Sygn. akt KIO 939/12

WYROK
z dnia 22 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 maja 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07 maja 2012 r. przez wykonawcę **JM Labus Sp. z o.o., ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej - Rzeszów Sp. z o.o., al. Gen. Władysława Sikorskiego 428, 35-304 Rzeszów**

przy udziale wykonawcy **G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. Udine, Via Zanussi Z.I.U. n. 315, Włochy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 939/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, jak również nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego w zakresie wezwania z dnia 19.04.2012 r. firmy TABO-CS, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w tym z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu;

2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej - Rzeszów Sp. z o.o., al. Gen. Władysława Sikorskiego 428, 35-304 Rzeszów** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **JM Labus Sp. z o.o., ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **19.086 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy) przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej - Rzeszów Sp. z o.o., al. Gen. Władysława Sikorskiego 428, 35-304 Rzeszów** na rzecz wykonawcy **JM Labus Sp. z o.o., ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 939/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: *„Usługa dostawy, montażu i uruchomienia fabrycznie nowego pieca kremacyjnego zasilanego gazem ziemnym z usługą serwisową,*

niezbędnym osprzętem i robotami instalacyjnymi i adaptacyjnymi" (znak: NO-223/II/1), zostało wszczęte przez Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Rzeszów Sp. z o.o., al. gen. Władysława Sikorskiego 428, 40-172 Katowice zwany dalej: *„Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Rzeszów Sp. z o.o."* albo *„Zamawiającym",* ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 22-035872 z dnia 02.02.2011 r.

W dniu 27.04.2012 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. z siedzibą w Udine, Via Zanussi Z.I.U., n. 315, Włochy zwanej dalej: *„G.E.M. MATTHEWS International S.r.l."* albo *„Przystępującym"* oraz wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp"* i w konsekwencji odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp oferty: JM Labus Sp. z o.o., ul. Grabowa 2, 40-172 Katowice zwanego dalej: *„JM Labus Sp. z o.o."* albo *„Odwołującym".*

Zamawiający stwierdził, że JM Labus Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia. W Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ i Rozdz.VI A. pkt 2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się, że należycie wykonał – co najmniej dwa porównywalne zamówienia z przedmiotem zamówienia tzn. polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu pieca kremacyjnego posiadającego co najmniej dwie komory spalania: główną i dopalania, opalanych paliwem gazowym i sterowanych komputerowo. Wykonawca powołał się na zasoby wiedzy i doświadczenia podmiotu: KALFRISA SA wykazując w ofercie doświadczenie KALFRISA SA dla dwóch zamówień, których opis brzmi:
1) Piec kremacyjny DUVAL, opalany gazem, sterowany automatycznie, mechaniczny wózek do wprowadzania trumny, młynek do popiołów – dla Zamawiającego (SERVILUSA Cmentarz Vila Franca de Xira Povoa de Sanatalria Portugalia);
2) Piec kremacyjny DUVAL, opalany gazem, wykonany z cegły ognioodpornej sterowany automatycznie, półautomatyczny system wprowadzania trumny, młynek do popiołów – dla Zamawiającego SOTAG, Ales Francja. Z załącznika 3 – Wykaz wykonanych usług, jak również z przedłożonych do oferty referencji nie wynika, że firma KALFRISA świadczyła

usługę: dostawy, montażu i uruchomienia pieca kremacyjnego w ramach poz. nr 2, co jest niezgodne z ww. wymaganiami SIWZ. Z treści warunku jednoznacznie wynikał, że wykonawca zobowiązany był wykazać się, że należycie wykonał – co najmniej dwa porównywalne zamówienia z przedmiotem zamówienia, tzn. polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu pieca kremacyjnego posiadającego co najmniej dwie komory spalania: główną i dopalania, opalanych paliwem gazowym i sterowanych komputerowo. W tej sytuacji Zamawiający powziął istotne wątpliwości, czy wskazane przez Wykonawcę w poz. 2 zamówienie odpowiada wymogom SIWZ, wobec czego Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień i dokumentów potwierdzających wymagany warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia Wykonawcy. Podkreślił, że pomimo wyraźnego zarzutu i wątpliwości Wykonawca nie przedłożył protokołów odbioru, montażu urządzenia, rozruchu w których to czynnościach miałaby uczestniczyć KALFRISA SA, a jedynie ograniczył się do stwierdzenia w treści swojego pisma z dnia 26.04.2012 r., że KALFRISA była podwykonawcą firmy SOTAG. Wykonawca potwierdził, że wskazywany piec został zainstalowany na terenie cmentarza komunalnego w miejscowości Ales we Francji. Na podstawie własnych ustaleń Zamawiający uzyskał informacje bezpośrednio od zarządy ww. cmentarza, który jednoznacznie potwierdził, że montaż i rozruch pieca dokonała forma SOTAG z Francji, a nie KALFRISA z Hiszpanii. W konsekwencji Zamawiający uznał uzyskane wyjaśnienia od JM Labus Sp. z o.o.

W dniu 07.05.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie JM Labus Sp. z o.o. na ww. czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 07.05.2012 r. (faxem). Stwierdził, że wnosi odwołanie wobec: 1) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty G.E.M. MATTHEWS International S.r.l.; 2) czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty; 3) zaniechania Zamawiającego polegającego na niewykluczeniu G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. i nieodrzuceniu jego oferty; 4) zaniechania Zamawiającego polegającego na niewykluczeniu wykonawcy TABO-CS spol.r.o., o.Tylova nr 4, CZ-779 00 Ołomouc

zwanego dalej: *„TABO-CS”* i nieodrzuceniu jego oferty; 5) czynności Zamawiającego polegającej na powtórnym wezwaniu wykonawcy TABO-CS o tożsamy dokument tj. polisę ubezpieczeniową; 6) czynności akceptacji przez Zamawiającego zmiany przez wykonawcę G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. oferty nr 2 wbrew przepisom Pzp; 7) czynności akceptacji przez Zamawiającego zmiany przez wykonawcę TABO-CS oferty nr 1 z wbrew przepisom Pzp; Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:
1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 25 ust. 2 i 26 Pzp oraz § 1 ust, 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być

składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej: *„Rozporządzeniem w sprawie dokumentów”* poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, tj. wykluczenie Odwołującego z postępowania mimo spełnienia przez niego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w postaci wykazania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia;
2) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie tj. odrzucenie oferty Odwołującego wskutek jego nieprawidłowego wykluczenia z postępowania;
3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 oraz art. 25 ust. 2 i art. 26 ust. 2a oraz § 4 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, tj. zaniechanie wykluczenia G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. z postępowania mimo niespełnienia przez niego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w postaci wykazania, iż nie zalega z uiszczaniem podatków albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
4) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 oraz art. 25 ust. 2 i art. 26 ust. 2a Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie tj. zaniechanie wykluczenia G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. z postępowania mimo niespełnienia przez niego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w postaci wykazania, iż urzędujący członek zarządu tejże spółki - Rahill Paul Francis nie został prawomocnie skazany za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
5) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 oraz art. 25 ust. 2 i art. 26 ust. 2a Pzp i § 2 pkt. 3) i 4) oraz § 4 ust. 3 w zw. z ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, tj. zaniechanie wykluczenia wykonawcy TABO-C5 mimo niespełnienia przez niego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w postaci wykazania iż nie zalega z uiszczaniem podatków, składek, opłat na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
6) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8) oraz art. 25 ust. 2 i art. 26 ust. 2a Pzp i § 2 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, tj. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy TABO-CS mimo niespełnienia przez niego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w postaci wykazania, iż urzędujący członkowie

zarządu tejże spółki - Zdenek Lechner i Vladimir Aulehla nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
7) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie odrzucenia ofert G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. oraz TABO-CS w konsekwencji wykluczenia tychże

wykonawców z postępowania;
8) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez dwukrotne wezwanie TABO-CS do złożenia dokumentu wymaganego w SIWZ, tj. opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związane] z przedmiotem zamówienia;
9) art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie wykluczenia wykonawcy TABO-CS mimo niespełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu polegającego na przedstawianiu opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, jako że umowa ubezpieczenia wystawiona przez Kooperativa Vienna Insurance Group złożona w ramach odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów nie odpowiada treści pkt. X.6 SIWZ i VII, 1. SIWZ z uwagi na brak tłumaczenia tego dokumentu na język polski, zaś złożenie przedmiotowego tłumaczenia w odpowiedzi na powtórne wezwania Zamawiającego było niedopuszczalne i winno zostać pominięte ;
10) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie skutkujące zaakceptowaniem przez Zamawiającego zmian dokonanych przez TABO-CS i G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. w treści ich ofert, które to zmiany nie stanowiły modyfikacji w rozumieniu art. 87 ust. 1a i 2 Pzp,
11) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie odrzucenia oferty TABO-CS ze względu na niezgodność treści oferty z SIWZ w tym:
a) *z* pkt. X.5 SIWZ „Opis *sposobu przygotowania oferty"* polegającą na podpisaniu oferty i jej załączników niezgodnie z wymogiem stawianym przez Zamawiającego w zakresie: *„czytelnego podpisu lub podpisu z pieczątką imienną osoby/osób upoważnionej/upoważnionych do reprezentowania wykonawcy";*
b) z pkt. V.l. 1.4 SIWZ *„Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu spełnienia warunków"* w związku nieprzedłożeniem przez tegoż wykonawcę wymaganego przez Zamawiającego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a jedynie ubezpieczenia od

ryzyk przedsiębiorcy;
12) art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie odrzucenia oferty G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. ze względu na niezgodność treści oferty z SIWZ:
a) pkt III. 4 w zw. z rozdz. III Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie wydajności oferowanego pieca;
b) pkt III. 4 w zw. z rozdz. I pkt 1 i rozdz. III Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie zaproponowanego przez wykonawcę wykonania komina (rysunek);
13) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w wyniku wyboru oferty z naruszeniem przepisów Pzp i udzielenie zamówienia G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. wybranemu niezgodnie z przepisami prawa,
14) art. 8 oraz art. 96 ust. 3 Pzp przez utrudnianie Odwołującemu dostępu do wyjaśnień i uzupełnień złożonych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Wobec powyższego, uwzględniając okoliczność, że Zamawiający zwiększył kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, wnosił o nakazanie Zamawiającemu;
1) unieważnienia czynności wyboru oferty G.E.M. MATTHEWS International S.r.l., jako najkorzystniejszej;
2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty;
3) unieważnienie czynność Zamawiającego w zakresie powtórnego wezwania TABO-CS do złożenia opłaconej polisy potwierdzającej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej (tłumaczenie na język polski);
4) powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem zarzutów przedstawionych w niniejszym odwołaniu. Z ostrożności, gdyby Izba nie unieważniła czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty, wnosił o nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty G.E.M. MATTHEWS International S.r.l., jako najkorzystniejszej;
2) unieważnienie czynność Zamawiającego w zakresie powtórnego wezwania TABO-CS do złożenia opłaconej polisy potwierdzającej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej

(tłumaczenie na język polski);
3) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na akceptacji zmiany oferty G.E.M. MATTHEWS International S.r.l., jako niedopuszczalnej przepisami Pzp;
4) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na akceptacji zmiany oferty wykonawcy -TABO-CS jako niedopuszczalnej przepisami Pzp;
5) powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem zarzutów przedstawionych w niniejszym odwołaniu, w tym zarzutu odnoszących się do:

a) wykluczenia wykonawcy G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. z postępowania i odrzucenia jego oferty;
b) wykluczenia wykonawcy TABO-CS z postępowania i odrzucenie jego oferty;
względnie:
c) odrzucenia oferty G.E.M. MATTHEWS International S.r.l., jako niezgodnej z SIWZ;
d) odrzucenia oferty TABO-CS jako niezgodnej z SIWZ;
6) unieważnienie postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odnośnie zarzutów dotyczących czynności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty w związku z rzekomym niewykazaniem przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia. Zgodnie z treścią SIWZ (rozdz. V pkt 1 ppkt 1.2. SIWZ i rozdz. VIA pkt 2) Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że należycie wykonał co najmniej dwa porównywalne zamówienia z przedmiotem zamówienia, tj. polegające na dostawie, montażu I uruchomieniu pieca kremacyjnego posiadającego dwie komory spalania: główną i dopalania, opalanych paliwem gazowym oraz sterowanych komputerowo. Wobec wątpliwości Zamawiającego w zakresie przedstawionych przez Odwołującego wykazu usług (zał. 3) oraz potwierdzających należyty charakter wykonania tychże usług referencji, w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, Odwołujący złożył stosowne oświadczenia oraz przedstawił dodatkowe dokumenty potwierdzające, iż wskazane usługi odpowiadają wymogom Zamawiającego oraz iż zostały wykonane należycie. Mimo obszernych wyjaśnień Odwołującego, w tym w szczególności odnoszących się do referencji wystawionych firmie Kalfrisa (podmiotowi, który udostępnił zasoby Odwołującemu) przez firmę SOTAG z Francji, w ramach umowy z którą realizowana była usługa dostawy, montażu i uruchomienia pieca kremacyjnego oraz wskazania danych kontaktowych osób mogących dodatkowo potwierdzić zakres usług świadczonych przez spółkę Kalfrisa oraz charakter relacji prawnych łączących spółkę Kalfrisa (wykonawca usługi na rzecz SOTAG) ze spółką SOTAG oraz spółki SOTAG z miastem Ales, Zamawiający uznał przedmiotowe wyjaśnienia za niewystarczające, a tym samym uznał, iż Odwołujący nie wykazał niezbędnego doświadczenia do wykonania zamówienia i wykluczył go z postępowania oraz odrzucił jego ofertę. Stanowisko i działania Zamawiającego Odwołujący uznał za bezpodstawne.
W pierwszej kolejności wyjaśnił, iż legitymacja spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynika z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w *„Wykazie usług"* oraz w referencjach złożonych wraz z tym wykazem. Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia opisanego warunku wiedzy i doświadczenia łącznie. Nieuprawnionym po stronie

