

Sygn. akt: KIO 2250/13

## WYROK

z dnia 1 października 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący** – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 października 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **20 września 2013 r.** przez wykonawcę: **Inżynieria Maszyn Klimatycznych i Urzędzeń Specjalnych Sp. z o.o. ul. Morcinka 7/C, 43-417 Kaczyce**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. ul. Armii Krajowej 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**,

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w zadaniu 1:**

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 1.2. odrzucenie oferty wykonawcy działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D.;
- 1.3. powtórzenie czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej.

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. ul. Armii Krajowej 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**,**

- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Inżynieria Maszyn Klimatycznych i Urzędzeń Specjalnych Sp. z o.o. ul. Morcinka**

**7/C, 43-417 Kaczyce**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od zamawiającego: **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. ul. Armii Krajowej 4, 44-330Jastrzębie-Zdrój**, na rzecz odwołującego: **Inżynieria Maszyn Klimatycznych i Urzędzeń Specjalnych Sp. z o.o. ul. Morcinka 7/C, 43-417 Kaczyce** kwotę **18 930,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Wykonanie remontu urządzeń klimatyzacji dołowej dla potrzeb ruchowych Zakładów JSW S.A. (6 zadań): Zadanie 1: Remont urządzeń klimatyzacji produkcji IMKiUS. Zadanie 2: Remont urządzeń klimatyzacji produkcji TERMOSPEC. Zadanie 3: Remont urządzeń klimatyzacji produkcji EUROTECH. Zadanie 4: Remont urządzeń klimatyzacji produkcji WAT/GFW. Zadanie 5: Remont urządzeń klimatyzacji grupowej produkcji WAT/GFW. Zadanie 6: Remont urządzeń klimatyzacji produkcji SIEMAG”(Dz. Urz. UE 2013/S 109-187074; 07.06.2013 z dnia 7.06.2013 r.), w dniu 20 września 2013 r. zostało złożone w formie elektronicznej odwołanie przez wykonawcę: Inżynieria Maszyn Klimatycznych i Urządzeń Specjalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Kaczycach, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 10 września 2013 r. o wyborze oferty wykonawcy: Iwony D., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „CLIMATRONIC” z siedzibą w Będzinie (dalej także „CLIMATRONIC”) - na część 1 zamówienia.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych,

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm., dalej ustawa Pzp), tj. naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D., mimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D., pomimo iż oferta zawierała rażąco niską cenę;

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą

CLIMATRONIC Iwona D., pomimo, iż oferta tego wykonawcy stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D., pomimo iż oferta ta była niezgodna z treścią SIWZ i nie można jej było poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

5. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D., wobec dokonania niedopuszczalnej zmiany treści oferty;

6. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w braku wykluczenia wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D. z postępowania i odrzucenia jego oferty, mimo że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

7. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D. do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie zadań wskazanych w wykazie wykonanych dostaw;

8. art. 91 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D., która to oferta winna zostać odrzucona;

9. art. 7 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. wykluczenia wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D.,
4. odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D.,
5. wezwania tegoż wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie dostaw ujętych w wykazie wykonanych dostaw,
6. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, iż wykonawca, działający pod firmą CLIMATRONIC Iwona D. proponuje usługę za cenę poniżej kosztów jej wytworzenia,
7. przeprowadzenie pozostałych zawnioskowanych dowodów,
8. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powołał się na swój interes prawny do wniesienia odwołania, ponieważ w przypadku jego uwzględnienia istnieje możliwość uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (podobną wykładnię interesu prawnego przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1338/10). Odrzucenie oferty wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D. spowodowałoby bowiem, że oferta odwołującego byłaby najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu. Tymczasem w wyniku podjęcia przez zamawiającego czynności niezgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych, jak twierdził odwołujący - pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący podkreślał, za poglądami doktryny prawa, że interes prawny winien być rozumiany szeroko, obejmując zarówno interes majątkowy jak i niemajątkowy. Nie jest konieczne doznanie uszczerbku w interesie prawnym, a wystarczy jego samo zagrożenie.

I. Argumentując zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności odwołujący zaznaczał, że oferta CLIMATRONIC winna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Oznacza to, że odrzucenie winno nastąpić nie tylko w związku z faktem, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania prawnego, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W tym zakresie powołał się na wyrok KIO z dnia 15.02.2011r., w sprawie o sygn. akt KIO 207/11, w którym Izba wyraziła pogląd, iż: *„Oferta wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające, podlega odrzuceniu nie w związku z konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień”*.

Analizując sekwencję zdarzeń w przedmiotowym postępowaniu, odwołujący podkreślał, że zamawiający był uprawniony, a wręcz zobowiązany do wystosowania tegoż wezwania na podstawie art. 90 ustawy Pzp. Cena CLIMATRONIC rażąco odbiegała (o około 67 %) od ceny odwołującego oraz od kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (o około 68 %), dlatego też zamawiający słusznie wszczął procedurę ustalenia, czy cena oferty została oszacowana przez wykonawcę prawidłowo (wskazał na Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. W. Dzierżanowskiego, LEX El. 2010) gdzie podano, że zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie ukształtował się pogląd mówiący o tym, iż zamawiający powinien zareagować, w sytuacji, gdy cena oferty odbiega od szacunkowej wartości zamówienia i gdy zarazem różni się znacząco od oferty konkurentów (wyrok KIO z dnia 24.02.2012 r., w sprawie o sygn. akt KIO 274/12). Odwołujący przekonywał, iż taka sytuacja zachodziła w niniejszej sprawie. Dodał, że tryb z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest obligatoryjny, bowiem w przepisie tym nie

znajdują się żadne sformułowania pozwalające na przyjęcie odmiennej opcji interpretacyjnej, takie jak chociażby: „może”, czy „jest uprawniony do”. Zatem brak zastosowania wspomnianej instytucji pozwalałby wykonawcom na artykułowanie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący przyznał, że zamawiający wezwał wykonawcę CLIMATRONIC na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. W wezwaniu tym, zamawiający podał, że zaoferowana przez CLIMATRONIC cena wzbudza jego wątpliwości, a jednocześnie zażądał przedstawienia wyjaśnień wraz ze szczegółową kalkulacją ceny oferty z podaniem składników cenotwórczych, które mają wpływ na wysokość ceny. Zamawiający poinformował wykonawcę, że wyjaśnienia mogą uwzględniać czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Powoływał się na ugruntowane poglądy orzecznictwa i doktryny, iż wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie zaoferowania przez wykonawcę ceny rażąco niskiej (wskazał na wyrok KIO z dnia 14.05.2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 960/13). Domniemanie to ma charakter wzruszalny i przenosi na wykonawcę (w niniejszym wypadku na CLIMATRONIC) ciężar udowodnienia okoliczności wskazujących na brak zaoferowania rażąco niskiej ceny. Co potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w innych wyrokach: z dnia 02.08.2011 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1568/11; z dnia 29.05.2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1159/13; z dnia 29.01.2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 127/13. Na marginesie, odwołujący przywołał tezy z wyroku KIO z dnia 30 stycznia 2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 101/13), w którym Izba skonstatowała, że: *„Zamawiający nie ma obowiązku określać, co do jakich elementów cenotwórczych ma wątpliwości w procedurze przewidzianej w art. 90 p.z.p., wystarczające jest powzięcie wątpliwości co do wysokości ceny zaoferowanej, niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i wezwanie wykonawcy do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny”*.

