

Sygn. akt: KIO 2218/17

**WYROK**

**z dnia 14 listopada 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

Robert Skrzyszewski

Klaudia Szczytowska - Maziarz

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2017 r. przez wykonawcę **S. Spółka Akcyjna w P.** w postępowaniu prowadzonym przez **Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne "SuPeKom" Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S.**

przy udziale:

- A. wykonawcy **A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **U. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G.(2)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy **U. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G.(2)** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579) i nakazuje zamawiającemu – **Sulechowskiemu Przedsiębiorstwu Komunalnemu "SuPeKom" Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w S.** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty wykonawcy **U. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G.(2)**,
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,
3. kosztami postępowania obciąża **Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne "SuPeKom" Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S.** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **S. Spółkę Akcyjną w P.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od **Sulechowskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego "SuPeKom" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.** na rzecz **S. Spółki Akcyjnej w P.** – 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 2017 r. poz. 1579), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

.....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne "SuPeKom" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wdrożenie ZSI oraz elektronicznych usług dla ludności przez Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne „SuPeKom” Sp. z o.o. w S.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2017 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579), zwanej dalej ustawą P.z.p.

Wykonawca S. SA w P. (dalej: odwołujący) w dniu 23 października 2017 roku wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego oraz zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany z mocy ustawy, w tym:

1. prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
2. bezpodstawnego uznania, że oferta wykonawcy U. (dalej także: przystępujący U.) odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), a w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., pomimo nieuzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego;
3. zaniechania wykluczenia wykonawcy U., który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu ze względu na podleganie wykluczeniu S.(2) Sp, z o.o., zwaną dalej Udostępniającym;
4. zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Z ostrożności odwołujący zarzucił również zamawiającemu udostępnienie, ze zwłoką, jedynie niektórych załączników do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, co utrudniło odwołującemu formułowanie akuratnych zarzutów.

Odwołujący podniósł, iż czynności zamawiającego oraz zaniechania naruszają w szczególności art. 7 ust. 1-3, art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 701 § 4 Kodeksu cywilnego, art. 24 ust. 1 pkt 12, 16- 18, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 1, art. 96 ust. 3 oraz ust. 5 pkt 2 ustawy P.z.p. w zw. z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra

Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128).

Odwołujący podniósł, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., przejawiający się w możliwości uzyskania zamówienia publicznego będącego następstwem nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wszczętego po uprzednim unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Tym samym odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wobec zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy U. Sp. z o.o. lub jego wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania. Tak rozumiany interes we wniesieniu odwołania odwołujący opiera na stanowisku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zawartym w wyroku z dnia 11 maja 2017 r, (sygn. C-131/16).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 12 października br. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy U. W uzasadnieniu wyboru zamawiający stwierdził, że „W drugim etapie postępowania Wykonawca: U. Sp. z o. o., którego oferta została najwyżej oceniona, składając odpowiednie oświadczenia i dokumenty potwierdził, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego, a także potwierdził, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego [...]

Wykonawca spełnia wszystkie warunki określone przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz ustawie Prawo zamówień publicznych. Złożona przez Wykonawcę oferta jest kompletna i właściwa pod względem oferowanego przedmiotu zamówienia.[...]

Oferta nie podlega odrzuceniu .

W dniu 18 października br. zamawiający przekazał drogą elektroniczną część załączników do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie odwołującego, ustalenia zamawiającego nie odpowiadają okolicznościom faktycznym i stanowi prawnemu z następujących powodów.

Wykonawca U. został w dniu 1 września br. wezwany w trybie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p. do złożenia do dnia 12 września br. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia oraz potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego dla części 1. W dniu 12 września br. o godz. 12.15 wykonawca U. złożył oświadczenia i dokumenty. W dniu 9 października br.

zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wezwał wykonawcę U. do uzupełnienia m.in. wydruku potwierdzającego spełnianie wymogu 80plus dla zasilacza (pkt 1 wezwania) oraz zaświadczenia/certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę potwierdzającego, że poziom emitowanego hałasu w oferowanych zestawach komputerowych, mierzony wg normy ISO 7779 i wykazany według normy ISO 9296, w trybie pracy dysku twardego (IDLE), nie przekracza 22 dB w minimum jednej pozycji pomiaru (pkt 2 wezwania). Jednocześnie zamawiający poinformował o powodach nieuznania za prawidłowe dokumentów złożonych przez Wykonawcę U. w dniu 12 września br.:

- odnośnie zasilacza, zamawiający stwierdził „Z dostarczonych w dniu 12 września 2017 roku dokumentów wynika, iż Wykonawca dostarczył wymagany test dla zasilacza (...), a winien dostarczyć test dla zasilacza (...) zgodnie z deklaracją złożoną w formularzu Opis przedmiotu oferty stanowiącym załącznik nr 3 do złożonej oferty

- odnośnie zestawu komputerowego, zamawiający stwierdził, że złożone oświadczenie producenta nie jest wymagany w s.i.w.z. zaświadczeniem/certyfikatem wydanym przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdaniem z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.

W dniu 10 października br. Wykonawca U. odpowiedział na wezwanie złożył dokumenty. Zamawiający uznał uzupełnione dokumenty za prawidłowe.

Odwołujący podniósł, że uzupełnione sprawozdanie Zespołu Laboratoriów Instytutu Elektrotechniki z badań nr 290/17/NZL/NBW/H nosi datę 9 października br., natomiast zamawiający wyznaczył termin „aktualności” tego dokumentu na dzień 12 września br. Ponadto, złożone sprawozdanie nie dotyczy zaoferowanego zestawu komputerowego, bowiem zaoferowany został (...) z procesorem (...), natomiast testowi głośności poddano komputer z procesorem (...), który nie jest zgodny z oświadczeniem woli wykonawcy U. w formularzu Opis przedmiotu oferty stanowiącym załącznik nr 3 do złożonej oferty. Tym samym nie zostało potwierdzone, że poziom emitowanego hałasu w oferowanych zestawach komputerowych, mierzony wg normy ISO 7779 i wykazany według normy ISO 9296, w trybie pracy dysku twardego (IDLE), nie przekracza 22 dB w minimum jednej pozycji pomiaru.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie dochował należytej staranności podczas oceny uzupełnionego sprawozdania, a nawet wydaje się odstąpił od wymagania zawartego w s.i.w.z., bo konsekwencją nieuzupełnienia prawidłowego dokumentu skutkować winno odrzuceniem oferty wykonawcy U. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Co więcej, nieuzupełnienie dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., uniemożliwiające dokonanie

wyboru oferty najkorzystniejszej skutkować winno zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p. Być może z tych względów zamawiający wolał nie dostrzegać tej niezgodności, przy czym należy zauważyć, że w przypadku dokumentu dotyczącego zasilacza, wymagana należyta staranność zamawiającego została zachowana.

Odwołujący zauważył również, że wykonawca U. winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania, ponieważ Udostępniający (zasoby - zdolności zawodowe) i jednocześnie podwykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 16-18 ustawy P.z.p. Wobec podlegania wykluczeniu, zasoby nie mogły zostać udostępnione wykonawcy U., a tym samym przedwczesne i bezpodstawne jest uznanie, że wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w złożonym oraz uzupełnionym jednolitym dokumencie (JEDZ) Udostępniający w części C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) na pytania (str. 19-20 JEDZ):

- bezpośrednio lub pośrednio zaangażowanie w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia

Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?;

- winien wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?;

udzielił negatywnej odpowiedzi.

Natomiast, ujawnioną w sekcji 4 lit. B pkt 1, 3 i 4 protokołu postępowania, osobą przygotowującą opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert jest Pani M. K., która zgodnie z informacjami przez nią zamieszczonymi w internecie, jest pracownikiem Udostępniającego. Tym samym, w ocenie odwołującego, Udostępniający nie miał podstaw do udzielenia negatywnej odpowiedzi o swoim zaangażowaniu w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji o wprowadzeniu w błąd i zatajeniu informacji. Udzielając negatywnej odpowiedzi udostępniający wprowadził zamawiającego w błąd lub zataił wymagane informacje.