Zamawiającego jest dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, iż treść referencji nie została ustawowo określona, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia. Na podstawie § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia w sprawie dokumentów Zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Podkreślił, iż nie są zdefiniowane w treści Rozporządzenia

w sprawie dokumentów wymagania w zakresie obowiązku zamieszczenia w referencji szczegółowej informacji o przedmiocie wykonanej umowy. Zamawiający nie może żądać od wykonawcy aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza wymaganiami określonymi w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów, informacje takie mogą wynikać jedynie z oświadczenia wykonawcy (za wyrokiem ZA z dnia 11.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-640/05, wyrokiem ZA z dnia 09.02.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-346/06). Z treści załączonych do *„Wykazu usług"* dokumentów nie musi wynikać potwierdzenie wszystkich warunków postawionych przez Zamawiającego (wyrok ZA z dnia 15.05.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-554/07). Referencja załączona przez wykonawcę do *„Wykazu usług"* nie musi wskazywać dokładnego zakresu, dat, wartości zamówienia ale musi potwierdzać, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wyrok KIO z dnia 17.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 58/07, wyrok KIO z dnia 05.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 27/08, wyrok KIO z dnia 14.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 281/08.). Referencje nie są bowiem wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można wiec wymagać i egzekwować od Wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania, warunku udziału a także aby wynikał z nich wskazany przez Zamawiającego katalog informacji (wyrok KIO z dnia 27.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 51/09, wyrok KIO z dnia 01.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1490/09). Nieuprawnionym jest również żądanie, aby referencje były wystawione przez inwestora bezpośredniego (KIO/UZP 1190/08). Doświadczenie wykonawcy zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu robót odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, jest niezależne od tego czy wykonawca roboty referencyjne wykonywał w charakterze wykonawcy, podwykonawcy czy *„głównego wykonawcy"* (KIO/UZP 676/09). Wybór dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac należy do wykonawcy; istotne jest to, aby dokument ten potwierdzał okoliczność należytego wykonania usług wymienionych w wykazie przez wykonawcę. Mając na uwadze

powyższe stwierdził, iż wobec treści sporządzonego przez Odwołującego wykazu wykonanych usług (załącznik 3), oświadczeń złożonych w ramach wyjaśnień: *„JM Labus Sp. z o.o. oświadcza, iż piec Duval-2 wskazany w referencji spełnia wymogi SIWZ, to jest: posiada dwie komory spalania (główną i dopalania), jest opalany gazem i jest sterowany komputerowo"* oraz referencji wystawionych spółce Kalfrisa przez firmę SOTAG (referencje pierwotne wraz z uzupełnieniem załączonym do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego), z których jednoznacznie wynika, iż spółka Kafrisa należycie wykonała usługę dostawy, montażu i rozruchu pieca kremacyjnego (tłumaczenie oświadczenia uzupełniającego spółki SOTAG: *„Piec kremacyjny wraz z urządzeniami dodatkowymi został dostarczony, zainstalowany i uruchomiony przez KALFRISA* ...") oraz wobec treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, z których wynika, iż powyższe usługi miały charakter podwykonawczy w ramach przetargu publicznego ogłoszonego przez miasto Ales, Zamawiający nie był uprawniony do kwestionowania tychże oświadczeń wyłącznie o w oparciu o informacje uzyskane w niewiadomy sposób. W wezwaniu do uzupełnienia informacji z dnia 19.04.2012 r. Zamawiający wskazuje jako źródło informacji Zarządcę Cmentarza w miejscowości Alee w regionie Gard, wg. którego ani firma SOTAG ani firma Kalfrisa S.A. nie wykonywały instalacji pieca kremacyjnego na terenie ww. cmentarza. Podkreślenia wymaga fakt, iż Zarządca cmentarza w Ales nie pełnił roli inwestora, Zamawiającego czy wykonawcy w postępowaniu dotyczącym wskazanego pieca kremacyjnego, stąd jego wiedza jest niepełna i nie może stanowić podstaw dla uznania bądź kwestionowania referencji wystawionych przez firmę SOTAG, a tym samym uznania doświadczenia Odwołującego za wystarczające. Z posiadanych przez Odwołującego informacji wynika, że Zamawiający nie kontaktował się z firmą SOTAG w celu potwierdzenia referencji. Ponadto w uzasadnieniu rozstrzygnięcia z dnia 27.04.2012 r. Zamawiający podaje rozbieżne informacje, i tak:

• Odwołujący w swych uzupełnieniach z dnia 25.04.2012 r. uściślił lokalizację i nazwę krematorium oraz dodatkowo wskazał firmę zarządzającą tym krematorium (St. Martin, SARL Andre Nalle) wraz dokładnymi danymi kontaktowymi i nigdzie nie wskazywał, że ww. krematorium znajduje się na cmentarzu komunalnym w miejscowości Aleś.

• Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty stwierdzi, że Odwołujący potwierdził, że piec został zainstalowany na terenie cmentarza komunalnego w miejscowości Ales

• Zamawiający wskazuje w uzasadnieniu, że ponownie kontaktował się z zarządcą

cmentarza w Ales, który po raz drugi wskazał inne informacje niż wskazane w wezwaniu do przesłania uzupełnień, tym razem twierdził, że wykonawcą instalacji kremacyjnej była firma SOTAG a nie Kalfrisa S.A. Rozbieżne informacje podawane przez zarządcę cmentarza dodatkowo dyskwalifikują go jako źródło informacji. W tym miejscu nadmienić należy, że krematorium wymienione w referencji nie znajduje się na cmentarzu w Ales. Gdyby

Zamawiający skontaktował się ze wskazanym w wyjaśnieniach zarządcą krematorium, to uzyskałby potwierdzenie, że wykonawcą wskazanego przez Odwołującego krematorium była firma SOTAG. Następnie gdyby się skontaktował z firmą SOTAG, to uzyskałby potwierdzenie, że wykonawcą instalacji kremacyjnej dla SOTAG (a finalnie dla wskazanej inwestycji) była Kalfrisa - czyli dokładnie to, co Odwołujący przedstawił w ofercie i dodatkowo wyjaśnił w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Odnośnie zarzutów zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawców TABO-CS i G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. oraz odrzucenia ich ofert. Względem zarzut nieprawidłowego zastosowania przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 Pzp oraz przepisami Rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Uchybienie to, skutkuje nieuzasadnionym przyjęciem, że wykonawcy G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. oraz TABO-CS przestawili wszystkie wymagane dokumenty celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i zaniechaniem wykluczenia przez Zamawiającego tychże wykonawców, a w dalszej kolejności odrzuceniem ich ofert.

a) Oferta G.E.M. MATTHEWS International S.r.l.

W zakresie dokumentów przedstawionych przez G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. podniósł, iż nie przedstawił on stosownych dokumentów potwierdzających na dzień złożenia ofert fakt niezalegania z uiszczaniem podatków. Przedłożone bowiem oświadczenie z podpisem notarialnie poświadczonym nie spełnia wymogów wynikających z przepisów Rozporządzenia w sprawie dokumentów i tym samym nie mogło zostać uznane przez Zamawiającego za prawidłowe. Nadto z przedłożonego do oferty odpisu z właściwego rejestru wynika, iż w skład organu zarządzającego ww. wykonawcy wchodzi 3 członków zarządu. Do dokumentacji przetargowej załączono zaś wyłącznie 2 zaświadczenia dot. niekaralności, pominięto przy tym zaświadczenie dot. Pana Ranili Paul Francis. W tym miejscu wyjaśnić należy, iż bez znaczenia pozostają wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w piśmie z dnia 24.04.2012 r., iż ww. osoba nie posiada uprawnień do reprezentacji wykonawcy. Przepisy Pzp oraz Rozporządzenia odnoszą się bowiem do *„urzędującego"* członka zarządu, nie zaś do osób posiadających uprawnienia do reprezentacji wykonawcy. Na marginesie zauważyć należy, iż stanowisko G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. w tym zakresie jest co najmniej sprzeczne. Z jednej bowiem strony wykonawca ten twierdzi, iż nie ma obowiązku przedkładania zaświadczenia o niekaralności ww. osoby, z drugiej zaś załącza do wyjaśnień z dnia 24.04.2012 r. zaświadczenie wydane przez Komendę Policji w Maitland z dnia 19.04.2012 r. potwierdzające brak kartoteki dla ww. osoby, przy czym zdaniem Odwołującego zaświadczenie to zostało wydane przez niewłaściwy organ. Przedmiotowe braki skutkować winny wykluczeniem G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. z postępowania. Stanowisko to potwierdza również wyrok KIO z 02.05.2012 r. zapadły w sprawie z odwołania G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. w postępowaniu

prowadzonym przez Zarząd Cmentarzy Komunalnych w Warszawie, w którym to postępowaniu złożone zostały tożsame dokumenty i z którego to postępowania wykonawca został wykluczony właśnie z powodu braku zaświadczenia o niezaleganiu z uiszczaniem podatków i nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Prawidłowość postępowania ZCK Warszawa usankcjonowana została orzeczeniem KIO (sygn. akt: KIO 793/12).

b) Oferta TABO-CS

W zakresie dokumentów przedstawionych przez TABO-CS podniósł, iż nie przedstawił on stosownych dokumentów potwierdzających na dzień złożenia ofert fakt niezalegania z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Przedłożony zaś do oferty przez TABO-CS *„Wyciąg z rejestru kwalifikowanych dostawców (…) oraz* pisemne oświadczanie zarządu TABO-CS z dnia 15.03.2012 r. załączone do pierwszych wyjaśnień i uzupełnień tego wykonawcy nie mogą być uznane za dokumenty zastępujące w rozumieniu § 4 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Nieprawidłowe

jest bowiem zastępowanie zaświadczenia, które wydawane jest przez Urząd Skarbowy, innym dokumentem lub oświadczeniem sporządzonym na podstawie § 4 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Jak wynika z treści tego przepisu, tylko jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę nie wydaje się dokumentów (tj. zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu podatków, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne), zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym. Analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne. Zgodnie z informacją uzyskaną z Czeskiego Urzędu Zabezpieczenia Społecznego - kierownika Oddziału ds. Ubezpieczeń Społecznych Magdy Fabrinkowej (Česká správa sociálniho zabezpečeni), zaświadczenia takie uzyskuje się w rzeczonej instytucji. Powyższe potwierdza również informacja zamieszczona na stronie www. Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie z treścią tejże informacji fakt spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zobowiązania dotyczącego opłacenia składki na ubezpieczenie społeczne (dokument lub zaświadczenie) zostaje potwierdzony dokumentem wydawanym przez Rejonową Administrację Zabezpieczenia Społecznego. W przypadku zaś zobowiązań podatkowych potwierdzenie wydawane jest przez Urząd Skarbowy. Powyższa argumentacja odnosi się również do zaświadczeń o niekaralności urzędujących członków zarządu wykonawcy. Także w tym zakresie wykonawca TABO-CS nie przedstawił stosownych dokumentów, zaś jego oświadczenie z dnia 15.03.2012 r. nie spełnia wymogów określonych w § 2 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż wykonawca TABO-CS nie przestawił dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia, co winno skutkować wykluczeniem tego