Odwołujący podnosił, że w odpowiedzi na wyżej opisane żądanie zamawiającego, CLIMATRONIC pismem z dnia 21.08.2013 r. wyjaśnił jedynie, iż:

*„1. Cena zaoferowana przez naszą firmę jest ceną konkurencyjną i wynika z faktu, że firmy IMKiUS oraz EUROTECH były dotychczas jedynymi, które wykonywały remonty tych urządzeń i nie posiadały konkurencji na wykonywanie ww. usług.*

*2. Kolejnym czynnikiem, który miał wpływ na zaoferowaną cenę jest nowoczesny system zarządzania firmą, co wiąże się z ograniczeniem zatrudniania pracowników administracji, a zatem obniżeniem kosztów pracowniczych, mających duży wpływ na zmniejszenie kosztów wykonywanych usług. Chcemy również zaznaczyć, że koszty*

*osobowe należą do kosztów niewymiernych i mogą one być inaczej wyceniane przez różne firmy.*

*3. Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. oferuje krótki termin płatności, co w dużym stopniu również wpływa na końcową cenę usługi.*

*4. Informujemy również, że wykonujemy takie same usługi w Katowickim Holdingu Węglowym S.A., w wartościach podobnych, jakie Państwu zaproponowaliśmy.*

*5. Posiadamy nowoczesny park maszynowy, który umożliwia nam wykonywanie elementów w niższych kosztach, ponadto wykorzystujemy swój know-how w zakresie organizacji i redukcji kosztów wykonywanych remontów”.*

Odwołujący podnosił, iż wyjaśnienia przedstawione w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Przywołał kolejny wyrok KIO z dnia 20.02.2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 109/12, w którym stwierdzono, że: *„Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 p.z.p., w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami”.*

*„Złożenie wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nierozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należytą starożytnością winien odpowiednio zareagować na wezwanie zamawiającego, mając na względzie skutki, jakie ustawa Prawo zamówień publicznych wiąże z instytucją wyjaśnień. Wykonawca może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmocnić prezentowaną argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonujących, że cena nie jest rażąco niska, jest obowiązkiem wykonawcy” (wyrok KIO z dnia 19.06.2012 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1166/12).*

Konfrontując złożone przez CLIMATRONIC wyjaśnienia z powyższymi wytycznymi orzecznictwa, odwołujący doszedł do przekonania, że nie sposób uznać ich za konkretne i przekonujące, tym bardziej, że CLIMATRONIC wraz z nimi nie przedłożył żadnych dowodów, potwierdzających, że oferowana cena nie przewyższa kosztu wytworzenia usługi. Wskazał na kolejny wyrok KIO z dnia 15.01.2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 2907/13, w którym zawarto stwierdzenie, że: *„Gdy wykonawca nie przedstawi żadnego dowodu na etapie wszczętego postępowania wyjaśniającego zaprzeczającego istnieniu rażąco niskiej ceny, a w szczególności dowodu z dokumentów na potwierdzenie istnienia okoliczności o charakterze obiektywnym, następstwem powinno być odrzucenie oferty wykonawcy; nie*

*uzasadnia to możliwości przeprowadzenia dodatkowego postępowania dowodowego na okoliczność wystąpienia bądź nie rażąco niskiej ceny”).*

W ocenie odwołującego, na podstawie złożonych przez CLIMATRONIC wyjaśnień, nie doszło do obalenia domniemania, o którym mowa powyżej, albowiem CLIMATRONIC nie wykazał w sposób odpowiedni, że zaoferowana cena jest realna.

Oceniając poszczególne punkty pisma wyjaśniającego CLIMATRONIC z dnia 21.08.2013 r. odwołujący podnosił, co następuje.

Przede wszystkim twierdzenie, że odwołujący był dotychczas jedyną firmą oferującą wykonanie remontów własnych urządzeń uznał za nieprawdziwe. CLIMATRONIC realizuje remonty urządzeń odwołującego już od ponad roku, o czym świadczy przedłożony wraz z ofertą tego wykonawcy - wykaz wykonanych dostaw (str. 30 oferty CLIMATRONIC). CLIMATRONIC nie jest więc podmiotem, który dopiero co rozpoczyna prowadzenie działalności gospodarczej, a co za tym idzie nie jest zmuszony do silnego konkutowania z pozostałymi przedsiębiorcami, np. poprzez stosowanie wyjątkowo konkurencyjnych cen. Konkurencja jest natomiast zupełnie normalnym zjawiskiem, występującym w gospodarce wolnorynkowej. Oczywistym jest, że wykonawcy konkurujący ze sobą na tym samym rynku właściwym stosować będą różne ceny. Nie jest natomiast możliwe w istniejących uwarunkowaniach gospodarczych, aby różnica między cenami poszczególnych przedsiębiorców wyniosła ok. 70 %, tym bardziej, że sam zamawiający ustalił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, na poziomie zbliżonym do ceny odwołującego.

Odnosząc się do wdrożonego przez CLIMATRONIC systemu zarządzania firmą i związaną z nim redukcją kosztów zatrudnienia pracowników administracyjnych – odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu głównym elementem cenotwórczym nie jest koszt pracy pracowników, a materiały. Poza tym, jak sam zaznaczył wykonawca CLIMATRONIC - koszty osobowe są niewymierne i mogą być inaczej wyceniane przez różnych wykonawców. Z tego względu, zdaniem odwołującego - CLIMATRONIC winien przedstawić szczegółową strukturę zatrudnienia, sposób zatrudnienia oraz ogólny opis systemu zarządzania, pozwalającego na redukcję kosztów. Przedmiotem zamówienia są dostawy, polegające w przeważającej większości wypadków na wymianie elementów danego urządzenia. Koszty osobowe mają drugorzędne znaczenie, a koszty wynagrodzeń pracowników administracyjnych (zatrudnianych bez względu na uzyskanie zamówienia i nie biorących udziału w specjalistycznej wymianie elementów górniczych urządzeń chłodniczych), zdaniem odwołującego - w ogóle nie przekładają się na zaoferowaną cenę.



Za całkowicie niewiarygodne uznał twierdzenie CLIMATRONIC, że zamawiający oferuje krótkie terminy płatności. Zamawiający ustalił bowiem w istotnych postanowieniach umownych (§ 3 ust. 5) najdłuższy, dopuszczalny według przepisu art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 08.03.2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, termin płatności, wynoszący 60 dni. Według powołanego wyżej przepisu, Strony transakcji handlowej mogą ustalić termin zapłaty dłuższy niż 30 dni pod warunkiem, że ustalenie to jest obiektywnie uzasadnione właściwością lub szczególnymi elementami umowy, a termin ten nie przekracza 60 dni. Tak długi termin płatności w ocenie odwołującego, nie może się przekładać na wysokość zaoferowanej ceny. O krótkim terminie płatności można byłoby mówić wówczas, gdyby wynosił on np. 7 dni (co stanowiłoby ewenement, ponieważ niemal we wszystkich pozostałych przetargach zamawiający stosuje długie, 60-dniowe terminy płatności).

Sama okoliczność, że CLIMATRONIC wykonywał na rzecz Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. te same usługi - co przedmiot niniejszej postępowania - zdaniem odwołującego nie świadczy o niczym, a zwłaszcza o prawidłowości skalkulowania ceny. To oświadczenie konkurenta uznał za niemiarodajne, już z tego względu, iż zakres i rodzaj zadań realizowanych na rzecz wspomnianego wyżej podmiotu gospodarczego (KHW S.A.) mógł przecież zasadniczo różnić się od przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. W szczególności zaznaczał, że CLIMATRONIC nie przedłożył jakichkolwiek dokumentów, mogących odzwierciedlać postawione stwierdzenia.

Przytoczył kolejną tezę wyroku KIO z dnia 10.01.2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 2797/12: *„Nie jest wystarczające powołanie się na ceny usług z innych postępowań przetargowych w związku z doświadczeniem wykonawcy w zakresie realizowanych dotychczas przedsięwzięć. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny odnosić się przede wszystkim do zaoferowanego przedmiotu zamówienia, nie zaś opierać się wyłącznie na zdobytym doświadczeniu – które co do zasady odnosi się do podmiotowych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia”*.

Fakt posiadania nowoczesnego parku maszynowego przez CLIMATRONIC oraz wypracowania *know-how* poczytał odwołujący za niewystarczające przesłanki, uzasadniające zaoferowaną cenę, co potwierdzać miało dalsze przytaczane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 14.05.2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 960/13: *„Dla uznania, że wyjaśnienia są wystarczające, konieczne jest wykazanie wpływu czynników wskazanych przez wykonawcę na zaoferowaną cenę - takimi czynnikami nie są okoliczności dostępne dla wszystkich wykonawców spełniających warunek udziału w postępowaniu, jak np. doświadczenie, funkcjonowanie w ramach grupy kapitałowej czy wypracowanie technologii i procedur”*).