Ponadto, reprezentujący Udostępniającego Prezes Zarządu Pan P. Ł. złożył w JEDZ oświadczenie o treści „Niżej podpisany(-a)(-i) oficjalnie oświadcza(-ją), że informacje podane powyżej w częściach II- V są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd. [... ]”.

W ocenie odwołującego, udział Pani K. w przygotowaniu narusza art. 7 ust. 2 ustawy P.z.p. Być może z tego powodu Pani K. nie złożyła oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ustawy P.z.p. Nie można też wykluczyć udziału Pani K. w samym postępowaniu, bowiem wydaje się mało prawdopodobne, żeby osoba, która uczestniczyła w przygotowaniu postępowania (w zakresie opisu jego przedmiotu, warunków oraz kryteriów), nie uczestniczyła na etapie udzielania wyjaśnień lub zmiany s.i.w.z. w zakresie dotyczącym odpowiednio opisu przedmiotu, warunków i kryteriów. Tym bardziej, że prowadzony przez Zamawiającego protokół tego nie wyklucza.

Odwołujący zauważył również, że pomimo jednoznacznie określonego w § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, terminu udostępnienia załączników do protokołu zamawiający nie udostępnił wszystkich załączników dotyczących części 1 postępowania, co uniemożliwiło odwołującemu precyzyjne (akuratne) formułowanie zarzutów oraz wskazywanie dowodów z dokumentacji.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

- (1) odrzucenie oferty wykonawcy U. lub jego wykluczenie ze względów opisanych w uzasadnieniu odwołania;
- (2) unieważnienie przedmiotowego postępowania;



(3) z ostrożności odwołujący wniósł również, w przypadku zawarcia umowy, o jej unieważnienie.

(4) o obciążenie zamawiającymi kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa - wynagrodzenia pełnomocnika.

Przystępujący A. Sp. z o.o. poparł stanowisko odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 listopada 2017 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących sprawozdania z badań poziomu emitowanego hałasu w oferowanych zestawach komputerowych, zamawiający stwierdził, że są one całkowicie bezpodstawne.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z pkt. 8.7.3.6 s.i.w.z., w celu potwierdzenia że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego wykonawca zobowiązany był złożyć (dla części 1): zaświadczenie/certyfikat wydane przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę potwierdzające, że poziom emitowanego hałasu w oferowanych zestawach komputerowych, mierzony wg normy ISO 7779 i wykazany według normy ISO 9296, w trybie pracy dysku twardego (IDLE), nie przekracza 22 dB w minimum jednej pozycji pomiaru.

W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. wykonawca U. przedłożył sprawozdanie z badań nr 290/17/ NZL/NBW/H, wykonanych przez Zespół Laboratoriów Instytutu Elektrotechniki Laboratorium Badawcze i Wzorcujące w Warszawie — Laboratorium badawcze akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji, nr akredytacji AB 022, potwierdzające przeprowadzenie badań poziomu emisji hałasu, podstawa badań: PN-EN ISO 7779:2010 oraz PN-ISO 9296:1999, dla zestawu komputerowego (...).

W zakresie zarzutu dotyczący aktualności uzupełnionego dokumentu zamawiający wskazał, że odwołujący bezpodstawnie utożsamia pojęcie aktualności dokumentu z widniejącą na nim datą. Tymczasem zamawiający na etapie badania i oceny ofert ma obowiązek dokonania wykładni oświadczeń wiedzy składanych przez wykonawców m.in. w formie dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego dokumenty przedmiotowe.

W wyniku dokonania wskazanej wykładni, zamawiający ustalił, że uzupełnione przez wykonawcę U. sprawozdanie z badań poziomu emisji hałasu dla oferowanego zestawu

komputerowego nr 290/17/ NZL/NBW/H z dnia 10.10.2017 r. (data zakończenia badań 09.10.2017 r.) jest aktualne na dzień składania ofert.