wykonawcy z postępowania, a jego oferta winna zostać odrzucona, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Na marginesie wskazał, iż w innym postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Cmentarzy Komunalnych w Warszawie wykonawca TABO-CS został wykluczony właśnie z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (braku zaświadczeń o niekaralności członków zarządu) i czynność ta nie została zaskarżona przez wykonawcę.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż TABO-CS nie załączył do swojej oferty opłacanej polisy potwierdzającej, iż wykonawca ten jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej. W odpowiedzi zaś na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przedłożył wyłącznie polisę w języku czeskim. Zgodnie zaś z treścią punktu X.6 SIWZ *„Opis sposobu przygotowania oferty"* Oferta wraz z załącznikami musi być sporządzona w języku polskim, a jak wynika z postanowień punktu VII.1 SIWZ *„Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami przy przekazaniu oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami"* - Niniejsze postępowanie jest prowadzone w języku polskim. Jeżeli zatem. Zamawiający żądał od uczestniczących w postępowaniu wykonawców przetłumaczenia dokumentów na język polski, a nie zachodzi żaden szczególnie uzasadniony przypadek, aby Zamawiający wyraził zgodę na złożenie dokumentów czy oświadczeń w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym, to brak tłumaczenia Umowy ubezpieczenia (Kooperativa Vienna Insurance Group) oraz dowodu opłacenia polisy przedłożonych przez TABO-CS Zamawiającemu dnia 26.03.2012 r. należy traktować jako uchybienie skutkujące wykluczeniem tego wykonawcy i odrzuceniem jego oferty. Dodatkowo wyjaśnił, iż powtórne wezwanie TABO-CS przez Zamawiającego do złożenia tłumaczenia ww. polisy było niedopuszczalne i złożone w odpowiedzi na nie tłumaczenie (pismo z dnia 20.04.2012 r.) winno zostać pominięte. Polisa wraz z tłumaczeniem stanowi bowiem jeden dokument i nie podlega odrębnym rygorom w zakresie uzupełnień. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż zarzut dotyczący nieprzedstawienia przez TABO-CS - pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - nieprawidłowej polisy ubezpieczeniowej został podniesiony już w odwołaniu z dnia 03.04.2012 r. Zarzuty przedstawione w tymże odwołaniu zostały zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 12.04.2012 r. w całości uwzględnione. Jak wynika jednak z dalszych działań Zamawiającego, wbrew oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania. Zamawiający powtórnie wezwał TABO-CS do uzupełnienia przedstawionej polisy i złożenia wyjaśnień zakresie odnośnie do jej zakresu.

Odnośnie zarzutów zaniechania przez Zamawiającego w zakresie odrzucenia ofert wykonawców G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. oraz TABO-CS. Odwołujący stwierdził,

iż w ramach uzupełnień i wyjaśnień, a także innych pism składanych przez wykonawców GEM-MATTHEW oraz TABO-CS, a w szczególności pisma TASO-CS doręczonego Zamawiającemu w dniu 13.04.2012 r., wykonawcy Ci dokonali niedopuszczalnej zmiany

ofert. Zamawiający zaś zaakceptował te czynności i bezpodstawnie przyjął iż oferty ww. wykonawców spełniają wymogi określone SIWZ. Uchybienia te skutkowały zaniechaniem Zamawiającego w zakresie odrzucenia ofert ww. wykonawców.

a) Oferta G.E.M. MATTHEWS International S.r.l.

W treści oferty, której otwarcie nastąpiło w dniu 15.03.2012 r. G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. podał iż zużycie gazu na jedną kremację wynosi 42m ^{3} , natomiast zużycie gazu dla 5 kremacji pod rząd wynosi 18m ^{3} . Następnie w trybie wyjaśnień do oferty (pismo z dnia 24.04.2012 r.) tenże wykonawca oświadczył, iż zużycie gazu dla 5 kremacji wynosi 90 m ^{3} , zaś pierwotnie podana wartość 18m ^{3} wynika z *„niewłaściwego zrozumienia tekstu przez osobę tłumaczącą".* Zamawiający bezkrytycznie zaakceptował wyjaśnienia wykonawcy i przyjął wartość 90m ^{3} jako wartość zaoferowaną przez wykonawcę. Tym samym Zamawiający zatwierdził niedopuszczalną zmianę oferty wykonawcy w zakresie jej istotnych elementów. Wskazać bowiem należy, iż jednym z kryteriów oceny ofert byty koszty eksploatacji pieca w odniesieniu do ilości zużywanego paliwa. Dodatkowo należy podkreślić, że w swej ofercie G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. na str. 21 Założenia techniczne urządzenia do kremacji zwłok GEM CRM6/L1R" podał informację, iż przy 8 kremacjach dziennie średnie zużycie wynosi 18 m ^{3} na kremację, kiedy wiadomo, iż z każdą dodatkową kremacją średnia ilość zużytego gazu na kremację maleje. Także w Załączniku nr 4 do oferty G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. w punkcie nr 6 GEM-MATTHEWS wskazuje zużycie gazu ziemnego w ilości 18 m ^{3} /h przy kremacji trwającej 85 minut (pomijając czas na rozgrzewanie pieca, który także wiąże się z zużyciem gazu) - co daje 25,5 m ^{3} na jedną kremację w cyklu ciągłego działania (więc przy 5 kremacjach, bez uwzględnienia zużycia gazu na rozgrzewanie pieca i dogrzewanie między kremacjami dałoby to liczbę 127,5 m ^{3}). Ponadto w odwołaniu G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. złożonym do Prezesa KIO w dniu 06.04.2012 r. GEM-MATTHEWS International S.r.l. wskazuje także rozbieżne dane, i tak:

- W jednym miejscu (str. 7 Odwołania - tekst przytoczony powyżej) pisze, że pierwsza kremacja zużywa 42 m ^{3} a każda kolejna 18 m ^{3} - co daje w sumie 114 m ^{3}
- W innym miejscu (tabela z analizą porównawczą ofert złożonych przez wykonawców – str. 4 Odwołania) pisze że pięć kremacji zużyje 90 m ^{3}

Przytoczone wyżej fakty, w tym swobodna zmiana parametrów pieca przez G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. i dalsza akceptacja przez Zamawiającemu tychże zmian w ofercie przez G.E.M. MATTHEWS International S.r.l., stanowią naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Podkreślił, iż błędne podanie danych w ofercie obciąża wyłącznie wykonawcę, który ewidentnie nie zrozumiał treść formularza i w miejsce łącznej ilość zużywanego paliwa dla 5 kremacji, wpisał średnią ilość zużywanego paliwa dla 1 kremacji przy 5 następujących po sobie kremacjach. Tego rodzaju błąd nie może być w żaden sposób

sanowany, ani poprzez wyjaśnienia, ani poprzez uprawnienie Zamawiającego do poprawy oczywistych omyłek. Wykonawca ponosi wyłączną odpowiedzialność za nieprawidłowe zrozumienie i wypełnienie formularza ofertowego. Podkreślił, iż błąd taki nie pojawił się w treści pozostałych ofert, a tym samym nie można uznać, iż zapis formularza ofertowego był niejasny. Nadto oferta GEM-MATTHEWS International S.r.l. winna zostać uznana za niezgodną ze SIWZ w zakresie pkt. III.4 oraz Załącznika 1 do SIWZ Rozdz. III: *„Podstawowe dane eksploatacyjne".* Wskazać należy, iż zgodnie z przedmiotowym zapisem SIWZ Zamawiający wymagał aby *„czas pracy pieca* (wynosił) *24 godz. na dobę z możliwością wykonania 15 kremacji".* Wykonawca zaś w swojej ofercie wskazał, że *„(...) urządzenie w stanie znamionowym może pracować ok. 8-10 godzin dziennie, ale również dłużej w razie potrzeby przy wydajności 2000-2500 kremacji rocznie".* Analizując powyższe, stwierdzić należy, iż piec oferowany przez wykonawcę pozwala (chociażby ze względów czysto matematycznych) na wykonanie niespełna 7 kremacji na dobę. Dla obliczeń rocznej ilości kremacji zachowawczo Odwołujący przyjął, że piec kremacyjny będzie pracował tylko w dni robocze, czyli 250 dni w roku. Według tych założeń, piec który powinien wykonywać 15

kremacji dziennie, w ciągu jednego roku wykona 3750 kremacji (15 kremacji x 250 dni). Piec oferowany przez wykonawcę - zgodnie z danymi podanymi w ofercie - spełnia niewiele ponad połowę wymogów określonych przez Zamawiającego w zakresie rocznej wydajności pieca. Z ostrożności Odwołujący podnosił, iż wyjaśnienia złożone w tym zakresie przez wykonawcę (pkt 8 pisma z dnia 24.04.2012 r.) stanowiły nieuprawnioną zmianę oferty i winny zostać pominięte przez Zamawiającego.

Przedmiotowy zarzut niezgodności oferty wykonawcy z SIWZ i zarzut niedopuszczalności zmiany oferty w wyniku złożonych wyjaśnień dotyczy również wymogu przedłożenia przedstawiającego oferowany piec wraz podłączeniem do komina. Zgodnie z treścią Zał. 1 do SIWZ *„Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia"* Rozdz. I pkt 1 *„Zakres prac"* oraz Rozdz. III *„Podstawowe dane eksploatacyjne"* Zamawiający wymagał aby średnica komina zapewniała w przyszłości włączenie drugiego pieca kremacyjnego. Co więcej w treści SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazywał w kilku miejscach na potrzebę wykonania tylko i wyłącznie jednego komina (Załącznik 1 Rozdz. 1.2 ppkt. a), c); Rozdz. III do SIWZ, a także po modyfikacji nr 1 z dnia 17.02.2012 r. - postanowienia pkt I.2.b) załącznika nr I do SIWZ oraz pkt II.3 Załącznika nr I do SIWZ). Rysunek załączony przez wykonawcę do oferty (poz. 18) nie spełnia powyższego wymogu. Zaś poprawiony rysunek załączony do wyjaśnień z dnia 24.04.2012 r. (pkt 10) stanowi niedopuszczalną zmianę oferty. Powyższe twierdzenia korespondują z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym *„1. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w szczególności w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów dotyczących*

wykonania przedmiotu zamówienia. 2. Niezgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego nie mogą podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), jeżeli bez dodatkowego oświadczenia ta strony wykonawcy, stanowiącego ingerencję w treść oferty złożonej w terminie składania ofert, zamawiający nie ma jakichkolwiek przesłanek by uznać, że oferto potwierdza spełnianie tych wymagań" (wyrok KIO z dnia 28.04.2011 r., KIO 788/11),

b) Oferta TABO-CS

Odnosząc się do oferty TABO-CS w pierwszej kolejności wskazać należy, iż wykonawca ten samowolnie w dniu 13.04.2012 r. (pismo błędnie datowane na dzień 05.03.2012 r.) złożył wyjaśnienia do złożonej przez siebie oferty. Z treści pisma wynika, iż wykonawca w ten sposób odniósł się do zarzutów przedstawionych przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 03.04.2012 r. Podkreślić należy, iż zgodnie z przepisami Pzp TABO-CS mogło jedynie przystąpić do toczącego się postępowania przedstawiając argumentację na poparcie zasadności i prawidłowości działań Zamawiającego. Ustawie nie jest znana instytucja „odpowiedzi na odwołanie" kierowanej wyłącznie do Zamawiającego. Tym bardziej Zamawiający nie był uprawniony do załączenia przedmiotowego pisma do dokumentacji przetargowej i uwzględnienia przedstawionych w nich wyjaśnień bez dokonania stosowej adnotacji. Przywołał wyroku KIO z 02.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1333/09.

Względem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp wskazał, iż zgodnie z przedmiotowym przepisem w toku badania i oceny oferty zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w treści. Wykonawca TABO-CS dokonał takiej zmiany treści złożonej oferty na etapie udzielania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zmianę treści całego załącznika nr 4 do oferty. Pierwotny dokument bowiem nie odpowiadał treści SIWZ. I tak, dla wykazania zmian treści załącznika nr 4, na skutek wezwania TABO-CS przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, względem jego pierwotnego brzmienia przykładowo wskazał – w tabeli - na następujące, niedopuszczalne w ocenie Odwołującego, zmiany (pogrubiono uwagi Odwołującego dotyczące rozbieżności, braków zapisów wymaganych przez Zamawiającego):

Załącznik nr 4 pierwotny	Zmiany załącznika nr 4

z dn. 08.03.2012 r. z dn. 26.03.2012 r.