Jako istotną okoliczność, odwołujący wskazywał, iż jest producentem urządzeń podlegających remontowi w ramach przedmiotowego zamówienia, a więc dysponuje on najszerszym *know-how* w zakresie organizacji i redukcji kosztów wykonywanych remontów. Mimo tego, zaoferowana przez niego cena jest tylko nieznacznie niższa, niż kwota, którą zamierza przeznaczyć zamawiający na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący podnosił, iż zamawiający nie powinien być bezkrytycznie zaakceptować złożonych wyjaśnień, zwłaszcza tak ogólnych, iż można by je przypisać do każdego wezwania, a ponadto nie zawierających kalkulacji cenowej, której oczekiwał zamawiający. Wywody CLIMATRONIC przyjął odwołujący za niewiarygodne, niemające żadnego poparcia w dokumentach, a ich stopień ogólności nie pozwalał na jakąkolwiek weryfikację (m.in. czy rzeczywiście CLIMATRONIC wprowadził nowoczesny system zarządzania, czy posiada nowoczesny park maszynowy, etc.). Za najistotniejsze uznał odwołujący, że CLIMATRONIC nie wskazał, w jaki sposób powołane przez niego czynniki realnie wpływają na zaoferowaną cenę. Przywoływał następane wyroki, mówiące o tym, że konieczne jest wykazanie realnego wpływu podanych czynników na cenę (wyrok KIO z dnia 14.05.2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 960/13). Przekonywał, że ogólne i lakoniczne uzasadnienie zaoferowanej przez CLIMATRONIC ceny - należy traktować na równi z brakiem złożenia wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący obstawał przy twierdzeniu, że zamawiający winien zatem odrzucić ofertę wspomnianego wyżej wykonawcy. Zaznaczał przy tym, że zamawiający zażądał, aby CLIMATRONIC złożył pisemne (art. 78 Kodeksu cywilnego) wyjaśnienia i dokumenty najpóźniej do dnia 26.08.2013 r. Tymczasem, CLIMATRONIC przedłożył pisemne uzupełnienia i wyjaśnienia dopiero w dniu 28.08.2013 r. (jak wynika z prezentaty zamawiającego), co uznał za równoznaczne z tym, że CLIMATRONIC nie złożył odpowiednich wyjaśnień w terminie i również z tego względu jego oferta powinna zostać odrzucona. CLIMATRONIC nie może składać kolejnych wyjaśnień i powoływać nowych dowodów na etapie postępowania odwoławczego przed KIO (w wyroku KIO z dnia 21.09.2009 r., w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1126/09, znajduje się następująca konkluzja: *„Art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli w wyniku badania ofert zamawiający uzna, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w ogóle nie zostały złożone. W takim przypadku obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp. Późniejsze, po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, uzupełnienie złożonych wyjaśnień jest*

*niedopuszczalne, w szczególności na etapie rozpoznawania środków ochrony prawnej, bądź na etapie postępowania przed Sądem Okręgowym)” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 04.06.2008 r., w sprawie o sygn. akt X Ga 127/08: „Przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności (braku rażąco niskiej ceny – dop. Odwołującego) w postaci zeznań świadków i zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nieuzasadnionego przedłużenia I. Polska spółce z o.o. terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłaby do naruszenia art. 90 ust. 3 p.z.p., z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w określonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty. Konwalidacja, uzupełnianie wyjaśnień przez I. Polska spółkę z o.o. na obecnym etapie postępowania stałoby także w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji”).*

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa, stanowiąc że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie precyzuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Definicji brak również w dyrektywach. 2004/18/WE oraz 2004/17/WE. W tej sytuacji, opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Powyższe rozumowanie potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 06.09.2002 r., w sprawie o sygn. akt V Ca 1020/02) oraz opinia znajdująca się na stronie UZP - <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/;674>; rażąco niska cena. Orzecznictwo Zespołu Arbitrów oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przyjęło założenia, iż rozbieżności między ceną badaną, a wartością szacunkową zamówienia, powiększoną o VAT na poziomie od 40% do 20 %, mogą uzasadniać zakwalifikowanie ceny, jako rażąco niskiej (np. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19.06.2007 r., w sprawie o sygn. akt: UZP/0-696/07).

Odwołujący powtarzał, że zaoferowana przez CLIMATRIONIC cena była o około 70% niższa od ceny drugiego wykonawcy – odwołującego oraz od kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W kontekście ceny zaproponowanej przez wykonawcę, działającego pod firmą CLIMATRIONIC Iwona D., a także orzecznictwa KIO - odwołujący skonstatował, że jest to cena rażąco niska, z powodu której zamawiający winien odrzucić ofertę wybranego wykonawcy. Dla stwierdzenia tej okoliczności, odwołujący uznał za niezbędne powołanie biegłego, w związku z czym wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, iż wykonawca, działający pod firmą CLIMATRIONIC Iwona D. proponuje usługę za cenę poniżej kosztów jej wytworzenia.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący uzasadniał następująco. Oferta wykonawcy działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznana sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów własnych. Jest to przesłanka inna od przesłanki ceny rażąco niskiej. W przypadku czynu nieuczciwej konkurencji porównaniu ulegają wyłącznie koszty ponoszone przez wykonawcę z ceną jego oferty – cena wyższa lub równa kosztom wytworzenia (zakupu) nigdy nie będzie stanowić czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący powołał się na posiadane informacje, jako producenta, że nie jest możliwe zaoferowanie wykonania dostaw, których żąda zamawiający za cenę podaną przez tego wykonawcę, która to cena będzie, co najmniej równa lub wyższa kosztom wytworzenia tej usługi. Dla stwierdzenia tej okoliczności, uznał za niezbędne powołanie biegłego, w związku z czym podtrzymał wniosek o dopuszczenie takiego dowodu na okoliczność, iż wykonawca, działający pod firmą CLIMATRONIC Iwona D. proponuje usługę za cenę poniżej kosztów jej wytworzenia.

IV. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący uzasadniał w ten sposób, że oferta CLIMATRONIC w części dotyczącej okresu gwarancji (pkt 4 formularza ofertowego) jest niezgodna z SIWZ. Niezgodność ta polega na braku wprowadzenia w pkt 4 formularza ofertowego okresu gwarancji w miesiącach. Zamiast tego, CLIMATRONIC wpisał jedynie zwrot: „zg. z SIWZ”, co przy braku sztywnego wskazania w SIWZ czasu obowiązywania gwarancji (zamawiający podkreślił jedynie, że minimalny czas gwarancji musi wynosić 18 miesięcy – pkt VI. Załącznika nr 1 do SIWZ) powoduje wypełnienie hipotezy i dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta ta jest zatem niedoprecyzowana w istotnym elemencie. Zgodnie powołanym wyżej postanowieniem SIWZ, wykonawcy mieli zaoferować okres gwarancji nie w wysokości ustalonej w SIWZ na poziomie ściśle określonym (zamawiający określił tylko poziom minimalny 18 miesięcy). W związku z tym - to w gestii CLIMATRONIC leżało ustalenie okresu gwarancji, przy określeniu ze strony zamawiającego, jedynie minimalnego okresu. Skoro CLIMATRONIC, poprzez podanie zwrotu: „zg z SIWZ”, mógł określić poziom gwarancji zarówno na 18 miesięcy, jak i na np. 60 miesięcy, to nie można wymagać od zamawiającego, aby znał prawdziwą intencję tego wykonawcy do określenia oferowanego czasu udzielonej gwarancji. Jeżeli dysponentem okresu czasowego jest wykonawca, który ma wyznaczony tylko poziom minimalny, to nie można żądać, aby zamawiający mógł wykonać dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i poprawić pomyłkę w złożonej ofercie. Inna byłaby bowiem sytuacja, jak utrzymywał odwołujący, gdyby z treści SIWZ wynikało, że okres gwarancji ma wynosić ściśle określony czas np. 5 lat, a nie

jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu „co najmniej 18 miesięcy”. W zaistniałej sytuacji nie można żądać od zamawiającego, aby wypełnił dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - to jest z własnej inicjatywy poprawił pomyłkę, ponieważ jest to niewykonalne. Okres gwarancji ma istotne znaczenie, nawet w sytuacji gdy nie stanowi przedmiotu oceny ofert w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty, niemniej nie istotność elementów oferty decyduje o ich poprawieniu, a tylko skutek poprawek, który nie ma spowodować istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem odwołującego - można byłoby przychylić się do możliwości poprawienia powyższej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale wyłącznie w sytuacji, gdyby zamawiający do poprawienia pomyłki nie potrzebował oświadczenia woli wykonawcy - w jaki sposób poprawić tę pomyłkę, to znaczy na ile lat określić gwarancję, ponieważ zamawiający ustalił tylko jej dolny pułap. W związku z powyższym, zdaniem odwołującego - zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę CLIMATRONIC jako niezgodną z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), bowiem brak było podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazywał, że analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14.06.2011 r., w sprawach o sygn. akt KIO 1138/11 i KIO 1173/11.

V. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający zwracając się pismem z dnia 20.08.2013 r., adresowanym do CLIMATRONIC, o wyjaśnienie (*nota bene* w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), okresu gwarancji CLIMATRONIC, doprowadził do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. W odpowiedzi na to wezwanie, CLIMATRONIC stwierdził bowiem, że udziela 18 - miesięcznego okresu gwarancji. Według jednolitego orzecznictwa KIO, nie jest dopuszczalne stosowanie trybu wyjaśnień do doprecyzowania treści złożonej oferty. W wyroku z 6 grudnia 2011 r., w sprawie o sygn. akt KIO 2493/11, Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w kwestii niedopuszczalności korzystania z instytucji wyjaśnień w celu doprecyzowania treści złożonej oferty.

Odwołujący zaznaczał, że jego stanowisko znajduje odzwierciedlenie zarówno w poglądach doktryny, jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. W. Dzierżanowskiego). Wykonawca nie dochował staranności w zakresie przygotowania oferty, która jest wymagana od podmiotu działającego w obrocie gospodarczym w sposób profesjonalny.

VI. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucał, że zamawiający zaniechał wykluczenia CLIMATRONIC z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez CLIMATRONIC.

Pismem z dnia 20.08.2013 r., zamawiający wezwał CLIMATRONIC do złożenia w formie pisemnej (art. 78 Kodeksu cywilnego) dokumentów, potwierdzających spełnianie warunku, o którym mowa w pkt IX.B.1a) SIWZ, dla zamówień wskazanych w wykazie wykonanych dostaw, w ofercie na str. 30, w pkt 5 oraz na str. 31 w pkt 1 i w pkt 3, najpóźniej do dnia 26.08.2013 r. Tymczasem, CLIMATRONIC przedłożył pisemne uzupełnienia i wyjaśnienia dopiero w dniu 28.08.2013 r. (jak wynika z prezentaty zamawiającego). Poza tym, nawet gdyby uznać, że CLIMATRONIC terminowo przekazał uzupełnienia i wyjaśnienia, to w dokumentacji przekazanej zamawiającemu brak było referencji dla zadań podanych w wykazie, w ofercie na str. 30 pkt 5 oraz na str. 31 w pkt 3, których żądał zamawiający i których brakowało w ofercie CLIMATRONIC. Zamiast referencji, CLIMATRONIC wyjaśnił jedynie, że w wykazie, we wspomnianych wyżej pozycjach winna być nazwa KWK Wujek, a nie KWK Śląsk. Złożone wraz z ofertą referencje nie pozwalają na uznanie, że dotyczą poz. 5 wykazu wykonanych dostaw (str. 30 oferty CLIMATRONIC) oraz poz. 3 wykazu wykonanych dostaw (na str. 31 oferty CLIMATRONIC).

Referencje wystawione przez Katowicki Holding Węglowy S.A. w dniu 09.07.2013 r., odnosiły się do remontu urządzenia MK-300 chłodnica wyparna (a więc poz. 1 wykazu wykonanych dostaw – str. 31 oferty CLIMATRONIC), oraz do remontu urządzenia MK-300 parownik (a więc do poz. 4 wykazu wykonanych dostaw – str. 30 oferty CLIMATRONIC), natomiast pisma z dnia 28.01.2013 r. oraz z dnia 29.01.2013 r. dotyczyły bliżej nieokreślonych usług, wykonanych w 2012 r. Tym samym, jak utrzymywał odwołujący, CLIMATRONIC nie odpowiedział na wezwanie zamawiającego w zakresie uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadań opisanych w poz. 5 wykazu wykonanych dostaw (str. 30 oferty CLIMATRONIC – remont agregatu sprężarki MK-300) i w poz. 3 wykazu wykonanych dostaw (str. 31 oferty CLIMATRONIC – serwis urządzenia MK - 300).

Powyższe jest w opinii odwołującego równoznaczne z tym, że CLIMATRONIC nie wykazał spełniania warunków udziału i powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

#### VII. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, CLIMATRONIC złożył dokumenty, z których nie wynikało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W wykazie wykonanych dostaw (str. 30 oferty CLIMATRONIC), w poz. 1, 2 i 3 CLIMATRONIC wskazał,

że zrealizował remonty agregatów sprężarki MK-300 oraz remont chłodnicy MK-300, a w poz. 2 (str. 31 oferty CLIMATRONIC) podał, że wykonał remont urządzenia MK-300. Do wykazu wykonanych dostaw CLIMATRONIC nie dołączył jednak dokumentów potwierdzających należyte wykonanie powyższych pozycji. Referencje z dnia 28.01.2013 r. oraz z dnia 29.01.2013 r., wystawione przez Katowicki Holding Węglowy S.A., nie dotyczą serwisu urządzenia MK-300, który został zrealizowany w 2013 r., (powyższe referencje mówią jedynie o remoncie urządzeń w 2012 r.). Podobnie, referencje wystawione przez Katowicki Holding Węglowy S.A. w dniu 09.07.2013 r., odnosiły się do remontu urządzenia MK-300 chłodnica wyparna (a więc poz. 1 wykazu wykonanych dostaw – str. 31 oferty CLIMATRONIC), oraz do remontu urządzenia MK-300 parownik (a więc do poz. 4 wykazu wykonanych dostaw – str. 30 oferty CLIMATRONIC), a zatem nie dotyczyły remontu urządzenia MK – 300 (poz. 2 wykazu wykonanych dostaw – str. 31 oferty CLIMATRONIC). Za prawidłową referencję nie uznał odwołujący pisma Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. z dnia 29.01.2013 r., czy też z dnia 28.01.2013 r. W ich treści znajduje się jedynie ogólna wzmianka o „remoncie górniczych urządzeń chłodniczych w 2012 r.”, co nie pozwala na zweryfikowanie, czy powołane wyżej pisma dotyczą dostaw podanych w poz. 1, 2 i 3 wykazu wykonanych usług (str. 30 oferty CLIMATRONIC).

Odwołujący przywoływał dalsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 07.01.2011r., w sprawie o sygn. akt KIO 2745/10) iż: *„Prawidłowo wystawiony dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi (dostawy), nie musi w sposób pełny opisywać zakresu robót (usług, dostaw), lecz powinien wskazywać oraz zawierać następujące elementy: a) podmiot wystawiający (inwestora, zlecającego); b) określenie robót (usług, dostaw), które zostały podane w wykazie; c) podpis osoby wystawiającej; d) potwierdzenie należytego wykonanie robót ujętych w wykazie.”* Przedłożone wraz z ofertą CLIMATRONIC pisma Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. z dnia 28.01.2013 r. oraz z dnia 29.01.2013 r. nie zawierają określenia dostaw, które zostały podane w wykazie.

Odwołujący wskazywał na przesłanki do wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentacji na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 25.02.2008 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 108/08 – *„Złożenie dokumentu wskazującego na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie normy zawartej w art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p; wyrok KIO z dnia 27.04.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 603/10.”*). Nie ulega także wątpliwości, że instytucja wezwania do uzupełnienia dokumentacji jest instytucją obligatoryjną. Taką konkluzję odwołujący wywiódł zarówno z konstrukcji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym brak jest takich sformułowań jak „może” czy „jest uprawniony do”, jak i szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (KIO w wyroku z dnia

29.11.2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 2505/10; w wyroku z dnia 26.08.2010 r. w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 1748/10, 1749/10; w wyroku z dnia 7.09.2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1819/10).