Zamawiający uwzględnił, że uzupełnione przez wykonawcę U. sprawozdanie dotyczy zestawu komputerowego, który został wskazany w ofercie wykonawcy tj. (...). SPRAWOZDANIE Z BADAŃ nr 290/17/NZUNBW/H Obiekt badań: Komputer stacjonarny typ: (...). Ponadto, w trakcie badania i ofert zamawiający dysponował aktualnym na dzień składania ofert oświadczeniem producenta - firmy D. Sp. z o.o. z dnia 10.08.2017 r., którego wynikało potwierdzenie spełnienia wymaganej przez Zamawiającego normy poziomu emitowanego hałasu nieprzekraczającego 22dB, przez oferowane zestawy komputerowe (...). Poziom emitowanego hałasu w oferowanych zestawach komputerowych (...) mierzony normy ESO 7779 i wykazany normy ISO 92% w trybie pracy dysku twardego (IDLE nie przekracza 22 dB w minimum jednej pozycji pomiaru)

Niezależnie od powyższego, potwierdzenie wymaganej cechy 22dB przez oferowany zestaw komputerowy (...) znajdowało również potwierdzenie w własnej wiedzy, jaką dysponował zamawiający na etapie badania i oceny ofert.

W ocenie zamawiającego, uwzględniając powyższe okoliczności, w tym zwłaszcza tożsamość zestawu komputerowego oferowanego przez wykonawcę U. i poddanego badaniom przez Zespół Laboratoriów Instytutu Elektrotechniki Laboratorium Badawcze i Wzorcujące w W., należy uznać, że uzupełnione sprawozdanie jest aktualne na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że jeśli odwołujący twierdzi inaczej, zarzucając, że dokument sprawozdania jest aktualny jedynie na dzień wskazany jako data jego wystawienia, tj. 09.10.2017 r., to zgodnie z ciężarem dowodu wynikającym z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p. powinien tę tezę wykazać. Tymczasem - w niniejszym przypadku odwołujący jedynie posługuje się datą badania, nie zwracając uwagi na to, czy zaoferowany zestaw posiada takie parametry.

W zakresie zarzutu dotyczącego procesora w badaniu i w oferowanym zestawie komputerowym, zamawiający stwierdził, że zarzut odwołującego jest całkowicie bezpodstawny, bowiem w treści uzupełnionego sprawozdania wymieniono podzespoły komputera mające bezpośredni wpływ na poziom hałasu, tj. dysk komputera, wentylator procesora i zasilacz wewnętrzny.

Z treści sprawozdania str. 2 wprost wynika, że inne elementy wchodzące w skład oferowanego zestawu, w tym procesor jako odrębne urządzenie, nie mają wpływu na poziom hałasu emitowanego przez zestaw.

Zamawiający wskazał, że dokonując wyboru oferty wykonawcy U. dysponował wiedzą na temat wszelkich konfiguracji zestawu (...). Podkreślił, że zgodnie z wiedzą zamawiającego — właśnie taka konfiguracja przekazana do badania jest właściwa dla potwierdzenia maksymalnego poziomu głośności dla zestawu również w konfiguracji z procesorem i3.

W ocenie zamawiającego, zarzut dotyczący wykluczenia z postępowania jest całkowicie bezpodstawny.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z uzyskaną przez zamawiającego wiedzą, pani M. K. nie była pracownikiem S.(2) sp. z o.o. co najmniej przez okres ostatnich 4 lat, co w ogóle wyklucza możliwość uznania zarzutu za zasadny.

Poza tym, pani M. K. została omyłkowo wpisana do protokołu postępowania w przedmiotowych miejscach a cała sytuacja została wyjaśniona i protokół poprawiono oraz poinformowano o wszystkim S. — przed wpływem odwołania.

Zamawiający podkreślił, że odwołujący uzyskał w dniu 23.10.2017r. o godz. 9.57 – informację, zgodnie z którą już poprawiono omyłkę dotyczącą wpisania protokole pani M. K., ponieważ w istocie - pani M. K. nie była autorem postanowień s.i.w.z., ale osobą do kontaktów. Opis przedmiotu zamówienia oraz warunki udziału i kryteria oceny ofert zostały stworzone przez p. W. W.

Z ustaleń dokonanych z p. W. W. wynika, że p. K. była osobą oddelegowaną do kontaktów roboczych z zamawiającym, odpowiedzialną wyłącznie za odbieranie i przesyłanie informacji oraz kontakt telefoniczny z zamawiającym. W związku z dokonaną weryfikacją zamawiający sprostował treść protokołu o udzielenie zamówienia publicznego i przekazał informację o tym - jeszcze przed złożeniem odwołania.