Elementy *„Dostarczony piec kremacyjny wyposażony* Przedstawienie danych o przebiegu
elektroniczne i *jest w nowoczesnym PLC systemem* kremacji na panelu sterowania
oprogramowanie *sterowniczym FCS2. Dalszym* komputera gromadzenie danych *wyposażeniem to jest jednostka* eksploatacyjnych (piec będzie
procesu *pamięciowa przeznaczona do zbierania* wyposażony w komp. PC) możliwość
kremacji *danych eksploatacyjnych, której* realizacji transferu par. przebiegu kremacji
pojemność umożliwia bieżącą oraz ewidencji skremowanych
archiwizacje przebiegu wszystkich osób do komp. PC, ich gromadzenie i
mierzonych wartości i położeń członów archiwizowanie, możliwość wydruku
aktywnych przez okres kilku tygodni z parametrów pracy pieca z każdej
automatyczną aktualizacją" (str. 25 oferty - kremacji (odczyt w odstępach
Wyposażenie hardwarowe (...)) czasowych 3-5 min), interfejs
użytkownika oprogramowania w języku
„Wartości ułożone do pamięci systemu polskim (str. 2 zał. nr 4 z dnia 26.03.2012 r.)
można wywoływać i interpretować w formie
liczbowej lub graficznej" (str. 25 oferty -
Wyposażenie hardwarowe(...))

Urządzenie *„Do pieca kremacyjnego dostarczane* W zmienionym załączniku nr 4
wprowadzające *jest urządzenie wprowadzające* przedstawiono zupełnie inny model
poloautotyczne typu S-140. Model 5- urządzenia wprowadzającego TYP S-55
140 *przeznaczony jest dla pieca* (a w ofercie było urządzenie TYP S-
kremacyjnego usytuowanego na 140) (str. 2 zał. nr 4 z dnia 26.03.2012 r.)
jednym poziomie. Urządzenie to
przesuwa się po szynach, co TYP S-55 Pozwalające na podnoszenie
gwarantuje precyzyjne wsadzenie trumien o masie do 350 kg z poziomu
trumny o masie do 350 kg do pieca. posadzki do poziomu drzwi wprowadzania
trumny.
Ruch pionowy urządzenia powoduje
wbudowany element elektrohydrauliczny" Ruch pionowy urządzenia powoduje
(str. 24 oferty - Wyposażenie pieca, wbudowany element elektrohydrauliczny.
Wrota pieca sterowane są z pulpitu Urządzenia wprowadzające)
urządzenia wsadowego. Połączenie *„ Wrota pieca sterowane są z pulpitu*
urządzenia wsadowego. Połączenie pomiędzy tym ostatnim i układem sterowania
pieca umożliwia kabel prowadzony przez *pomiędzy tym ostatnim i układem*
sterowania pieca umożliwia kabel fundament, wózek zasilany jest energią
elektryczną z sieci. W skład dostawy *prowadzony przez fundament, wózek*
zasilany jest energią elektryczną z sieci. wchodzą również szyny (str. 2
zał. nr 4 z dnia 26.03.2012 r.) *W skład dostawy wchodzą również*
s zyny" (str. 25-26 oferty -
Wyposażenie pieca, Urządzenia
Wprowadzające).

„Wykończenie powierzchni pomiędzy szynami wykonane jest za pomocą wykładziny podłogowej, takiej jak w reszcie samej, pomieszczenia"
ORAZ z punktu 1.1.
„Wsadzenie trumny do pieca jest możliwe tylko wtedy, jeżeli są spełnione wszystkie parametry bezpieczeństwa i parametry techniczne ustalone dla wsadu (temperatury w komorze głównej i dopalającej, ciąg w piecu, funkcjonowanie palników)" „Komputer sterowniczy skontroluje wszystkie potrzebne parametry i wyda polecenie operatorowi, który wykona wsadzenie trumny do pieca" „Od zamknięcia drzwi wsadowej

się sterowany rozpoczyna automatyczny,
przebieg kremacji. Następne otworzenie drzwi
wsadowych pieca aż do zakończenia kremacji
jest zablokowane" Wyposa „W *maszynowni bebe wentilator dla* Wentylator powietrza do pieca z rozprowadzeniem
żenie *powietrza i wentilator dla eiektora"* powietrza. Wentylator ejektora z rozprowadzeniem
(str. 24 oferty-Technika wentylacyjna) powietrza dla ejektora na kominie (str. 2-3
„w stosunku do techniki wentylacyjnej nie są załącznika nr 4 z dnia 26.03.2012 r.)
stawiane szczególne wymagania. Środowisko
wokół pieców kremacyjnych w maszynowni jest Wykonawca nie zamieścił informacji o stosowaniu
normalne nie grożące wybuchem, bez pyłu. izolacji dźwiękowej (zał. nr 4 z dnia 26.03.2012 r.)
Jeżeli nie są wymagane przepisami lokalnymi
specjalne warunki, zalecamy wymianę powietrza
w pomieszczeniu technologicznym minimalnie
raz na godzinę" (str. 24 oferty - Technika
wentylacyjna)

„Rury rozprowadzeń powietrza technologicznego
wykonane ze stali kwasoodpornej) będą ułożone
pod podłogą we wgłębieniu w fundamentach"
(...). „Rury są dostawą technologii, klient zapewni
ich przekrycie i zabetonowanie" (str. 24
oferty-Technika wentylacyjna)
„Pomieszczenie wentylatorów-wykonana jest
izolacja dźwiękowa

(razem z drzwiami), izolację
przeciwhałasową" (str. 24 oferty - Rozprowadzenie energii elektrycznej
Technika wentylacyjna) Rozprowadzenie gazu ziemnego.
Przekształtnik częstotliwości obrotów Wykonawca nie zamieścił informacji
wentylatora ejektora dla regulacji
dotyczącej rozprowadzenia instalacji podciśnienia w piecu.
energii elektrycznej, gazu ziemnego. Analizator spalin w kominie
instalacji wodnej itp., wymaganej Środki manipulacyjne do wygarniania
przez Zamawiającego SIWZ (str. 23- dnia 26.03.2012 r.)
28 oferty)

Analizując powyższe modyfikacje, stwierdził, iż niedopuszczalnym było uznanie ich za wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty. Zmian tych nie można również traktować, jako oczywistych omyłek pisarskich, omyłek rachunkowych, czy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które nie powodowałaby istotnych zmian w treści oferty. Przywołał wyrok KIO z dnia 10.10.2011 r., KIO 418/11). Biorąc pod uwagą zmianę TABO-CS w zakresie modelu urządzenia wprowadzającego z TYPU S-140 na TYP S-55 już można stwierdzić, że była ona niemożliwa w myśl powołanego powyżej orzeczenia. Jak wynika z najbardziej aktualnego orzecznictwa Izby niedopuszczalne są zmiany czy poprawienia w zakresie mocy czy wielkości poprzez wykorzystanie treści art. 87 ust. 1 Pzp (wyrok KIO z dnia 03.02.2012 r., KIO 120/12, KIO 143/12). Przywołał także wyrok KIO z dnia 28.04.2011 r., sygn. akt: KIO 788/11. Odnosząc tezę tego wyroku do oferty TABO-CS oraz jej zmiany w zakresie załącznika nr 4 wskazać należy, iż w pierwotne] ofercie Wykonawca ten nie zamieścił informacji dotyczącej rozprowadzenia instalacji energii elektrycznej, gazu ziemnego, instalacji wodnej itp., wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ. Z ostrożności, gdyby Zamawiający wyjaśniał, że zmiana przez TABO-CS załącznika nr 4 możliwa była ze względu na treść art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, powołał wyrok KIO z dnia 22.03.2011 r., sygn. akt: KIO 466/11). Wobec tak sformułowanej tezy, bezsprzecznym pozostaje, iż Zamawiający nie był w stanie dokonać samodzielnie, bez udziału TABO-CS, czynności poprawienia treści załącznika nr 4.

Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z pkt X.5 SIWZ *„Opis sposobu przygotowania oferty"* poprzez jego niezastosowanie i nieodrzucenie oferty TABO-CS jako nieodpowiadającej treści SIWZ. Zgodnie bowiem z pkt X.5 SIWZ *„Opis sposobu*

przygotowania oferty" - „oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których zamawiający określił wzory w formie formularzy, stanowiących załączniki do SIWZ powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści, opisu kolumn i wierszy". I tak, według wzorów formularzy, ale i nie tylko formularzy - Zamawiający wprowadził wymóg, zgodnie z którym żąda na każdej stronie wzorów wynikających z SIWZ *„czytelnego podpisu*

lub podpisu z pieczątką imienną osoby/osób upoważnionej/upoważnionych do reprezentowania wykonawcy". Analizując ofertę TABO-CS, w szczególności sam formularz oferty (str. 3-5, 7, 28, 36, 104) ale także i pozostałe dokumenty i oświadczenia, stwierdzić należy, iż brak jest czytelnego podpisu osób zamieszczonych na tych dokumentach, względnie brak jest podpisu z pieczątką imienną. Taki brak należało rozpatrywać pod kątem treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako, że treść oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ. Na marginesie wskazać należy, iż z zgodnie z postanowieniem punktu X.7 SIWZ *„zaleca się by każda zawierającą jakąkolwiek treść strona oferty była podpisano lub parafowana przez wykonawcę (...)".* Do tego zalecenia wykonawca TABO-CS nie zastosował się, gdyż jedynie tylko część oferty jest podpisania przez osoby, których nieczytelne podpisy widnieją na stronach: 3-5, 7, 28, 36, 104. Tym samym, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uznać należy za zasadny.

Odwołujący podnosi także zarzut nieprawidłowego zastosowania przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z uchybieniem przez TABO-CS wymaganiom treści SIWZ. I tak, zgodnie z punktem V.I. 1.4 SIWZ *„Warunki udziały w postępowaniu oraz opis sposobu spełnienia warunków"* w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp - *„jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę min. 100.000,00 zł (słownie sto tysięcy złotych)".* Jak wynika z dokumentu - umowy ubezpieczenia wystawionej przez *Kooperativa Vienna Insurance Group* dla TABO-CS, potwierdza on zawarcie umowy ubezpieczenia od ryzyk przedsiębiorcy. Zgodnie zaś z przywołanym postanowieniem SIWZ Zamawiający wymagał, aby każdy z wykonawców dysponował ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, nie zaś ubezpieczeniem od ryzyk przedsiębiorstwa. Co więcej, z treści przedłożonej przez TABO-CS polisy (nazwanej *„umową ubezpieczenia")* nie można wywieźć wniosku, że jest to ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej, gdyż sama polisa odwołuje się do zapisów umowy, których ten wykonawca nie załączył do oferty. Nie bez znaczenia jest również, że ubezpieczenie OC w języku czeskim jest określane jako *„Zakonne pojisteni odpovednosti",* zaś dokument przedłożony przez TABO-CS oznaczony jest *„Pojisteni podnikateiskych rizik"* (ubezpieczenie ryzyka przedsiębiorczego). Ponadto, z informacji uzyskanej ad agentów ubezpieczeń z Republiki Czeskiej wynika iż, ubezpieczenie OC nie jest równoważne z ubezpieczeniem odpowiedzialności ryzyk przedsiębiorstwa, a przedłożona polisa nie potwierdza faktu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej może stanowić klauzulę dodatkową do ubezpieczenia od ryzyk przedsiębiorstwa, niemniej jednak, z uwagi na brak przedłożenia umowy ubezpieczenia, a jedynie polisy potwierdzającej zawarcie umowy, brak jest możliwości zweryfikowania, czy TABO-CS faktycznie spełnia

wymogi udziału w niniejszym postępowaniu. Jak wynika ze stanowiska prezentowanego w doktrynie *„ocena, czy wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, zgodnie z warunkami określonym przez Zamawiającego, nie może polegać tylko na stwierdzeniu, czy z treści polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej wynika wymagana przez zamawiającego suma gwarancyjna"* (tak Józef E.Nowicki, Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej wykonawcy jako warunek ubiegania się o zamówienie publiczne, Prawo Zamówień Publicznych, 2012, numer 2). Obowiązkiem Zamawiającego jest zweryfikowanie przedłożonych dokumentów, tak by ich treść odpowiadała treści SIWZ. Wskazał na wyrok KIO z 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1507/08. Wobec rozbieżności między ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej a ubezpieczeniem od ryzyk przedsiębiorstwa, ze szczególnym uwzględnieniem

przywołanego wyroku Izby z 2009 r., zasadnym jest stwierdzenie, że Zamawiający nie dołożył należytej staranności celem zweryfikowania czy oferta TABO-CS jest zgodna z treścią SIWZ. Tym samym, zarzut naruszenia przez Zamawiającego treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z niezgodnością oferty TABO-CS z treścią SIWZ jest zasadny, a ta w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem oferty TABO-CS.

Odnośnie zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 Pzp przez Zamawiającego wskazać należy, że zgodnie z powołanym przepisem, nadrzędnym obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Powyższe oznacza, że każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Każdy ma zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich podmiotów. Przywołał wyrok KIO z dnia 26.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2476/10.