Odwołujący zarzucał, że zamawiający nie wezwał CLIMATRONIC do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie zadań ujętych w poz. 1, 2 i 3 wykazu wykonanych dostaw (str. 30 oferty CLIMATRONIC) oraz w poz. 2 wykazu wykonanych dostaw (str. 31 oferty CLIMATRONIC), w konsekwencji czego dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

#### VIII. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych (wyrok KIO z dnia 29.08.2011 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1771/11). Jeśli zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej, nie mając pewności, że wybrana oferta nie podlega odrzuceniu, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji (tak np. KIO w wyroku z dnia 18.04.2011 r., w sprawie o sygn. akt KIO 733/11).

W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający dokonał wyboru oferty, która podlegała - w opinii odwołującego odrzuceniu. Bez znaczenia przy tym jest to, czy brak odrzucenia oferty CLIMATRONIC, względnie zaniechanie wykluczenia tegoż wykonawcy był efektem niedopatrzenia, czy brakiem pewności zamawiającego, bo w każdej z tych sytuacji, zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych.

#### IX. Zarzut naruszenia art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji powyższego, zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się zwłaszcza poprzez brak odrzucenia oferty CLIMATRONIC. Prawo nie pozwala żadnego z oferentów traktować w sposób uprzywilejowany, a zamawiający musi stawiać jednakowe wymagania wszystkim oferentom bez jakichkolwiek preferencji. Działanie zasady uczciwej konkurencji nie może być ograniczone decyzjami zamawiającego.

Zamawiający do protokołu rozprawy zajął następujące stanowisko. Nie zgodził się ze stwierdzeniem, iż wyjaśnienia wykonawcy CLIMATRONIC wpłynęły po terminie, gdyż



dopuszczył w SIWZ możliwość przekazywania informacji za pośrednictwem faksu. Zdaniem zamawiającego treść wyjaśnień wybranego wykonawcy była odpowiednia i uzasadniająca wysokość ceny oferty. Zamawiający stwierdził, iż gdyby samodzielnie wykonywał zlecane na zewnątrz usługi remontu urządzeń klimatyzacji, to ich koszty mieściłyby się w cenie oznaczonych pozycji oferty CLIMATRONIC. Zamawiający powoływał się na stosowaną praktykę przedsiębiorstw górniczych – ustalania terminów płatności za dostawy, czy usługi w wymiarze przekraczającym 100 dni. W ocenie zamawiającego, dopiero gdyby wykonawca wezwany przedłożył dowody na okoliczność realności zaoferowanej ceny, powstałby po jego stronie obowiązek ich oceny. Zamawiający nie odniósł się do żądania od wykonawcy CLIMATRONIC przedłożenia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej. W zakresie zarzutu dopuszczenia do zmiany treści oferty wykonawcy CLIMATRONIC, poprzez dopuszczenie doprecyzowania okresu udzielonej gwarancji, zamawiający zaprzeczył takim twierdzeniom odwołującego, albowiem wykonawca wybrany poprzestał jedynie na potwierdzeniu udzielenia gwarancji w okresie minimalnym – 18 miesięcy. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający uznawał, że postąpił zgodnie z wyznaczonym w pkt IXB.1. SIWZ wymogiem, by wykonawca legitymował się doświadczeniem w wykonywaniu remontów i serwisu urządzeń klimatyzacji produkcji odwołującego, nie wskazując w tym warunku - konkretnych urządzeń wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Wykonawca wybrany ujął w wykazie doświadczenia takie urządzenia, z przedstawieniem poświadczeń przez zlecającego, iż usługi remontowe zostały wykonane należycie. Z tych względów zamawiający uznał, że warunek został przez CLIMATRONIC spełniony. Udzielone wyjaśnienia, że wskazana w wykazie KWK Śląsk obecnie nie istnieje, gdyż jest częścią KWK Wujek należącej do Katowickiego Holdingu Węglowego, zatem przedstawione referencje, które stwierdzały należyte wykonanie usług przez CLIMATRONIC – przyjął zamawiający za poprawne.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 23 września 2013 r. przekazane faksem i drogą pocztową - w ustawowym terminie określonym art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego - nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba działając z urzędu - nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o regulację art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty wykonawcy CLIMATRONIC Iwona D., korespondencji prowadzonej pomiędzy wybranym wykonawcą a zamawiającym.

Izba dopuściła wnioskowane przez odwołującego dowody: koszt remontu chłodnic powietrza MK CP pozycja 2 chemiczne czyszczenie, oraz parownik MK-300, poz. 3 - potwierdzające, że w danych kosztach jednostkowych, z uwagi na ceny materiałów i odczynników – koszty odwołującego pozostają znacznie wyższe. Pojęcie rażąco niskiej ceny należy natomiast odnosić do ceny całkowitej oferty. Dopuszczenie wnioskowanego dowodu z opinii biegłego na okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny oferty CLIMATRONIC, Izba uznała za bezprzedmiotowe.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

### Rozdział III. SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia

Określenie przedmiotu zamówienia: Wykonanie remontu urządzeń klimatyzacji dołowej dla potrzeb ruchowych Zakładów JSW S.A. (6 zadań): Zadanie 1: Remont urządzeń klimatyzacji produkcji IMKiUS.

W zakresie części 1-ej, wykonanie remontu urządzeń klimatyzacji dołowej obejmuje:

Chłodnicę powietrza typ – MK-CP/L-35K

Chłodnicę powietrza typ - MK-CP 300

Chłodnicę powietrza typ - MK-CP 350

Chłodnicę powietrza typ - MK-CP 400

Agregat chłodniczy – MK -300

Agregat chłodniczy – MK 350

Agregat chłodniczy – MK 600

Parownik MK 300

Parownik MK 350

Parowacz MK 300/P

Parowacz MK 350/P

Załącznik nr 1 do SIWZ – Specyfikacja techniczna rozdział VI gwarancja - przewidywał, że minimalny okres gwarancji jaki wykonawca udzieli zamawiającemu na przedmiot zamówienia wynosi 18 miesięcy licząc od daty podpisania przez zamawiającego pozytywnego protokołu odbioru. Według § 4 wzoru umowy wykonawca będzie zobowiązany oznaczyć oferowany okres gwarancji w miesiącach.

Załącznik nr 2 do SIWZ formularz oferty punkt 4 – należało podać okres udzielonej gwarancji w miesiącach.

Ogłoszenie o zamówieniu 2013 S 132- 229259 Sekcja II.2.3 Kwalifikacje techniczne w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany jest przedłożyć:

1. Wykaz wykonanych lub wykonywanych zamówień dla poszczególnego zadania, potwierdzający:

Dla zadania nr 1: posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania zamówień na remonty lub serwis urządzeń klimatyzacji produkcji IMKiUS o łącznej wartości netto co najmniej 500 000,00 zł w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należycie wykonane.

Ocena spełnienia warunków nastąpi na podstawie przedstawionych przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w pkt X SIWZ, tj. wykaz usług i dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie.

Analogiczne postanowienia zawiera pkt IX.B.1a SIWZ.

Wykonawca zobowiązany był złożyć zestawienie rzeczowo-finansowe według załącznika nr 3 (tabela 1) zawierający wyszczególnienie:

- rodzaj remontu,
- jednostkową wartość netto,
- ilość,
- wartość netto.

SIWZ rozdział XVI Opis sposobu obliczenia ceny 1. Cenę należy ustalić jako cenę brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia i ująć w niej wszystkie koszty, których poniesienie jest niezbędne dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia (koszty robocizny, dostawy, sprzętu, urządzeń, materiałów, podatek VAT, koszty ubezpieczenia i inne. Cena podana w ofercie; odrębnie dla każdego zadania musi wynikać z Zestawień rzeczowo –finansowych i nie może być pomniejszona o ewentualny upust czy współczynniki zmniejszające. 3. Zestawienie rzeczowo –finansowe należy opracować poprzez wypełnienie każdej pozycji odpowiednio załączników 3-8 do SIWZ. Wypełniony i podpisany druk - Zestawienie rzeczowo – finansowe należy dołączyć do oferty.