Zamawiający wskazał, że niezależnie od powyższego - w złożonych na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. wyjaśnieniach wykonawca U. wskazał, że P. M. K. w okresie ostatnich czterech lat nie była pracownikiem firmy S.(2) Sp. z o.o. Powyższe zostało potwierdzone załączonym do wyjaśnień oświadczeniem firmy S.(2) Sp. z o.o. z dnia 25.10.2017 r., podpisanym przez prezesa zarządu S.(2) Sp. z o.o. p. P. Ł. W związku z powyższym nie zachodzi podstawa wykluczenia wykonawcy U. z postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 oraz ust. 5 pkt 2 ustawy P.z.p. w zw. z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający stwierdził, że zarzut nie

został sprecyzowany. Odwołujący nie wskazał jakie dokumenty nie zostały mu przekazane i jaki konkretnie miało to wpływ na możliwość formułowania zarzutów w złożonym odwołaniu.

Przystępujący U. w piśmie procesowym z dnia 9 listopada 2017 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania,
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz uczestnika postępowania kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym wg norm przepisanych.

Przystępujący U. wskazał, że sprawozdanie Zespołu Laboratoriów Instytutu Elektrotechniki z badań nr 290/17/NZL/NBW/H nosi datę 9 października br. i jednocześnie odzwierciedla zgodny z prawdą stan faktyczny na dzień złożenia oferty, tj. 10.08.2017 r. Powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 26 maja 2015, roku sygn. akt KIO 966/15, z dnia 20 kwietnia 2017 roku, sygn. akt KIO 707/17 oraz z dnia 19 grudnia 2016 roku, sygn. akt KIO 2249/16, których wynika m.in., iż dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. muszą być aktualne na dzień ich składania.

W ocenie przystępującego U., treść dokumentów złożonych w postępowaniu należyście wykazuje spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego w s.i.w.z. Do pisma dołączył oświadczenie firmy D., z którego wynika, że badanie poziomu hałasu zestawu Model: (...) jest aktualny na dzień 10 sierpnia 2017 roku.

Odnosząc się do emisji hałasu przez zestaw, przystępujący U. wskazał, że zamawiający nie wymagał raportu z zestawu komputerowego w oferowanej konfiguracji. Przedstawione Sprawozdanie Zespołu Laboratoriów Instytutu Elektrotechniki z badań nr 290/17/NZL/NBW/H dotyczy zatem zaoferowanego zestawu z pkt. 10 Formularza — Opis przedmiotu oferty, Załącznika nr 3, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Wskazał, że Sprawozdanie identyfikuje elementy zestawu mające znaczenie dla generowanego przezeń hałasu i nie ulega wątpliwości, że model procesora, wedle treści Sprawozdania, pozostaje dla badanej właściwości indyferentny. Na tę okoliczność przystępujący U. dołączył oświadczenie producenta Dell Sp. z o.o.

Odnosząc się do suponowanych powiązań przystępujący U. podniósł, że Pani Magdalena Karpik od czterech lat nie jest już pracownikiem firmy S.(2) Sp. z o.o., zatem udostępniający zasoby i jednocześnie podwykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Na tę okoliczność dołączył oświadczenie firmy S.(2) Sp. z o.o.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt. 8.7.3.6 s.i.w.z., w celu potwierdzenia że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego wykonawca zobowiązany był złożyć (dla części 1): zaświadczenie/certyfikat wydane przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę potwierdzające, że poziom emitowanego hałasu w oferowanych zestawach komputerowych, mierzony wg normy ISO 7779 i wykazany według normy ISO 9296, w trybie pracy dysku twardego (IDLE), nie przekracza 22 dB w minimum jednej pozycji pomiaru.