Odnośnie zarzutu utrudniania przez Zamawiającego dostępu do informacji. Poza zarzutami odnoszącymi się do nieprawidłowej oceny ofert złożonych w ramach prowadzonego postępowania, Odwołujący wskazuje na inne uchybienia w tym polegające na utrudnianiu Odwołującemu dostępu do informacji, co stanowi naruszenie zasady jawności postępowania oraz art. 96 ust. 3 Pzp i przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 26 października 2010 r. (Dz. U. Nr 223, poz. 1458). Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania w dniu 27.04.2012 r., o czym zawiadomił Odwołującego faksem nadanym tego dnia o godz. 11.58. Odwołujący tego samego dnia niezwłocznie potwierdził fakt otrzymania faksu oraz zwrócił się z dwoma wnioskami o udostępnienie kopii uzupełnień złożonych przez swoich konkurentów (faksy z godz. 12. 49 i 13.18). Odpowiedź zaś na wnioski Odwołującego

została przesłana dopiero w dniu 02.05.2012 r. o godz. 9.58, przy czym Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu kopii żądanych dokumentów, a jedynie wyznaczył termin zapoznania się z nimi w siedzibie Zamawiającego na dzień 04.05.2012 r. Należy podkreślić, iż odmowa przesłania kopii dokumentów była całkowicie nieuzasadniona. Po pierwsze wskazać należy, iż objętość żądanych kopii to zaledwie 20 stron, po drugie zaś wcześniejsze tego typu wnioski były uwzględniane i Zamawiający przesyłał kopie dokumentów za pośrednictwem faksu (faks z dnia 29.03.2012 r., objętość 19 str.). Biorąc pod uwagę wyznaczony przez Zamawiającego termin zapoznania się z dokumentami (04.05.2012 r.), nakład czasu związany z dojazdem do siedziby Zamawiającego oraz upływający w tym czasie termin do złożenia odwołania, należy stwierdzić, iż działania Zamawiającego miały charakter celowy i niedopuszczalny. Zamawiający celowo opóźnił dostęp Odwołującego do dokumentacji, uniemożliwiając mu w ten sposób rzetelne zapoznanie się z dokumentami podlegającymi ocenie przez Zamawiającego i weryfikację działań Zamawiającego, a tym samym utrudniając przygotowanie stosownego odwołania.

Zamawiający w dniu 08.05.2012 r. wezwał (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11.05.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający przekazał przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. z siedzibą w Udine, Via Zanussi Z.I.U., n. 315, Włochy zwanej dalej: *„G.E.M. MATTHEWS International S.r.l."* albo *„Przystępującym".* Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, modyfikacją nr 1 z dnia 17.02.2012 r., ofertą Odwołującego, Przystępującego oraz TABO-CS, protokołem postępowania zawierającym wartość zamówienia, uchwałą Zarządu Spółki nr 5/2012 z dnia 27.03.2012 r., notatką służbową Głównego Księgowego z dnia 27.03.2012 r., wezwaniem Zamawiającego z dnia 21.03.2012 r. w stosunku do firmy TABO-CS w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, przesłanymi w odpowiedzi stosownymi wyjaśnieniami wraz z uzupełnieniem w dniu 26.03.2012 r., zawiadomieniem o rozstrzygnięciu

postępowania z dnia 28.03.2012 r., odwołaniem z dnia 03.04.2012 r., uwzględnieniem

przez Zamawiającego w całości niniejszego odwołania (pismo z dnia 12.04.2012 r.), wyjaśnieniami (bez wezwania) udzielonymi przez TABO-CS – wpływ do Zamawiającego 13.04.2012 r., odwołaniem z 06.04.2012 r., uwzględnieniem przez Zamawiającego w całości niniejszego odwołania (pismo z dnia 12.04.2012 r.), wezwaniem Zamawiającego z dnia 19.04.2012 r. w stosunku do JM Labus Sp. z o.o., przesłanymi w odpowiedzi stosownymi wyjaśnieniami wraz z uzupełnieniem w dniu 26.04.2012 r. (pismo z dnia 25.04.2012 r.), wezwaniem Zamawiającego z dnia 19.04.2012 r. w stosunku do firmy GEM-MATTHEWS International S.r.l., przesłanymi w odpowiedzi stosownymi wyjaśnieniami wraz z uzupełnieniem w dniu 26.04.2012 r., wezwaniem Zamawiającego z dnia 19.04.2012 r. w stosunku do firmy TABO-CS w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, przesłanymi w odpowiedzi stosownymi wyjaśnieniami wraz z uzupełnieniem w dniu 25.04.2012 r., informacją o poprawieniu przez Zamawiającego w ofercie firmy GEM-MATTHEWS International S.r.l. oczywistej omyłki rachunkowej, protokołem Komisji Przetargowej z dnia 26.04.2012 r. zawierającym jako załącznik notatkę z rozmowy telefonicznej (notatka z dnia 14.04.2012 r.) oraz notatkę z rozmowy telefonicznej (notatka z dnia 25.04.2012 r.) wraz z pismem p. Andre Nalle (w oryginale - z tłumaczeniem), zawiadomieniem o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 27.04.2012 r. oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, odwołaniem, przystąpieniem, odpowiedzią na odwołanie złożona na rozprawie przez Zamawiającego, pismem procesowym złożonym na rozprawie przez Przystępującego wraz z załączonym oświadczeniem z tłumaczeniem, kopią faktury wraz z tłumaczeniem oraz notatka z rozmowy telefonicznej z dnia 17.05.2012 r. przedłożonymi przez Odwołującego na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach wszystkich trzech kryteriów oceny ofert, tj. ceny (60%), (koszty eksploatacji z podziałem na dwa podkryteria – oba po 10 %), (okres gwarancji w miesiącach – 20%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (biorąc pod uwagę jej najkorzystniejszy charakter), ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do kwestii braki interesu z uwagi na brak możliwości podwyższenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia do kwoty na jaką

opiewa oferta Odwołującego, co będzie w konsekwencji skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp, Izba wskazuje, że nie można uznać za przesądzający na taką okoliczność dowód z przesłuchania strony (dwóch członków Zarządu Spółki) przeprowadzony na rozprawie, czy też protokół postępowania zawierający wartość zamówienia, uchwałę Zarządu Spółki nr 5/2012 z dnia 27.03.2012 r., albo notatkę służbową Głównego Księgowego z dnia 27.03.2012 r. Izba bada istnienie niniejszego interesu na moment wniesienia środka ochrony prawnej, nawet badając niniejszy interes na dzień przeprowadzanej rozprawy nadal niniejszy interes istnieje. Dowód z przesłuchania strony dotyczył bowiem zdarzenia przyszłego i niepewnego, nadto aby uznać takie stanowisko za wiążące winna zapaść stosowna uchwała zgodna ze statutem spółki. Pozostałe dowody dotyczyły sytuacji z sprzed rozstrzygnięcia postępowania z dnia 28.03.2012 r. i dotyczyły zupełnie odmiennej sytuacji faktycznej. Należy zauważyć, że art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą cena przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (…). Wynika, z tego konieczność zaistnienia określonego stanu faktycznego, oferta Odwołującego na dzień rozpatrywania odwołania nie jest ofertą najkorzystniejszą (nie została wybrana, nie była w ogóle poddana

ocenie pod względem trzech kryteriów oceny ofert, czyli punktacji, cena jest tylko jednym z nich), nie jest także póki co ofertą z najniższą ceną. W konsekwencji wszelkie dywagacje w tym zakresie są przedwczesne. Należy zauważyć, że nawet jeśli Zamawiający w ostatecznym rozrachunku podejmie decyzje o unieważnieniu postępowania (żadna w tym zakresie wiążąca decyzja nie została jeszcze podjęta) Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, czy też oferta (z uwagi na okoliczność tego rodzaju, że pozostała jedyną ważna oferta w postępowaniu) ma najniższą ceną, ma prawo złożyć środek ochrony prawnej na czynność unieważnienia postępowania. Podobne stanowisko do przedstawionego wynika z orzecznictwa KIO m.in. wyrok z dnia 05.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1497/08. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego o szerokim rozumieniu interesu w trybie art. 179 ust.1 Pzp. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że Zamawiający jako spółka zależna winien rozważyć (jeśli zaistnieje taka konieczność) zwrócenie się o dofinansowanie do Gminy Miasta Rzeszów, tym bardziej, że jak oświadczyli członkowie Zarządu Spółki na rozprawie w ramach przeprowadzonego przesłuchania, realizowane jest przez Gminę Miasto Rzeszów aktualnie zadanie towarzyszące (Remont i rozbudowa Kaplicy Cmentarnej) zamówieniu przeprowadzonemu przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt:

KIO 284/12, KIO 660/12, KIO 680/12 oraz KIO 939/12, postanowień SIWZ, modyfikacji nr 1 z dnia 17.02.2012 r., oferty Odwołującego, Przystępującego oraz TABO-CS, protokołu postępowania zawierającym wartość zamówienia, uchwały Zarządu Spółki nr 5/2012 z dnia 27.03.2012 r., notatki służbowej Głównego Księgowego z dnia 27.03.2012 r., wezwania Zamawiającego z dnia 21.03.2012 r. w stosunku do firmy TABO-CS w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, przesłanych w odpowiedzi stosownych wyjaśnień wraz z uzupełnieniem w dniu 26.03.2012 r., zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 28.03.2012 r., odwołania z dnia 03.04.2012 r., uwzględnienia przez Zamawiającego w całości niniejszego odwołania (pismo z dnia 12.04.2012 r.), wyjaśnienia (bez wezwania) udzielonego przez TABO-CS – wpływ do Zamawiającego 13.04.2012 r., odwołania z 06.04.2012 r., uwzględnienia przez Zamawiającego w całości niniejszego odwołania (pismo z dnia 12.04.2012 r.), wezwania Zamawiającego z dnia 19.04.2012 r. w stosunku do JM Labus Sp. z o.o., przesłanych w odpowiedzi stosownych wyjaśnień wraz z uzupełnieniem w dniu 26.04.2012 r. (pismo z dnia 25.04.2012 r.), wezwania Zamawiającego z dnia 19.04.2012 r. w stosunku do firmy GEM-MATTHEWS International S.r.l., przesłanych w odpowiedzi stosownych wyjaśnień wraz z uzupełnieniem w dniu 26.04.2012 r., wezwania Zamawiającego z dnia 19.04.2012 r. w stosunku do firmy TABO-CS w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, przesłanych w odpowiedzi stosownych wyjaśnień wraz z uzupełnieniem w dniu 25.04.2012 r., informacji o poprawieniu przez Zamawiającego w ofercie firmy GEM-MATTHEWS International S.r.l. oczywistej omyłki rachunkowej, protokołu Komisji Przetargowej z dnia 26.04.2012 r. zawierającego jako załącznik notatkę z rozmowy telefonicznej (notatka z dnia 14.04.2012 r.) oraz notatkę z rozmowy telefonicznej (notatka z dnia 25.04.2012 r.) wraz z pismem p. Andre Nalle (w oryginale - z tłumaczeniem), zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 27.04.2012 r. oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie przez Zamawiającego, pisma procesowego złożonego na rozprawie przez Przystępującego wraz z załączonym oświadczeniem z tłumaczeniem, kopii faktury wraz z tłumaczeniem oraz notatki z rozmowy telefonicznej z dnia 17.05.2012 r. przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 25 ust. 2 i 26 Pzp oraz § 1 ust, 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie

Odwołującego i w konsekwencji odrzucenie jego oferty w związku z rzekomym niewykazaniem przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, Izba uznała, że ww. zarzut został potwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W postępowaniu zostały złożone oferty czterech wykonawców, a to:

1. oferta nr 1 - TABO-CS - cena brutto: 1.100.000,00 zł (bez podatku VAT, który zobowiązany jest uiścić Zamawiający w Polsce, co wynika z treści art. 91 ust. 3 a Pzp); koszt eksploatacji: a) ilość zużytego gazu w m^3 w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzewanie pieca oraz wykonanie 1 kremacji przy założeniu 1 kremacji (w czasie cyklu nie dłuższym niż 90 minut – 30 m^3, b) ilość zużytego gazu w m^3 w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzewanie pieca oraz wykonanie 5 kremacji przy założeniu 5 kremacji w cyklu ciągłym (cykl nie dłuższy niż 90 minut) -150 m^3; okres gwarancji w miesiącach (nie mniej niż 12 miesięcy) - 24 miesiące;
2. oferta nr 2 – G.E.M.-MATTHEWS INTERNATIONAL s.r.l. - cena brutto: 972.000,00 zł (bez podatku VAT, który zobowiązany jest uiścić Zamawiający w Polsce, co wynika z treści art. 91 ust. 3 a Pzp); koszt eksploatacji: a) ilość zużytego gazu w m^3 w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzewanie pieca oraz wykonanie 1 kremacji przy założeniu 1 kremacji (w czasie cyklu nie dłuższym niż 90 minut - 42 m^3, b) ilość zużytego gazu w m^3 w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzewanie pieca oraz wykonanie 5 kremacji przy założeniu 5 kremacji w cyklu ciągłym (cykl nie dłuższy niż 90 minut) - 18 m^3; okres gwarancji w miesiącach (nie mniej niż 12 miesięcy) – 48 miesięcy;
3. oferta nr 3 - TABO Polska Marek Konczalik - cena brutto: 1.366.530,00 zł; koszt eksploatacji: a) ilość zużytego gazu w m^3 w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzewanie pieca oraz wykonanie 1 kremacji przy założeniu 1 kremacji (w czasie cyklu nie dłuższym niż 90 minut - 110 m^3, b) ilość zużytego gazu w m^3 w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzewanie pieca oraz wykonanie 5 kremacji przy założeniu 5 kremacji w cyklu ciągłym (cykl nie dłuższy niż 90 minut) - 220 m^3; okres gwarancji w miesiącach (nie mniej niż 12 miesięcy) - 24 miesiące;
4. oferta nr 4 - JM Labus Sp. z o.o. - cena brutto: 1.474.770,00 zł brutto; koszt eksploatacji: a) ilość zużytego gazu w m^3 w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzewanie pieca oraz wykonanie 1 kremacji przy założeniu 1 kremacji (w czasie cyklu nie dłuższym niż 90 minut - 50 m^3, b) ilość zużytego gazu w m^3 w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzewanie pieca oraz wykonanie 5 kremacji przy założeniu 5 kremacji w cyklu ciągłym (cykl nie dłuższy niż 90 minut) - 160 m^3; okres gwarancji w miesiącach (nie mniej niż 12 miesięcy) - 120 miesięcy.

W dniu 28.03.2012 r. Zamawiający dokonał po raz pierwszy wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty TABO-CS, zaś pozostałe oferty odrzucił. Wobec tejże czynności Zamawiającego Odwołujący oraz wykonawca GEM-MATTHEWS International S.r.l. wnieśli odwołania, które to odwołania zostały przez Zamawiającego w trybie art. 186 ust. 2 Pzp w całości uwzględnione.

Zamawiający określił w Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ, aby wykonawca wykazał się (w ramach wymaganej wiedzy i doświadczenia), że należycie wykonał – co najmniej dwa porównywalne zamówienia z przedmiotem zamówienia tzn. polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu pieca kremacyjnego posiadającego co najmniej dwie komory spalania: główną i dopalania, opalanych paliwem gazowym i sterowanych komputerowo. Na potwierdzenie niniejszego należało zgodnie z Rozdz. VI A. pkt 2 SIWZ złożyć wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, usług potwierdzających spełnienie warunku określonego w Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i odbiorców – zał. nr 3 (oryginał) oraz dokumenty potwierdzające, że usługi wymienione w powyższym wykazie zostały wykonane należycie. Zgodnie z pkt 5 niniejszego rozdziału, aby skorzystać z art. 26 ust.2 b Pzp (zasoby podmiotów trzecich) Wykonawca był zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami (tych podmiotów) niezbędnymi do realizacji zamówienia w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wyraźnie zastrzegł, że będzie to

równoznaczne z obowiązkiem udziału innego podmiotu w realizacji części zamówienia. W ofercie Odwołującego zostały przedłożone m.in. zobowiązanie podmiotu trzeciego odnośnie udostępnienia zasobów (KALFRISA) – str. 22 oferty, wykaz ze wskazanymi dwoma zamówieniami – str. 7 oferty oraz dwoma referencjami wraz z tłumaczeniem (str. od 8 do 12 oferty). Zgodnie z treścią załączników do protokołu Komisji Przetargowej z dnia 26.04.2012 r. zawierającego jako załącznik notatkę z rozmowy telefonicznej (notatka z dnia 14.04.2012 r.) oraz notatkę z rozmowy telefonicznej (notatka z dnia 25.04.2012 r.) wraz z pismem p. Andre Nalle (w oryginale - z tłumaczeniem) Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające w zakresie drugiego z wykazywanych zamówień bezpośrednio u odbiorcy. Jednocześnie, jak wynika z wezwania Zamawiającego z dnia 19.04.2012 r. w stosunku do JM Labus Sp. z o.o. oraz przesłanych w odpowiedzi stosownych wyjaśnień wraz z uzupełnienia w dniu 26.04.2012 r. (pismo z dnia 25.04.2012 r.) podobne postępowanie przeprowadził w stosunku do samego Odwołującego. W rezultacie wykluczył Odwołującego i odrzucił jego ofertę, jako niespełniająca wskazanego powyżej warunku.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnianie warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Przedłożony wraz z ofertą wykaz jednoznacznie potwierdza wymagany zakres zgodnie z literalnym brzmieniem Rozdz. V pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ. Izba wskazuje za orzecznictwem, że referencje nie muszą potwierdzać literalnie treści przedłożonego wykazu, służą one jedynie ustaleniu, czy wykazywane zadania zostały zrealizowane należycie.

Po drugie, Izba uznała zasadność zarzutu po analizie treści tłumaczenia referencji z dnia 08.03.2012 r. (str. 11 oferty) oraz wyjaśnień udzielonych przez wystawcę referencji (SOTAG na rzecz KALFRISA) załączonej do oferty (pismo z dnia 08.03.2012 r. wraz z tłumaczeniem) przesłanych, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19.04.2012 r. w stosunku do JM Labus Sp. z o.o., stosownych wyjaśnień wraz z uzupełnienia w dniu 26.04.2012 r. (pismo z dnia 25.04.2012 r.). W ocenie Izby, wyjaśniona została kwestia relacji między firmą SOTAG (główny wykonawca) i KALFRISA (podwykonawca) oraz zakresu zamówienia wykazywanego w poz. 2. Brak jest dalszych podstaw do kwestionowania tego zamówienia. Należy przyznać, że postępowanie wyjaśniające przeprowadzone przez Zamawiającego bezpośrednio u odbiorcy świadczy o zachowaniu należytej staranności z jego strony, choć francuski Zamawiający w ocenie Izby mógłby dysponować szerszą wiedzą w zakresie wykazywanego zamówienia. Jednakże, jeżeli I faza z 14.04.2012 r. mogła wzbudzić wątpliwości (wynikało z nich ani SOTAG ani KALFRISA nie realizowała wykazywanego zamówienia), to II faza z 25.04.2012 r., biorąc pod uwagę uzyskane równolegle stanowisko wystawcy referencji, wydawała się zbędna. Nawet uwzględniając, że u Zamawiającego zaistniał brak zaufania u Odwołującego, należy stwierdzić, że rezultat II fazy wyjaśnień u bezpośredniego odbiorcy nie podważa wyjaśnień Odwołującego (pismo z dnia 25.04.2012 r. - udział firmy SOTAG). W ocenie Izby, nie podważa tego także załączone oświadczenie z tłumaczeniem do pisma procesowego Przystępującego, czy także kopia faktury wraz z tłumaczeniem oraz notatka z rozmowy telefonicznej z dnia 17.05.2012 r. przedłożone przez Odwołującego (takie stanowisko przedstawiał na rozprawie Zamawiający). Należy także zauważyć, że Odwołujący przedstawił dwa pisma pochodzące wprost od wystawcy referencji, który bezsprzecznie (także na podstawie uzyskanych przez Zamawiającego) realizował wykazywane zamówienie, czyniąc niniejsze przy udziale firmy KALFRISA, jako podwykonawcy. W tym zakresie, Izba podziela stanowisko, że doświadczenie wykonawcy zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu robót odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, jest niezależne od tego czy wykonawca roboty referencyjne wykonywał w charakterze wykonawcy, podwykonawcy czy „głównego wykonawcy" (wyrok KIO z dnia 08.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 676/09).

Po trzecie, Izba stwierdza, że nie ma zbiegu podstaw do wykluczenia między art. 24

ust.2 pkt 4, a pkt 3 Pzp (jest różnica między wykazaniem się określonym doświadczeniem, lecz nie odpowiadającemu w pełni postawionemu wymogowi, a sytuacją, gdy Wykonawca twierdzi, że ma określone uprawnienia, czy też realizował dane zamówienie, a w ogóle nie

brał w nim udziału, także w pierwszym wypadku ma zastosowanie art. 26 ust.3 Pzp, zaś w drugim nie, gdyż nie można nieprawdziwe oświadczenie zastąpić prawdziwym). Zamawiający jako podstawę przyjął wskazany pkt 4, nie może więc na rozprawie *de facto* zarzucać przedłożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji. W takiej bowiem sytuacji Zamawiający winien przedłożyć wiarygodny dowód na potwierdzenie tego faktu. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Zamawiającym. Z uwagi na określone negatywne konsekwencje, jak również wobec konieczność stwierdzenia obiektywnie istniejącego faktu złożenia nieprawdziwego informacji (wszelkie wątpliwości w tym zakresie, czy też niejednoznaczność w ustaleniu obiektywnie istniejącego faktu złożenia nieprawdziwego informacji winny działać na korzyść takiego Wykonawcy). W ocenie Izby za stwierdzenia obiektywnie istniejącego faktu złożenia nieprawdziwego informacji nie można uznać notatki z rozmowy telefonicznej (notatka z dnia 14.04.2012 r.) oraz notatki z rozmowy telefonicznej (notatka z dnia 25.04.2012 r.) wraz z pismem p. Andre Nalle (w oryginale - z tłumaczeniem). Podobnie, załączonego oświadczenie z tłumaczeniem do pisma procesowego Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego:

a) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 oraz art. 25 ust. 2 i art. 26 ust. 2a oraz § 4 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, tj. zaniechanie wykluczenia G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. z postępowania mimo niespełnienia przez niego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w postaci wykazania, iż nie zalega z uiszczaniem podatków albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

b) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 oraz art. 25 ust. 2 i art. 26 ust. 2a Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie tj. zaniechanie wykluczenia G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. z postępowania mimo niespełnienia przez niego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w postaci wykazania, iż urzędujący członek zarządu tejże spółki - Rahill Paul Francis nie został prawomocnie skazany za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo

popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;

c) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 oraz art. 25 ust. 2 i art. 26 ust. 2a Pzp i § 2 pkt 3 i 4 oraz § 4 ust. 3 w zw. z ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, tj. zaniechanie wykluczenia TABO-CS mimo niespełnienia przez niego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w postaci wykazania iż nie zalega z uiszczaniem podatków, składek, opłat na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

d) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 oraz art. 25 ust. 2 i art. 26 ust. 2a Pzp i § 2 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, tj. zaniechanie wykluczenia TABO-CS mimo niespełnienia przez niego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w postaci wykazania, iż urzędujący członkowie zarządu tejże spółki - Zdenek Lechner i Vladimir Aulehla nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;

e) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie odrzucenia ofert G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. oraz TABO-CS w konsekwencji wykluczenia tychże wykonawców z postępowania, Izba odniesie się łącznie we wskazanej powyżej kolejności.

W pierwszy wypadku uznając zarzut za zasadny, w drugim i trzecim także, w czwartym nie podzielając stanowiska Odwołującego, zaś w ostatnim wypadku uznając zarzut za zasadny, jako konsekwencje uznania trzech pierwszych zarzutów.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Względem pierwszego zarzutu - G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. załączył do swojej oferty stosowne oświadczenie, w ocenie Zamawiającego w formie aktu notarialnego, czyli zgodnie z § 2 ust. 2 Rozporządzenie w sprawie dokumentów, zaś w ocenie Odwołującego jest to oświadczenie z podpisem notarialnie poświadczonym, nadto jak wskazał firma włoska winna *de facto* złożyć stosowny dokument potwierdzający niezaleganie z uiszczeniem podatków na dzień złożenia ofert.

Względem drugiego zarzutu - G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. załączył do oferty dokumenty, zgodnie z którymi p. Rahil Paul Francis jest członkiem zarządu (organu

zarządzającego). W stosunku do niniejszej osoby nie przedłożono zaświadczenia właściwego organu sadowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. Zamawiający w ramach wezwania z dnia 19.04.2012 r. wystosowanego do G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. zwrócił się o stosowne uzupełnienie w tym zakresie, ewentualnie wyjaśnienie dlaczego nie było takie działanie konieczne. W ramach odpowiedzi otrzymanych w dniu 26.04.2012 r. (pismo z dnia 24.04.2012 r.) Przystępujący wyjaśnił, że wskazana osoba jest członkiem zarządu nieposiadającym uprawnień w zakresie reprezentacji. Nadto z ostrożności załączono zaświadczenie o niekaralności wydane przez Komendę Główną Policji w Maitland (Floryda, USA) z dnia 19.04.2012 r.