W § 3 pkt 1. wzoru umowy cena brutto wynosi .... 2. Cena za realizację całego przedmiotu umowy jest ceną maksymalną za wykonanie przedmiotu umowy. Zamawiający zapłaci wykonawcy za faktycznie wykonany i udokumentowany zakres remontu. Wynagrodzenie wykonawcy nie może przekroczyć kwoty określonej w ust. 1.

2. Wynagrodzenie za wykonanie poszczególnych zleceń określone jest w zestawieniu rzeczowo-finansowym będącym załącznikiem do niniejszej umowy.

3. Pkt 5 Termin płatności 60 dni od daty dostarczenia faktury VAT do zamawiającego.

Tabela 2 i 3 zawiera jednostkową wycenę elementów wchodzących w skład zadania nr 1, nie ujętych w tabeli nr 1. Tabela nr 1 zawiera podanie całkowitej ceny oferty netto.

W załączniku nr 12 do SIWZ wykonawca zobowiązany był zawrzeć wykaz potwierdzający spełnienie warunku opisanego w pkt IX.B.1 SIWZ, obejmujący: przedmiot zamówienia, daty wykonania wartość, odbiorcę, oznaczenie liczbowe dokumentu poświadczającego należyte wykonanie.

Załącznik nr 1 do umowy – stanowi formularz cennika remontu urządzeń klimatyzacji.

W formularzu oferty wykonawcy Iwony D., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą CLIMATRONIC punkt 4 podano: udzielamy gwarancji na przedmiot zamówienia na okres „zg z SIWZ” miesięcy licząc od daty podpisania przez zamawiającego pozytywnego protokołu odbioru.

W dokumentach oferty wykonawcy Iwony D., zostało złożone zestawienie rzeczowo-finansowe według załącznika nr 3 (tabela 1,2,3) z cenami jednostkowymi i wartością poszczególnych pozycji załącznika nr 1 z podsumowaniem wartościowym do wysokości ceny netto oferty.

W dokumentach oferty wykonawcy Iwony D. zawarty jest wykaz (5 pozycji) potwierdzający spełnienie warunku opisanego w pkt IX.B.1a SIWZ, obejmujący: przedmiot zamówienia remont urządzeń klimatyzacji produkcji IMKiUS– agregat sprężarki MK- 300, remont chłodnicy MK-300, remont parownika MK-300, agregat sprężarki MK -300, remont chłodnicy wyparnej MK 300, remont MK 300 Serwis urządzeń MK 300; wykonane w 2012-2013 r. wartość łączna co najmniej 500 000,00 zł (nie została zakwestionowana odwołaniem), odbiorcy: KWK Wujek, KWK Śląsk, KWK Staszic. Zał. nr 20 stanowił potwierdzenie należytego wykonania wymienionych zamówień.

Na stronach od 52 do 56 oferty zawarte są referencje pochodzące od Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. oraz Kopalni Wujek i Kopalni Staszic, potwierdzające należyte wykonanie usług objętych wykazem doświadczenia zawodowego.

Odwołujący pismem z dnia 12 sierpnia 2013 r. zwracał się do zamawiającego informując o dostrzeżonych nieprawidłowościach w ofercie wykonawcy CLIMATRONIC

Termin składania ofert upłynął 31 lipca 2013 r.

Odwołujący złożył między innymi ofertę na część 1 zamówienia i odwołanie dotyczy tej części zamówienia.

Na część 1-ą zamówienia oferty złożyli:

- odwołujący Inżynieria Maszyn Klimatycznych i Urządzeń Specjalnych Sp. z o.o., cena brutto 4 957 411,68 zł,
- CLIMATRONIC Iwona D., cena brutto 1 624 731,60 zł.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w części 1-ej w kwocie 5 079 427,68 zł. (netto 4 129 616,00 zł). Szacunkową wartość przedmiotu zamówienia zamawiający ustalił metodą porównawczą w oparciu o badanie rynku producentów i dostawców przedmiotu zamówienia. W zakresie części 1-ej zamówień udzielały KWK Budryk, Ruch Zofiówka, Ruch Jas-Mos, które potwierdziły stosowane ceny rynkowe, na podstawie udzielanych zamówień.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustalona cena.

Zamawiający wezwał wykonawcę CLIMATRONIC Iwona D.:

- na podstawie art. 90 ustawy Pzp o pisemne udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;
- na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp o pisemne wyjaśnienie w odniesieniu do gwarancji,
- na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia. Wyjaśnienia miały być udzielone do dnia 26 sierpnia 2013r.

Wezwanie miało następującą treść.

*„Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 39/ZZ/13 na wykonanie remontu urządzeń klimatyzacji dołowej dla potrzeb ruchowych Zakładów JSW S.A. (6 zadań): Zadanie 1: Remont urządzeń klimatyzacji produkcji IMKiUS. (...)*

*I. Wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.*

*Zamawiający, na podstawie art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) dalej „pzp”, zwraca się do Państwa o pisemne udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez Państwa ceny.*

*W przedmiotowym postępowaniu złożyli Państwo ofertę z ceną brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia:*

dla zadania nr 1: w wysokości 1.624.731,60 zł - jest to najniższa cena zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca Inżynieria Maszyn Klimatycznych i Urządzeń Specjalistycznych Sp. z o.o. zaoferował cenę 4.957.411,68 zł brutto, Zamawiający przeznaczył na sfinansowane zamówienia 5.079.427,68 zł brutto. (...)

W związku z tym, iż zaoferowana przez Państwa cena za realizację całego przedmiotu zamówienia:

- dla zadania nr 1 jest mniejsza od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia o około 68 % i o 67 % od ceny zaoferowanej przez Wykonawcę Inżynieria Maszyn Klimatycznych i Urządzeń Specjalistycznych Sp. z o.o., Zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, w celu ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wzywa Państwa do złożenia pisemnych wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej w Państwa ofercie ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia powinny zawierać kalkulacje ceny oferty, z podaniem składników cenotwórczych, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej przez państwa ceny za przedmiot zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 pzp w wyjaśnieniach mogą Państwo uwzględnić m.in. następujące czynniki:

- oszczędność metody wykonania,
- wybrane rozwiązania techniczne,
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy,
- oryginalność projektu wykonawcy,
- wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. (...)

### III. Wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty

Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, zwraca się do Państwa o pisemne wyjaśnienie treści oferty w zakresie:

1. punktu 4.1 druku „OFERTA”, (...)

Ad. 1. Zamawiający w pkt. VI.1 Załącznika nr 1 do SIWZ (Specyfikacja techniczna) wymagał, cyt: „Minimalny okres gwarancji, jaki Wykonawca udzieli Zamawiającemu na przedmiot zamówienia, wynosi 18 miesięcy, licząc od daty podpisania przez Zamawiającego pozytywnego protokołu odbioru.”

Państwo na str. 7 w pkt 4 druku oferta oświadczyli. cyt. „Udzielamy gwarancji na przedmiot zamówienia na okres zgodny z SIWZ miesięcy licząc od daty podpisania przez Zamawiającego pozytywnego protokołu odbioru.”