W postępowaniu dla części 1 złożono 3 oferty:

1. U. Sp. z o.o. w G.(2)
2. S. SA w P.
3. A. S.

Wykonawca U. został w dniu 1 września br. wezwany w trybie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p. do złożenia do dnia 12 września br. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia oraz potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego dla części 1. W dniu 12 września br. o godz. 12.15 wykonawca U. złożył oświadczenia i dokumenty. W dniu 9 października br. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wezwał wykonawcę U. do uzupełnienia m.in. wydruku potwierdzającego spełnianie wymogu 80plus dla zasilacza (pkt 1 wezwania) oraz zaświadczenia/certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę potwierdzającego, że poziom emitowanego hałasu w oferowanych zestawach komputerowych, mierzony wg normy ISO 7779 i wykazany według normy ISO 9296, w trybie pracy dysku twardego (IDLE), nie przekracza 22 dB w minimum jednej pozycji pomiaru (pkt 2 wezwania). Jednocześnie zamawiający poinformował o powodach nieuznania za prawidłowe dokumentów złożonych przez Wykonawcę U. w dniu 12 września br.:

- odnośnie zasilacza, zamawiający stwierdził „Z dostarczonych w dniu 12 września 2017 roku dokumentów wynika, iż Wykonawca dostarczył wymagany test dla zasilacza (...), a winien dostarczyć test dla zasilacza (...) zgodnie z deklaracją złożoną w formularzu Opis przedmiotu oferty stanowiącym załącznik nr 3 do złożonej oferty
- odnośnie zestawu komputerowego, zamawiający stwierdził, że złożone oświadczenie producenta nie jest wymaganiem w s.i.w.z. zaświadczeniem/certyfikatem wydanym przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdaniem z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.

W dniu 10 października br. wykonawca U. odpowiedział na wezwanie złożył dokumenty. Uzupełnione sprawozdanie Zespołu Laboratoriów Instytutu Elektrotechniki z badań nr 290/17/NZL/NBW/H nosi datę 9 października br. Złożone sprawozdanie dotyczy komputera z procesorem (...), natomiast przystępujący U. zaoferował zestaw komputerowy, (...) z procesorem (...).

Zamawiający w dniu 12 października br. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy U. W uzasadnieniu wyboru zamawiający stwierdził, że „W drugim etapie postępowania Wykonawca: U. Sp. z o. o., którego oferta została najwyższej oceniona, składając odpowiednie oświadczenia i dokumenty potwierdził, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego, a także potwierdził, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego [... ] Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert złożonych przez odwołującego i A. S.

Ujawnioną w sekcji 4 lit. B pkt 1, 3 i 4 protokołu postępowania, osobą przygotowującą opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert jest Pani M. K. Przed wniesieniem odwołania protokół został zmieniony i w miejsce Pani M. K. wpisano F. R. I. G.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu bezpodstawnego uznania, że oferta wykonawcy U. odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), a w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., pomimo nieuzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego w zakresie dotyczącym złożenia sprawozdanie Zespołu Laboratoriów Instytutu Elektrotechniki z badań nr 290/17/NZL/NBW/H dotyczącego komputera z procesorem (...), mimo że przystępujący U. zaoferował zestaw komputerowy (...) z procesorem (...).

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2017 r, (sygn. C-131/16), oferentowi, który wniósł skargę, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego wykonawcy, które może w odpowiednim razie doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty.

Odnosząc się do uwzględnionego zarzutu, Izba wskazuje, iż zgodnie z pkt. 8.7.3.6 s.i.w.z., w celu potwierdzenia że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego wykonawca zobowiązany był złożyć (dla części 1): zaświadczenie/certyfikat wydane przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę potwierdzające, że poziom emitowanego hałasu w oferowanych zestawach komputerowych (...) nie przekracza 22 dB w minimum jednej pozycji pomiaru.

Analiza treści wskazanego wyżej warunku dowodzi, iż wykonawcy winni byli złożyć wymagany dokument dla zaoferowanego zestawu komputerowego, nie zaś dla jakiegokolwiek innego zestawu, nawet tego samego producenta. Przystępujący U. zaoferował zestaw komputerowy, (...) z procesorem (...) i winien był przedłożyć certyfikat dotyczący dokładnie takiego zestawu, nie zaś zestawu z innym procesorem (w tym przypadku (...)).