Względem trzeciego i czwartego zarzutu – TABO CS złożyło wraz z ofertą „Wyciąg z rejestru kwalifikowanych dostawców", zaś dodatkowo po wezwaniu Zamawiającego z dnia 21.03.2012 r. w stosunku do firmy TABO-CS (I wezwanie) w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, przesłało w odpowiedzi stosowne wyjaśnienia wraz z uzupełnieniem w dniu 26.03.2012 r., tj. oświadczenie zarządu z dnia 15.03.2012 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Względem pierwszego zarzutu, Izba uznaje za zasadne stanowisko Odwołującego o konieczności złożenia przez firmę włoską stosownego dokument potwierdzający niezaleganie z uiszczeniem podatków na dzień złożenia ofert. Izba w tym zakresie powołuje się informacje w tym zakresie, którymi dysponuje z urzędu. Nadto, co w ocenie Izby, nie jest bez znaczenia, wyrok KIO z dnia 02.05.2012 r., sygn. akt: KIO 793/12, dotyczył *sensu stricte* firmy włoskiej - G.E.M. MATTHEWS International S.r.l., a więc podmiotu, który jest Przystępującym w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Stwierdzono także, że z systemu informacyjnego E-certis Komisji Europejskiej na podstawie danych przekazanych Komisji przez Republikę Włoską w wykonaniu art. 45 ust. 4 *dyrektywy nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi* wynika, iż we Włoszech w celu wykazania niezalegania z opłacaniem podatków uprawniony organ tj. Agenzia delle Entrate wydaje zaświadczenie o nazwie „certificato di regolarita fiscale" (informacja z systemu Komisji Europejskiej E-certis, http://ec.europa.eu/markt/ecertis/documentDetail.do?docId=10441).

Na możliwość uzyskania we Włoszech zaświadczenia o niezaleganiu z uiszczeniem podatków Izba zwracała również uwagę m.in. w wyroku z 19.01.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1662/09 i KIO 1694/09, jak i wyroku z 4 maja 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 649/10. Wynika to także z wyroku z dnia 27.01.2011 r., sygn. akt: KIO 86/11, wyroku z dnia 07.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1070/11, czy też wyroku z dnia 20.07.2011 r., sygn. akt: 1444/11.

Izba nadto podkreśla, że możliwość złożenia oświadczenia sporządzonego przed notariuszem ograniczona jest wyłącznie do przypadku, gdy w kraju miejsca zamieszkania lub siedziby nie wydaje się stosownych dokumentów.

Względem drugiego zarzutu, Izba stwierdza, że jest ugruntowanym wykładnią w zakresie kwestii będącej przedmiotem sporu, że w odniesieniu do każdego członka organu zarządzającego należy złożyć stosowny dokument na jaki wskazuje Odwołujący. Kwestia

charakteru danego członka zarządu jest bez znaczenia dla przedmiotowej kwestii. Odnośnie konieczności złożenia zaświadczenia o niekaralności dla ww. osoby właściwego organu według jej miejsca zamieszkania, w tym wypadku – USA, Floryda – Izba w tym zakresie powołuje się informacje w tym zakresie, którymi dysponuje z urzędu. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem Attache Prawnego Ambasady USA: *„W przypadku obywateli Stanów Zjednoczonych nie są wystawiane ogólnokrajowe ani stanowe zaświadczenia potwierdzające, że członek organu zarządzającego firmy nie został skazany za przestępstwo popełnione w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej, jak również zaświadczeń takich nie wystawia się dla samych obywateli amerykańskich".* Niniejsze za wyrokiem z dnia 16.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 133/10. Nadto, Izba wskazuje, że niniejsze potwierdza także w sposób pośredni wyrok w połączonych sprawach z dnia 02.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2141/11, sygn. akt: KIO 2183/11, sygn. akt: KIO 2185/11, sygn. akt: KIO 2189/11, sygn. akt: KIO 2190/11, sygn. akt: KIO 2191/11, sygn. akt: KIO 2196/11, sygn. akt: KIO 2198/11. Odnośnie zakresu takich zaświadczeń Izba odniosła się ww. wyroku w połączonych sprawach (str. 133-135 z 166 uzasadnienia).

W konsekwencji stwierdzając, że wystarczające byłoby oświadczenie p. Rahil Paul Francis złożone przed notariuszem – zgodnie z treścią § 2 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Względem trzeciego i czwartego zarzutu Izba wskazuje, że nie neguje charakteru złożonego „Wyciąg z rejestru kwalifikowanych dostawców" należy jednak zauważyć, jak przywołał Odwołujący na rozprawie, a co potwierdza Izba, że zgodnie art. 52 ust. 4 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.03.2004 r., domniemanie że dany podmiot jest odpowiedni (art. 52 ust. 3), nie dotyczy opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne oraz podatków. W konsekwencji należy uznać zarzut trzeci Odwołującego w odniesieniu do firmy TABO-CS, a zarazem zanegować zasadność zarzutu czwartego. Okoliczność, że w Republice Czeskiej istnieją odpowiedniki polskiego Urzędu Skarbowego oraz ZUS-u wydające stosowne zaświadczenia została wykazana przez Odwołującego w ramach przedłożonego odwołania. Powyższe potwierdza również wyrok KIO z dnia 27.05.2011 r., sygn. akt: KIO 1008/11.

W konsekwencji wobec potwierdzenia trzech z czterech zarzutów należy uznać

zasadność naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie odrzucenia ofert G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. oraz TABO-CS, tym bardziej, że zostały wyczerpane możliwości prawne wynikające z art. 26 ust.3 Pzp (wezwania z dnia 19.04.2012 r., czy też odpowiednio z dnia 21.03.2012 r.). Nie bez znaczenia jest także kwestia tego rodzaju, że obie oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego:

a) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez dwukrotne wezwanie TABO-CS do złożenia dokumentu wymaganego w SIWZ, tj. opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związane] z przedmiotem zamówienia;

b) art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie wykluczenia wykonawcy TABO-CS mimo niespełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu polegającego na przedstawianiu opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, jako że umowa ubezpieczenia wystawiona przez Kooperativa Vienna Insurance Group złożona w ramach odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów nie odpowiada treści pkt. X.6 SIWZ i VII. 1. SIWZ z uwagi na brak tłumaczenia tego dokumentu na język polski, zaś złożenie przedmiotowego tłumaczenia w odpowiedzi na powtórne wezwania Zamawiającego było niedopuszczalne i winno zostać pominięte, Izba odniesie się łącznie we wskazanej powyżej kolejności. Uznając zasadność obu zarzutów.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Względem pierwszego i drugiego zarzutu, Izba stwierdziła, że w ramach oferty firma TABO-CS nie złożyła stosownej opłaconej polisy, tylko zaświadczenie agenta ubezpieczeniowego wraz z tłumaczeniem. W ramach wezwania z dnia 21.03.2012 r.

(I wezwanie) nakazano załączyć opłacona polisę wraz z dowodem opłacenia polisy. W odpowiedzi na wezwanie w dniu 26.03.2012 r. przesłano polisę wraz z dowodem opłacenia polisy (w oryginale bez tłumaczenia). W dniu 19.04.2012 r. Zamawiający wezwał (II wezwanie) do uzupełnienia polisy o stosowne tłumaczenie. Odpowiedni dokument Zamawiający otrzymał w dniu 25.04.2012 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba uznała zasadność obu zarzutów. Należy zauważyć, że do oferty zostało załączone zaświadczenie czeskiego agenta ubezpieczeniowego wraz z tłumaczeniem (str.

127 -128 oferty). Izba nie przeczy, ze można złożyć inny dokument, lecz stosowne rozporządzenie w sprawie dokumentu wskazuje, że może to mieć miejsce: *„w przypadku jej braku".* W przedmiotowym stanie faktycznym, z zaświadczenia czeskiego agenta ubezpieczeniowego wynika jednoznacznie, że polisa istniała, jedynie nie została przedłożona. Nadto, Izba wskazuje, że firma czeska miała świadomość konieczności dołączenia tłumaczenia do dokumentów składanych w oryginale, gdyż uczyniła to w odniesieniu do zaświadczenia czeskiego agenta ubezpieczeniowego. W konsekwencji, Izba braku konsekwencji w tym zakresie względem uzupełnionej w dniu 26.03.2012 r. polisy firmy TABO-CS nie może w żaden racjonalny sposób wytłumaczyć. W ocenie Izby wezwanie z dnia 19.04.2012 r. (II wezwanie) w stosunku do firmy TABO-CS było niezgodne z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż tłumaczenie jest częścią dokumentu, którego dotyczy, nie zaś zupełnie odrębnym dokumentem.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie odrzucenia oferty TABO-CS ze względu na niezgodność treści oferty z SIWZ - z pkt. V.l. 1.4 SIWZ *„Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu spełnienia warunków"* w związku nieprzedłożeniem przez tegoż wykonawcę wymaganego przez Zamawiającego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a jedynie ubezpieczenia od ryzyk przedsiębiorcy, Izba wskazuje, że Odwołujący przywołał niewłaściwą podstawę prawna, jednakże sam zarzut do zasady jest trafny. W ocenie Izby należało wskazać naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W tym zakresie Izba przywołuje ustalenia dokonane powyżej w ramach wcześniejszych dwóch zarzutów rozpatrywanych łącznie. Należy jedynie wskazać, że w ramach wezwania z dnia 19.04.2012 r. (będącym wezwaniem nie tylko do uzupełnienia, lecz także wyjaśnień) Zamawiający wnosił również o wyjaśnienie, czy załączona do oferty umowa ubezpieczenia od ryzyk przedsiębiorcy zawiera w swym zakresie ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej (w oryginale - w konsekwencji I wezwania). Powyższą okoliczność potwierdził TABO-CS stosownymi wyjaśnieniami, które Zamawiający otrzymał w dniu 25.04.2012 r. W ich ramach TABO-CS powołało się na Ogólne Warunki Ubezpieczenia, nie załączając ich do wyjaśnień. Niniejsza kwestia była elementem odwołania z dnia 03.04.2012 r., które zostało uwzględnione w całości przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W ocenie Izby, należy wskazać, że z uwagi na uwzględnienie odwołania z dnia 03.04.2012 r. Zamawiający winien przeprowadzając postępowanie w tym zakresie

dochowując należytej staranności. W konsekwencji Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, jak i tezę wynikającą z wyroku KIO z dnia 31.05.2011 r., sygn. akt: 1044/11, z którego wynika, iż przedłożenie wyjaśnień powołujących się tylko i wyłącznie na ogólne warunki ubezpieczenia bez ich przedłożenia jest niewystarczające. Powyższe miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego:

a) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie skutkujące zaakceptowaniem przez Zamawiającego zmian dokonanych przez TABO-CS i G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. w treści ich ofert, które to zmiany nie stanowiły modyfikacji w rozumieniu art. 87 ust. 1a i 2 Pzp,

b) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie odrzucenia oferty TABO-CS ze względu na niezgodność treści oferty z SIWZ, tj. z pkt. X.5 SIWZ „Opis *sposobu przygotowania oferty"* polegającą na podpisaniu oferty i jej załączników niezgodnie z wymogiem stawianym przez Zamawiającego w zakresie: *„czytelnego podpisu lub podpisu z pieczątką imienną osoby/osób upoważnionej/upoważnionych do reprezentowania wykonawcy";*
c) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie odrzucenia oferty G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. ze względu na niezgodność treści oferty z SIWZ:
c-1) pkt III. 4 w zw. z rozdz. III Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie wydajności oferowanego pieca;
c-2) pkt III. 4 w zw. z rozdz. I pkt 1 i rozdz. III Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie zaproponowanego przez wykonawcę wykonania komina (rysunek), Izba odniesie się łącznie we wskazanej powyżej kolejności.

W pierwszy wypadku uznając zarzut za zasadny wobec firmy TABO-CS i G.E.M. MATTHEWS International S.r.l., przy czym wobec tego ostatniego w związku z zarzutem trzecim (c-1). Drugi zarzut, Izba uznała za chybiony, jak również nie uznała zasadności zarzutu trzeciego (c-2).