*W związku z powyższym Zamawiający wzywa Państwa do złożenia jednoznacznych wyjaśnień odnośnie oferowanego okresu gwarancji. (...)*

*IV. Wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.*

*Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, zwraca się do Państwa o złożenie:*

*- dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. IX.B.1a) SIWZ - dla zamówień wskazanych w wykazie na str. 30 w pkt 5 oraz w wykazie na str. 31 w pkt 1 i 3 lub*

*- wykazu wykonanych zamówień potwierdzającego spełnienie warunku, o których mowa w pkt. IX.B.1a) SIWZ - uzupełnionego o nowe zamówienia potwierdzające spełnianie warunku wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należycie wykonane.*

*Zamawiający w pkt X.2 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunku, o którym mowa w pkt. IX.B.1a)-f) SIWZ wymagał od Wykonawców złożenia wykazu wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należycie wykonane.*

*Zgodnie z zapisami pkt IX.B.1) SIWZ na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie A.2) wymagane jest:*

*dla Zadania nr 1: posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania zamówień na remont urządzeń klimatyzacji produkcji IMKiUS o łącznej wartości netto co najmniej 500.000,00 zł w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,*

*W złożonej ofercie, na str. 30 - 31 załączyli Państwo wykaz wykonanych zamówień (dla zadania nr 1) wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień. W załączonych dokumentach brak referencji z KHW S.A. KWK „Śląsk” tj. dla poz. 5 wykazu (str. 30 oferty) oraz dla poz. 1 i 3 wykazu (str. 31 oferty).*

*W związku z powyższym prosimy o pisemne uzupełnienie oferty uwzględniając powyższe uchybienie.*

*Na uzupełnienie dokumentów oraz złożenie wyjaśnień Zamawiający oczekuje do dnia 26.08.2013 r.*

*Jednocześnie informujemy, że zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy pzp cyt (...) złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy*

*usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.*

Pismem z dnia 21 sierpnia 2013 r. przekazany faksem 26 sierpnia 2013 r. potwierdzonym pisemnie w dniu 28 sierpnia 2013 r., odwołujący udzielił następujących wyjaśnień.

*„W odpowiedzi na Państwa wezwanie:*

*I. Do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pragniemy poinformować, że cena oferowana przez firmę CLIMATRONIC uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 39/ZZ/13. W związku z powyższym wyjaśniamy:*

*1. Cena zaoferowana przez naszą firmę jest ceną konkurencyjną i wynika z faktu, iż firmy IMKiUS oraz EUROTECH były dotychczas jedynymi, które wykonywały remonty tych urzędzeń i nie posiadały konkurencji na wykonywanie w/w usług.*

*2. Kolejnym czynnikiem, który miał wpływ na zaoferowaną cenę jest nowoczesny system zarządzania firmą, co wiąże się z ograniczeniem zatrudnienia pracowników administracji a zatem obniżenie kosztów pracowniczych mający duży wpływ na zmniejszenie kosztów wykonywanych usług. Chcemy również zaznaczyć, że koszty osobowe należą do kosztów niewymiernych i mogą one być inaczej wyceniane przez różne firmy.*

*3. Jastrzębska Spółka Węglowa oferuje krótki termin płatności, co w dużym stopniu również wpływa na końcową cenę usługi.*

*4. Informujemy również, że wykonujemy takie same usługi w Katowickim Holdingu Węglowym S. A. w wartościach podobnych, jakie Państwu zaproponowaliśmy.*

*5. Posiadamy nowoczesny park maszynowy, który umożliwia nam wykonywanie elementów urzędzeń w niższych kosztach, ponadto wykorzystujemy swój know-how w zakresie organizacji i redukcji kosztów wykonywanych remontów.*

*III. Wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.*

*Ad 1. Wyjaśniamy, że: „udzielamy gwarancji na przedmiot zamówienia na okres 18 miesięcy licząc od daty podpisania przez Zamawiającego pozytywnego protokołu odbioru”. (...)*

*IV. Wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.*

*Wyjaśniamy, że w naszej ofercie na str. 30 poz. 5 i ofercie na str. 31 poz. 1 i 3 powstał błąd pisarski gdyż KWK Śląsk jako kopalnia samodzielna nie istnieje, jest połączona z KWK Wujek i występuje pod nazwą KWK Wujek w związku z powyższym na str. 30 poz. 5 jak*



*również na str. 31 poz. 1 i 3 naszej oferty powinien być zapis KWK Wujek zgodnie z przedstawionymi referencjami.”*

Zamawiający wybrał na część 1-ą zamówienia - na remont urządzeń klimatyzacji produkcji IMKiUS ofertę CLIMATRONIC Iwona D..

Zawiadomienie o wyborze ofert na część 1-ą zostało przesłane faksem 10 września 2013 r. i w dniu 11 września 2013 r. pocztą.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ubiega się o przedmiotowe zamówienie, mógł zatem wykazywać, iż czynności zamawiającego zostały przedsięwzięte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co godziło w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogło go narażać na poniesie szkody.

Ad. I. Potwierdzenie znalazł zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, przejawiające się w braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D., mimo iż wykonawca ten nie złożył wystarczających wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny złożonej oferty.

Bezprzedmiotowe były argumenty odwołującego, co do obowiązku zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Okolicznością bezsporną pozostawało, że zamawiający wezwał wykonawcę działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Przedmiotem oceny przez Izbę stała się zatem treść tych wyjaśnień, które wykonawca wybrany przedstawił zamawiającemu, w kontekście wezwania wystosowanego przez zamawiającego. Zdaniem Izby wyjaśnienia zostały złożone w terminie zakreślonym, zgodnie ze sposobem komunikacji opisanym w SIWZ.

Nie jest niezbędne, aby zamawiający podał w wezwaniu - w jakim zakresie wyjaśnień oczekuje, ale nie jest też zabronione, aby zamawiający z takiej możliwości skorzystał i w wezwaniu dookreślił zakres żądanych wyjaśnień, tj. czynników, które uważa za istotne dla wyliczenia ceny. Zamawiający w tym przypadku ograniczył się do ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, z przytoczeniem przykładów wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, branych pod uwagę jako obiektywne czynniki mogące rzutować na wysokość ceny oferty.

Nie można było przy tym pominąć, że zamawiający żądał od wykonawcy CLIMATRONIC wraz z wyjaśnieniami - przedłożenia „kalkulacji ceny oferty, z podaniem składników cenotwórczych, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej przez Państwa ceny za przedmiot zamówienia.”

Wykonawca wybrany CLIMATRONIC w swoich wyjaśnieniach zignorował zupełnie dyspozycję przedstawienia „kalkulacji ceny.” Wprawdzie w dokumentach oferty wykonawcy Iwony D., zostało złożone zestawienie rzeczowo-finansowe według załącznika nr 3 (tabela 1,2,3) z cenami jednostkowymi i wartością poszczególnych pozycji tego załącznika nr 1 - z podsumowaniem wartościowym do wysokości ceny oferty netto, które samo przez się jest kalkulacją ceny oferty, lecz nie w ujęciu o jakim stanowi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, to znaczy w kontekście wykazania wpływu danych czynników na wysokość oferowanej ceny.

Przykładowo rzecz ujmując, wykonawca wybrany mógłby podać koszty robocizny ponoszone na wykonanie usług zakładanego rodzaju i ilości urządzeń instalacji klimatyzacyjnych, koszty zakupu urządzeń do wymiany oraz części zamiennych i odczynników, wysokości narzutów kosztów ogólnych odnoszonych do danego zamówienia, zakładanego zysku itp. Taki rodzaj kalkulacji pozwoliłby na ocenę, że oferta pozostała skalkulowana na realnym poziomie, zatem oczekiwane wynagrodzenie zabezpiecza wykonawcy możliwość prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia.

Izba opowiada się za powszechnie aprobowanym poglądem, iż samo skorzystanie przez zamawiającego z instytucji określonej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę, stwarza wzruszalne domniemanie faktyczne – że cena oferty pozostaje rażąco niską. Począwszy od daty wezwania – na wykonawcy spoczywa *onus probandi* – obalenia tego domniemanie. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mówi jedynie o wezwaniu do złożenia wyjaśnień, a nie dowodów. O ocenie wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami wspomina natomiast art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 57 ust. 2 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki, w tym energetyki, stanowiąc, że podmiot zamawiający jest zobowiązany dokonać weryfikacji poszczególnych elementów (...) z uwzględnieniem przedstawionych dowodów.

Oznacza to, zdaniem Izby, że wykonawca może poprzestać na samych szczegółowych i weryfikowalnych wyjaśnieniach, kalkulacjach własnych, może też je poprzeć stosownymi dowodami, np. cenami ofertowymi poddostawców - aby uczynić treść swoich wyjaśnień bardziej wiarygodnymi dla zamawiającego.