Zamawiający wskazywał, że typ procesora nie ma wpływu na poziom emitowanego hałasu, lecz w żaden sposób tego nie udowodnił. Podkreślić należy, że to zamawiający ustalił wymóg złożenia dokumentu dla zaoferowanego zestawu, w związku z czym winien tak ustalonego wymogu przestrzegać.

Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego ze złożonego przez przystępującego U. zaświadczenia z badania zaoferowanego zestawu z dnia 7 listopada 2017 roku. Izba podkreśla, iż pomimo wyrażonego w art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p. uprawnienia do przedstawienia dowodów da zamknięcia rozprawy, strona lub uczestnik postępowania nie mogą wykorzystywać tego przywileju do uzyskania kolejnego terminu do złożenia dokumentów, które obowiązani byli złożyć na wcześniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ustalone okoliczności faktyczne wskazują, że w tym zakresie treść oferty przystępującego U. jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co uzasadnia nakazanie jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w

sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby zamawiający dokonał oceny oferty przystępującego U. z naruszeniem warunków, jakie sam ustalił w s.i.w.z. Tym samym zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego U. z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z, należy uznać za uzasadniony.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący złożenia nieaktualnego zaświadczenia sprawozdania Zespołu Laboratoriów Instytutu Elektrotechniki z badań nr 290/17/NZL/NBW/H.

Analiza treści wezwania z dnia 9 października 2017 roku wskazuje, że zamawiający nie wymagał od przystępującego U. zaświadczenia aktualnego na dzień 12 września 2017



roku. Zamawiający w treści wezwania nie wskazał wymaganej daty wystawienia dokumentu. Powołał się jedynie na wcześniejsze wezwanie z dnia 1 września 2017 roku, gdzie wymagał zaświadczenia aktualnego na dzień złożenia.

Wskazać należy, że artykuł 26 ust. 3 ustawy P.z.p., na podstawie którego zamawiający wystosował wezwanie z dnia 9 października 2017 roku, w ogóle nie odnosi się do aktualności składanych dokumentów. Przyjąć jednak należy, że składane dokumenty powinny być aktualne na dzień ich faktycznego złożenia. Wynika to z motywu 85 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, ze zm.), gdzie europejski ustawodawca podkreślił, iż istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach. Pośrednio wniosek taki można wysnuć również z art. 26 ust. 2f *in finito* ustawy P.z.p., gdzie wprost wskazano, że zamawiający może wezwać wykonawców do złożenia aktualnych dokumentów, jeżeli złożone uprzednio są już nieaktualne.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy U., który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu ze względu na podleganie wykluczeniu S.(2) Sp, z o.o., zwaną dalej Udostępniającym. Odwołujący nie udowodnił, że Pani M. K. jest zatrudniona u podmiotu S.(2) Sp. z o.o. Jedynym dowodem, na jaki powołał się odwołujący, był wydruk ze strony internetowej zawierającej profil zawodowy Pani Magdaleny Karpik. Izba odmówiła wiarygodności złożonemu wydrukowi, wskazując, że zawarte w nim informacje są aktualizowane wyłącznie przez właściciela profilu w terminie i zakresie dla niego dogodnym. Nie podlegają one kontroli i nie mają waloru dokumentu. Tym samym brak jest podstaw do formułowania na ich podstawie skutecznego zarzutu.

Izba nie uwzględniła zarzutu udostępnienia odwołującemu przez zamawiającego ze zwłoką jedynie niektórych załączników do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, co utrudniło odwołującemu formułowanie akuratnych zarzutów. Odwołujący nie sprecyzował tego zarzutu. Nie wskazał w odwołaniu, kiedy i o jakie dokumenty występował ani też które dokumenty zostały mu udostępnione, a które nie. Podkreślić należy, iż prawidłowo sformułowany zarzut nie musi wskazywać normy prawnej, którą – zdaniem odwołującego – naruszył zamawiający, jednakże winien on wskazać precyzyjnie okoliczności faktyczne, które budzą jego sprzeciw. Braki w tym zakresie powodują, że zarzut nie może zostać uznany za prawidłowo podniesiony, a tym samym – za skuteczny.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy P.z.p.,  
czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

.....

.....