwierdzającym przeprowadzenie testów okresowych i nie żądany przez zamawiającego w wezwaniu, w ogóle nie miał znaczenia dla oceny oferty złożonej przez odwołującego. Tym samym fakt jego złożenia bez tłumaczenia na język polski nie stanowił o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz. Natomiast zamawiający w ocenie Izby nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wobec oferty odwołującego, gdyż wyłącznie z pojęcia

„aktualny certyfikat” nie da się wywieść, że zamawiający oczekiwał przedłożenia ciągu dokumentów od momentu wydania pierwotnego raportu z badań (gdyż tylko taki raport zawierał badanie wszystkich parametrów fizyko-chemicznych wymaganych normą 1431) wraz z wszystkimi testami dodatkowymi, jakie od daty wydania raportu były wobec produktu badanego wydawane (aby zapewnić aktualność). Zamawiający posłużył się pojęciem aktualny certyfikat w liczbie pojedynczej, które jak wynika z ofert odwołującego i przystępującego było różnie rozumiane przez wykonawców, dla odwołującego był to pierwotny raport, bo były w nim wszystkie parametry fizyko-chemiczne, a dla przystępującego raport z badań okresowych, bo był aktualny. W ocenie Izby z przedłożonej normy, ani ze stanowiska stron nie da się wywieść, jednoznacznego wymagania siwz. Obu wykonawców zamawiający pierwotnie ocenił jako spełniających jego wymagania przedmiotowe i obu następnie wzywał do uzupełnień. W ocenie Izby wątpliwości co do treści siwz należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy, stąd zastosowanie normy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy należało ocenić jako nieprawidłowe.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania oraz kosztami poniesionymi przez zamawiającego w związku ze stawiennictwem na rozprawę tj. kosztami opłaty skarbowej od udzielonych przez zamawiającego pełnomocnictw w kwocie 51,00zł, zgodnie z przedłożonymi dowodami.

**Przewodniczący:** .....