Izba dokonała następujących ustaleń:

Względem kwestii objętych niniejszymi zarzutami należy stwierdzić, że Odwołujący w ramach odwołania z dnia 03.04.2012 r. poruszał kwestie zaakceptowania przez Zamawiającego zmian dokonanych przez TABO-CS w ramach odpowiedzi na wezwanie z dnia 21.03.2012 r. – pismo otrzymane w dniu 26.03.2012 r. (nowy załącznik nr 4). Zamawiający uwzględnił w całości niniejsze odwołanie (12.04.2012 r.). TABO-CS nie zgłosiło przystąpienie do toczącego się ówcześnie postępowania odwoławczego. Po uwzględnieniu odwołania przesłało do Zamawiającego wyjaśnienia (bez wezwania) udzielone w kontekście

zarzutów z odwołania z 03.04.2012 r. – wpływ do Zamawiającego 13.04.2012 r. Powyższe wyjaśnienia Zamawiający wziął po uwagę nie odrzucając oferty TABO, mimo, że żądania w tym zakresie zawarte były w uwzględnionym w całości odwołaniu z dnia 03.04.2012 r.

Odnośnie G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 19.04.2012 r. w stosunku do firmy GEM-MATTHEWS International S.r.l., otrzymał stosowne wyjaśnienia wraz z uzupełnieniem w dniu 26.04.2012 r.. W ich ramach (pkt 11) stwierdził, że: *„W załączniku nr III pkt 2) koszty eksploatacji w podpunkcie b) ilość zużytego gazu w m³ w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzanie pieca oraz wykonanie 5 kremacji przy założeniu 5 kremacji w cyklu ciągłym (cykl nie dłuższy niż 90 minut) – oczywiście powinno być wpisane 90 m³ (18m³ jest to ilo ść na jedną kremację) błąd powstał z niewłaściwego zrozumienia tekstu przez osobę tłumacza. Omyłkę potwierdza wpis na str. 23 dołączonego do oferty załącznika „Założenia techniczne urządzenia do kremacji zwłok GEM CRM6/LTR", gdzie zostało zapisane – średnie zużycie gazu na 1 kremację – 18 m³. Zużycie gazu oparto na podstawie badań empirycznych.".* Zamawiający w ramach zadanego pytania (19.04.2012 r.) Wnosił o wyjaśnienie (pkt 11) w jaki sposób i w oparciu o jakie czynniki zostało ustalone przez Wykonawcę średnie zużycie gazu na pięć kremacji w wielkości 18 m³ oraz dlaczego zużycie gazu dla jednej kremacji jest wyższe 42 m³ od zużycia gazu dla 5 kremacji. W konsekwencji Zamawiający poinformował o poprawieniu w ofercie firmy GEM-MATTHEWS International S.r.l. oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, uznając, że zaistniał oczywisty błąd w rachunku matematycznym.

W ramach tych samych co przywołane powyżej wyjaśnień – na pytanie (pkt 10) – czy Wykonawca przewidział jeden komin łącznie dla dwóch pieców kremacyjnych, tak jak wymagał SIWZ oraz dlaczego załączony rysunek przewiduje dwa kominy. Otrzymał odpowiedź, że rysunek jest błędny wraz z wersja poprawiona i oświadczenie, iż oferta zakłada jeden komin łącznie dla dwóch pieców z dwoma przewodami kominowymi.

W zakresie: *„Opisu sposobu przygotowania oferty",* Izba stwierdziła, że na wskazanych w odwołaniu stronach oferty widnieje podpis osoby, która podpisała ofertę. Zgodnie z informacja z pierwszej strony jest to p. Zdenek Lechner – Prezes i Członek Zarządu. Izba potwierdza także, że w SIWZ znajdowały się postanowienia dotyczące parafowania każdej strony oferty oraz czytelnego podpisu wskazywane przez Odwołującego w ramach odwołania (m.in. na str. 18 odwołania).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Względem zarzutu dotyczącego zmian dokonanych przez TABO-CS w ramach odpowiedzi na wezwanie z dnia 21.03.2012 r. – pismo otrzymane w dniu 26.03.2012 r. (nowy załącznik nr 4), Izba wskazuje, że było to przedmiotem odwołania z dnia 03.04.2012 r., które zostało uwzględnione w całości – pismo z dnia 12.04.2012 r. W tym kontekście Izba nie

przeczy, że zgodnie z stanowiskiem orzecznictwa KIO i SO istnieje możliwość samodzielnego uzupełniania i wyjaśnienia (pod pewnymi warunkami i z określonymi konsekwencjami – wyczerpania trybu z art. 26 ust. 3 Pzp, Wykonawca czyni niniejsze na własną odpowiedzialność), jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z odmienną sytuacją (uzupełnienie nie miało miejsca w toku badania i oceny złożonych ofert, czy też w ramach postępowania odwoławczego przez uczestnika lub jego stronę). Zamawiający uwzględnił odwołanie z dnia 03.04.2012 r., w konsekwencji zgodnie z art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp jest związany żądaniem zawartym w odwołaniu, nie może wiec uwzględnić jakichkolwiek wyjaśnień otrzymanych poza procedurą (czy to w toku oceny, czy postępowania odwoławczego). Firma TABO-CS winna złożyć przystąpienie, ewentualnie w wypadku uwzględnienie odwołania po uprzednim zgłoszeniu przystąpienia – sprzeciw. Udzielanie wyjaśnień, czy też wpływanie na Zamawiającego było działaniem spóźnionym i *de facto „obchodziło"* procedury odwoławcze. Nadto, Zamawiający uwzględniając odwołanie w całości nie może przeprowadzać żadnych innych czynności niż wynikające z żądań zawartych w uwzględnionym odwołaniu. W rezultacie nie można było wziąć pod uwagę wyjaśnień (bez wezwania) udzielonych przez TABO-CS w kontekście zarzutów z odwołania z 03.04.2012 r. – wpływ do Zamawiającego 13.04.2012 r. Z tych względów natury proceduralnej konieczne jest uwzględnienie niniejszego zarzutu bez konieczności szczegółowej analizy merytorycznej – tabeli zawartej w odwołaniu.

Na marginesie Izba zwraca dodatkowo uwagę, że: *„(…), iż co do zasady Zamawiający, w odróżnieniu od KIO jest związany żądaniami Odwołującego odnoszącymi się do poszczególnych zarzutów (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp). Powyższe wynika przykładowo z wyroku KIO z dnia 04.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2270/11, sygn. akt: KIO 2275/11, sygn. akt: KIO 2298/11. Jednakże sytuacja jest o wiele bardziej złożona, jeśli mamy do czynienia z kilkoma odwołaniami zawierającymi takiego samego charakteru zarzuty z różnymi żądaniami („mniej i dalej idące"). W takiej sytuacji Zamawiający zmuszony jest dokonać wyboru (jest to szczególnie widoczne w odniesieniu do zarzutów dotyczących postanowień SIWZ). Jeśli uzna żądanie dalej idące, to sytuacja jest czytelna np. zamiast modyfikacji zapisów SIWZ dokona wykreślenia spornego postanowienia, w skutek powyższego de facto spełnił żądanie także „mniej idące". W sytuacji odwrotnej, gdy Odwołujący podtrzymuje zarzut wraz żądaniem pierwotnym, Izba zmuszona jest ocenić wpływ dokonanej modyfikacji na zasadność zarzutu i żądania, a w konsekwencji na wynik postępowania (tzn. jego istnienie lub brak w kontekście art. 192 ust.2 Pzp). Z kolei, gdy Zamawiający dokona modyfikacji postanowień SIWZ niezgodnie z żądaniami jakiegokolwiek Odwołującego winien z uwagi na art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp dokonać formalnego oddalenia zarzutu. W takiej sytuacji, Izba także oceni, czy modyfikacja Zamawiającego wpływa na wynik postępowania (tzn. jego istnienie lub brak w kontekście art. 192 ust.2 Pzp). Inaczej mówiąc, czy czyni zadość,*

koreluje, choć nie wprost, z żądaniami Odwołujących, którzy sformułowali „wspólne" zarzuty. Z uwagi na fakt, że Izba nie jest związana żądaniami Odwołującego i rozstrzyga jedynie o zasadności lub niezasadności podniesionego zarzutu, możliwa jest sytuacja, w której poczyniona modyfikacja SIWZ na dzień orzekania w ocenie Izby wyczerpuje, czyni zadość żądaniom Odwołującego i odwołanie zostanie oddalone z uwagi na brak wpływu „skonsumowanego" żądania na wynik postępowania.(…)" (za wyrokiem w połączonych sprawach z dnia 28.02.2012 r., sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12 – str. 92-93 z 133 uzasadnienia).

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie skutkujące zaakceptowaniem przez Zamawiającego zmian dokonanych przez G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. w treści jego oferty, które to zmiany nie stanowiły modyfikacji w rozumieniu art. 87 ust. 1a i 2 Pzp w związku

z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie odrzucenia oferty G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. ze względu na niezgodność treści oferty z SIWZ – z pkt III. 4 w zw. z rozdz. III Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie wydajności oferowanego pieca, Izba uwzględniając niniejsze wskazuje na następujące okoliczności. Poprawa oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp w ofercie G.E.M. MATTHEWS International S.r.l., w ocenie Izby nie miała charakteru, ani oczywistego, ani też rachunkowego. Zasadność działania w tym zakresie potwierdził Zamawiający dopiero w wyniku uzyskanych wyjaśnień (nie była to więc omyłka widoczna na pierwszy rzut oka). Jej rachunkowy charakter także w ocenie Izby miał tylko pozornie taki charakter. Zmiana dotyczyła bowiem kwestii o charakterze merytorycznym odnoszącym się do treści oferty. Jeżeli więc byłaby dopuszczalna jakakolwiek zmiana to jedynie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, przy czym w tym stanie faktycznym, zmiana także w tym trybie nie byłaby możliwa, gdyż wiązałaby się z zmianą istotnego elementu treści oferty. Nadto, nie bez znaczenia dla przedmiotu sporu jest okoliczność tego rodzaju, że poprawa dotyczyła elementu oferty, który podlegał ocenie w ramach jednego z trzech kryteriów oceny ofert (koszty eksploatacji podkryterium – b – 10 %) w sposób wiec oczywisty wpływała na punktacje G.E.M. MATTHEWS International S.r.l.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie odrzucenia oferty G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. ze względu na niezgodność treści oferty z SIWZ, tj. z pkt III. 4 w zw. z rozdz. I pkt 1 i rozdz. III Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie zaproponowanego przez wykonawcę wykonania komina (rysunek), Izba nie uwzględniła niniejszego zarzutu. W tym zakresie podzieliła stanowisko Zamawiającego o poglądowym charakterze rysunków i szkiców przedkładanych przez Wykonawców do oferty zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Izba

uznała, zasadność takiego stanowiska. W tym zakresie uznając, że argumentacja Zamawiającego znajduje potwierdzenie w modyfikacji nr 1 z dnia 17.02.2012 r. (pkt 3, ale także odnośnie wiążącego charakteru dopiero projektu, który powstanie na etapie realizacji pierwszego etapu - 4 i 9).

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie odrzucenia oferty TABO-CS ze względu na niezgodność treści oferty z SIWZ, tj. z pkt. X.5 SIWZ „Opis *sposobu przygotowania oferty"* polegającą na podpisaniu oferty i jej załączników niezgodnie z wymogiem stawianym przez Zamawiającego w zakresie: *„czytelnego podpisu lub podpisu z pieczątką imienną osoby/osób upoważnionej/upoważnionych do reprezentowania wykonawcy",* Izba nie uwzględniła niniejszego zarzutu. Należy wskazać, że tak kwestia przywołana powyżej, jak i kwestia parafowania każdej strony oferty, nie stanowi wystarczającej podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Jest bowiem ugruntowanym stanowiskiem w orzecznictwem i doktrynie, że w niniejszym przepisie Ustawodawca uregulował sytuacje tego rodzaju, gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ pod względem merytorycznym, a nie formalnym. Brak parafy na każdej stronie, czy też czytelnego podpisu, biorąc pod uwagę, że w ocenie Izby z oferty wynika jednoznacznie kogo podpis widnieje na wskazanych w odwołaniu stronach oferty TABO-CS, czyni zarzuty tego rodzaju zawarte w odwołaniu za chybione.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, Izba wobec uwzględnienia większości zarzutów odnoszących się tak: do oferty Odwołującego, jak i firmy TABO-CS i G.E.M. MATTHEWS International S.r.l., uznała w konsekwencji niniejszy zarzut.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 oraz art. 96 ust. 3 Pzp przez utrudnianie Odwołującemu dostępu do wyjaśnień i uzupełnień złożonych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, Izba wskazuje, że mimo nagannego działania Zamawiającego, który nie wziął pod uwagę zbiegu terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej z okresem wolnym i urlopowym mającym miejsce w pierwszych dniach maja bieżącego roku, niniejsze naruszenia nie miało wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp).

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. a i b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia) oraz koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 486,00 zł (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……