Izba uznała, że pomijać nawet kwestię dowodów, które nie zostały przedstawione mimo żądania (kalkulacja), sama treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wybranego CLIMATRONIC ich zakres, ogólnikowość nie jest wystarczająca, aby mogły upoważniać zamawiającego do ich zaakceptowania, szczególnie przy tak znaczących różnicach stwierdzonych między ceną oferty wykonawcy CLIMATRONIC a ceną oferty odwołującego (67%) i wartością szacunkową zamówienia (68%). Z materiału dowodowego sprawy wynika, że zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia z należytą starannością w oparciu o bieżące oferty rynkowe składane na wykonywania tego rodzaju usług, jakie objęte są przedmiotowym zamówieniem.

Postanowienie art. 57 ust. 1 przywołanej wyżej Dyrektywy mówi wyraźnie, iż chodzi o szczegółowe wyjaśnienia elementów oferty, które rzutują na jej cenę.

Konfrontując wyjaśnienia wykonawcy wybranego CLIMATRONIC z wezwaniem zamawiającego oraz podstawami normatywnymi, należało stwierdzić, iż pozostają one ogólnikowe, nie nawiązują w sposób skonkretyzowany do indywidualnej sytuacji oferenta, nie poddają się jakiegokolwiek weryfikacji, w szczególności co wpływu podanych czynników na zaoferowaną cenę.

Wyjaśnienia niedostateczne są równoznaczne w skutkach – jak nie złożone – nie obalają zatem domniemania spowodowanego wezwaniem, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, materializuje się nie tylko w sytuacji, gdy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, ale i wówczas, gdy wykonawca nie potrafił wykazać, iż zaoferowana cena nie pozostaje rażąco niską.

W ocenie Izby, taka sytuacja zachodzi w tym przypadku, wykonawca Iwona D. firma CLIMATRONIC nie zdołała wykazać przez złożone wyjaśnienia, iż za zaoferowaną cenę jest zdolna wykonać należycie zamówienie. Wskazywane ogólne czynniki: jak nowoczesny system zarządzania firmą, nowoczesny park maszynowy, wykorzystywanie swego *know-how* – nie były wystarczające, aby rozwiać wątpliwości w odniesieniu do ceny oferty wykonawcy wybranego, szczególnie w obliczu zanotowanych około 70% różnic w odniesieniu do ceny oferty odwołującego, a zwłaszcza w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, ustalonej przez zamawiającego w oparciu o bieżący sondaż rynkowy.

Argument o krótkim termin płatności ze strony zamawiającego, mija się wprost z rzeczywistością - skoro wynosi 60 dni, a więc tak ustalony termin - może powodować konieczność korzystania z kredytu przez wykonawcę, co również wpływać może na koszty i zakładaną cenę usługi. Bez znaczenia pozostawało, że inne przedsiębiorstwa górnicze wyznaczają jeszcze dłuższe terminy płatności niż zamawiający.

Nie skonkretyzowany argument o wykonywaniu usług tego rodzaju na rzecz Katowickiego Holdingu Węglowego S. A. w wartościach podobnych, nie mógł być podstawą pozytywnej oceny złożonych wyjaśnień.

Izba poddaje ocenie działania zamawiającego w takim kształcie - jak zostały wykonane - w oparciu o dokumentację akt postępowania i powiadomienia o podjętych czynnościach, które stały się podstawą dla podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Z uwagi na powyższe, potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy znalazły zarzuty naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D., mimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny;
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D., która to oferta winna zostać odrzucona.

Izba nie znalazła natomiast podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia pozostałych przepisów ustawy Pzp wskazywanych przez odwołującego, tj.

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D., pomimo, iż oferta tego wykonawcy stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż odwołujący nie udowodnił, iż wykonawca ten prowadził celowe działania, chociażby okresowe, aby poprzez zaniżanie cen na swoje usługi, eliminować z rynku właściwego konkurencję ze strony innych przedsiębiorców, którzy musieli by ograniczać działalność – nie wytrzymując nieuczciwej konfrontacji cenowej z firmą CLIMATRONIC. Nie można było pomijać okoliczności, iż narzuty zysku zawarte w cenie, praktycznie mogą być przez wykonawców stosowane dowolnie,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D., pomimo iż oferta ta była niezgodna z treścią SIWZ i nie można jej było poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC, wobec dokonania niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Izba nie podzieliła argumentów odwołującego. Okres gwarancji stanowi

wprowadzie treść oferty, stanowiąc zobowiązanie podjęte w formularzu oferty. Zamawiający wymagał co najmniej 18 miesięcznego okresu gwarancji. Wykonawca wybrany firma CLIMATRONIC podała w formularzu oferty „zgodnie z SIWZ”. W ocenie Izby, w kontekście udzielonego przez wykonawcę wyjaśnienia, że „*udzielamy gwarancji na przedmiot zamówienia na okres 18 miesięcy licząc od daty podpisania przez Zamawiającego pozytywnego protokołu odbioru*” – stanowi to jedynie odmienny sposób wyrażenia tożsamego oświadczenia woli. Racjonalnie działający wykonawca nie miałby motywacji do oferowania zamawiającemu dłuższego okresu gwarancji niż minimalny wskazany w SIWZ, skoro nie wiązało się to z przyznaniem punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Zamawiający nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów – przyjmując wyjaśnienia wykonawcy CLIMATRONIC, gdyż nie doszło przez to wytworzenia zobowiązania innej treści, niż zawarte pierwotnie w ofercie.

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w braku wykluczenia wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC Iwona D. z postępowania i odrzucenia jego oferty, mimo że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy, działającego pod firmą CLIMATRONIC do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie zadań wskazanych w wykazie wykonanych dostaw. Z materiału dowodowego sprawy wynika, bowiem że zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych lub wykonywanych zamówień, potwierdzający dla zadania nr 1: posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania zamówień na remonty lub serwis urządzeń klimatyzacji produkcji IMKiUS o łącznej wartości netto co najmniej 500 000,00 zł w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należycie wykonane pkt (IX.B.1a SIWZ). Zamawiający nie wyszczególnił – jakich urządzeń konkretnie ma dotyczyć omawiany wykaz, miały to być ogólnie zamówienia na „remonty lub serwis urządzeń klimatyzacji produkcji IMKiUS”, taki też wykaz wykonawca CLIMATRONIC złożył w dokumentach oferty. Sumaryczna wartość tych usług nie jest kwestionowana. Z wyjaśnień wykonawcy CLIMATRONIC wynika, iż wszystkie usługi referencyjne były wykonywane dla poszczególnych kopalń, wchodzących w skład Katowickiego Holdingu Węglowego SA. W ofercie wybranego wykonawcy na str. 30 poz. 5 i na str. 31 poz. 1 i 3 powstał błąd pisarski gdyż KWK Śląsk jako kopalnia samodzielna nie istnieje, jest połączona z KWK Wujek

i występuje pod nazwą KWK Wujek w związku z powyższym na str. 30 poz. 5 jak również na str. 31 poz. 1 i 3 oferty wybranej - powinien być zapis KWK Wujek, zgodnie z przedstawionymi referencjami. Zamawiający zasadnie uwzględnił złożone wyjaśnienia.

4. Izba nie uwzględniła zarzutu, iż treść przedłożonych referencji jest nieodpowiednia – jako, że nie podają one wyszczególnienia wszystkich urządzeń, które podlegały usługom serwisowym lub remontowaniu. Zdaniem Izby wystarczające było stwierdzenie ogólne, że wykonawca remontował urządzenia chłodnicze określonego typu i producenta, chociażby nie wszystkie, które zostały objęte zakresem zamówienia. Takie wskazania zawierają również postanowienia § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231). Prace remontowe oraz serwisowe należą do usług ciągłych bądź okresowych, stąd referencje mogły być wystawiane za różne okresy.

W następstwie naruszenia przepisów ustawy Pzp wymienionych wyżej, które to miały istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez wybór oferty nie będącej najkorzystniejszą, zamawiający naruszył zasady określone w art. 7 ust 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak sentencji na podstawie art. 192 ust. 1,2 i 3 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 930,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa i dojazdu na rozprawę, w oparciu z złożone rachunki, na podstawie § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....