

Sygn. akt: KIO 2850/15

WYROK

z dnia 14 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **Termospec Sp. z o.o., ul. Górnicza 10, 44-240 Żory** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale wykonawcy **I.D., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Climatronic I.D., ul. Małobądzka 29, 42-500 Będzin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Termospec Sp. z o.o., ul. Górnicza 10, 44-240 Żory** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Termospec Sp. z o.o., ul. Górnicza 10, 44-240 Żory** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Termospec Sp. z o.o., ul. Górnicza 10, 44-240 Żory** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** kwotę **3 597 zł 75 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) 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

I. Jastrzębska Spółka Węglowa spółkę akcyjną w Jastrzębiu Zdroju (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. 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 S1EMAG;

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 7 października 2015 r., poz. 2015/S 194-352720 Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2015, poz. 2164; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 30 grudnia 2015 r. Termospec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Żorach (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu:

1. naruszenie art 24 ust 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniach 2,4,5 Wykonawca Climatronic I.D. wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
2. naruszenie art. 89 ust 1 pkt. 5 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniach 2,4,5 oferta Wykonawcy Climatronic I.D. nie podlega odrzuceniu pomimo tego, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania;
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k) poprzez uznanie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniach 2,4,5 oferta Wykonawcy Climatronic I.D. nie podlega odrzuceniu pomimo

tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 90 ust 3 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniach 2,4,5 oferta Wykonawcy Climatronic I.D. nie podlega odrzuceniu pomimo tego, że zawiera rażąco niską cenę;
5. naruszenie art. 90 ust 2 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniach 2, 4, 5 Wykonawca Climatronic I.D. wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
6. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

I. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniach 2,4,5 Wykonawca Climatronic I.D. wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W wyniku analizy złożonych ofert Odwołujący stwierdził, że Wykonawca Climatronic I.D. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. IX.A.2 SIWZ.

Zgodnie z pkt. IX.B.I Wykonawca winien wykazać się niezbędną wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonania lub wykonywania remontu lub serwisu urządzeń klimatyzacji produkcji

a) TERMOSPEC-dla zadania nr 2

b) EUROTECH - dla zadania nr 3

c) WAT/GFW - dla zadania nr 4 i 5

o łącznej wartości netto co najmniej:

a) 300.000,00 zł - dla zadania nr 2

b) 70.000,00 zł - dla zadania nr 3

c) po 500.000,00 zł - dla zadania nr 4 i 5

w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Na potwierdzenie spełniania w/w warunków Wykonawca winien złożyć wykaz zamówień potwierdzający spełnianie warunku o którym mowa w pkt. IX.B.I) SIWZ.

Dowodem na potwierdzenie spełnienia warunku jest złożenie poświadczenia, że zamówienia w zakresie określonym w warunku zostały wykonane należycie lub są należycie wykonywane.

Z powyższego warunku wynika, że Zamawiający żąda wykazania się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonania lub wykonywania remontu lub serwisu urządzeń klimatyzacji poszczególnych producentów, a nie wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonania lub wykonywania remontu lub serwisu urządzeń klimatyzacji w ogólności.

W związku z tym należy stwierdzić, że Wykonawca wykazując spełnianie warunku opisanego pkt. IX.B.I SIWZ winien przedstawić w wykazie zamówień, zamówienia odpowiadające dokładnie treści warunku udziału w postępowaniu.

Tymczasem Wykonawca Climatronic w wykazie zamówień wskazał:

1. na potrzeby wykazania warunku udziału w zadaniu nr 2 (Remont urządzeń klimatyzacji produkcji TERMOSPEC), zamówienia w zakresie usług serwisowych urządzenia chłodniczego typu DV-290, produkcji WAT/GFW, a zatem niezgodnie z treścią warunku określoną w pkt. IX.B.I.b SIWZ, albowiem urządzenie typu DV-290 nie jest urządzeniem produkcji TERMOSPEC,
2. na potrzeby wykazania warunku udziału w zadaniu nr 3 (Remont urządzeń klimatyzacji produkcji EUROTECH), zamówienia w zakresie usług serwisowych urządzenia chłodniczego typu DV-290, produkcji WAT/GFW, a zatem niezgodnie z treścią warunku określoną w pkt. IX.B.I.c SIWZ, albowiem urządzenie typu DV-290 nie jest urządzeniem produkcji EUROTECH,
3. na potrzeby wykazania warunku udziału w zadaniu nr 4 i 5 (Remont urządzeń klimatyzacji produkcji WAT/GFW), zamówienia w zakresie usług serwisowych urządzenia chłodniczego typu DV-290 i RWK- 300 (oba produkcji WAT/GFW), co jest wprawdzie zgodne z treścią warunku określoną w pkt. IX.B.I.d i e SIWZ, ale tylko częściowo. W pozostałym zakresie Wykonawca Climatronic nie wykazał żądanej przez Zamawiającego łącznej wartości netto zamówień. Wątpliwości w tym zakresie budzi pozycja nr 3 wykazu zamówień (Załącznik nr 6 do SIWZ). Na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, w zakresie wykazanego w poz. 3 wykazu zamówień, Wykonawca Climatronic przedstawił fakturę nr 01/10/2015 z dnia 01.10.2015 r. oraz protokół zdawczo - odbiorczy z dnia 01.10.2015 r. Jednakże zwrócić uwagę należy na to, że:

- protokół zdawczo - odbiorczy z dnia 01.10.2015 r. wskazuje na inny podmiot niż Wykonawca Climatronic (wskazany jest T.D., który z pewnością nie jest tożsamy z Wykonawcą w niniejszym postępowaniu - I.D.),
- protokół zdawczo - odbiorczy z dnia 01.10.2015 r. nie potwierdza, że wskazane zamówienie zostało wykonane należycie,
- protokół zdawczo - odbiorczy z dnia 01.10.2015 r. jest w znacznej części nieczytelny niemożliwe jest ustalenie czy został wystawiony przez właściwą osobę ze strony Zamawiającego (Kompanii Węglowej S.A.).

W tym zakresie za niewiarygodne zdaniem Odwołującego należy uznać wyjaśnienia Wykonawcy złożone w pkt. Ad. III pisma z dnia 30.11.2015 r. (znak: CLI/ID/04/12/2015). Ponadto za niedopuszczalne należy uznać, dokonane w w/w piśmie, uzupełnienie oferty wykonawcy o referencje z KWK Halemba-Wirek. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 listopada 2013 r. KIO 2524/13: Obowiązkiem wykonawców jest wykazanie spełniania postawionych przez zamawiającego warunków, w tym w zakresie wiedzy i doświadczenia, poprzez złożenie odpowiednich dokumentów już w ofercie (w terminie składania ofert), a jedynie na zasadzie ustawowo przewidzianego wyjątku (art. 26 ust 3 p.z.p.), poprzez ich uzupełnienie po terminie składania ofert: (LEX nr 1592729).

Innym aspektem niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest przedstawienie przez Wykonawcę Certyfikatu Zdolności Wykonywania Remontów nr TEST/9R/2012 z którego wynika, że (zgodnie z Uzupełnieniem nr 6 z dnia 22.10.2015 r.) wskazany wyżej Certyfikat rozszerza się o urządzenia firmy Odwołującego. Tymczasem z pisma jednostki certyfikującej z dnia 26.11.2015 r. (stanowiącej załącznik do pisma Wykonawcy z dnia 30.11.2015 r.) wynika, że: „Ponadto; w pkt. (5) ww. załącznika, określono że: „Climatronic w Będzinie, jako zakład remontowy, wykonuje remonty górniczych urządzeń chłodniczych na podstawie własnej dokumentacji remontowej, opracowanej w oparciu o dokumentację techniczno - ruchowe ich producentów”. Dalej jednostka certyfikująca wskazuje, że: „Ww. urządzenia ujęte są w dokumentacjach remontowych firmy Climatronic opracowanych na podstawie dokumentacji techniczno-ruchowych (instrukcji obsługi) ich producentów.”

W tym zakresie Odwołujący, jako producent urządzeń w zadaniu nr 2 wskazuje, że skoro nie jest przedmiotem ocena dokumentacji remontowej, a jedynie dokonywany jest jej przegląd co do kompletności należy stwierdzić, że remonty wykonywane przez firmę Climatronic nie mogą

zagwarantować bezpieczeństwa i poprawnej pracy wyremontowanych urządzeń. Np. wymiana wkładów parowników bezpośredniego działania TS-300/PB i TS-350/PB przez firmę nie posiadającą odpowiednich uprawnień lub licencji wydanych przez Odwołującego jako ich producenta jest niedopuszczalne, gdyż ww. wkłady parowników są wykonane wg. Dokumentacji Techniczno-Konstrukcyjnej zawierającej szereg poufnych informacji nt. materiałów wymienników ciepła, sposobu rozmieszczenia płytów i ich ułożenia gwarantującego wysoką sprawność, a także zabezpieczenia przez drganiami i wibracjami. Ww. Dokumentacja Techniczno-Konstrukcyjna nie została udostępniona żadnej firmie i wykonawstwo nowego wkładu przez inną firmę stanowi naruszenie praw autorskich Odwołującego oraz zagrożenie bezpiecznej i wydajnej pracy.

W odniesieniu do wymian obudów w skrzynkach sterowania I zabezpieczeń SRT//... produkcji TERMOSPEC Odwołujący wskazuje, że skrzynki te są urządzeniami przeciwwybuchowymi grupy I kategorii M1 lub M2 I są wykonywane i montowane wg. Dokumentacji Konstrukcyjnej nie udostępnionej żadnej innej firmie. Skrzynki posiadają certyfikaty badania typu WE wydane przez Jednostki Notyfikowane i podlegają badaniom w procesie wykonawstwa oraz badaniom przez wybraną przez Odwołującego Jednostkę Notyfikowaną, która w oparciu o dostarczoną poufną dokumentację konstrukcyjną (nie instrukcję obsługi) przeprowadza badania zapewniające II moduł w procesie oceny zgodności wg. Dyrektywy 94/9/WE. Tak więc wymiana skrzynek przez firmy nie posiadającą Dokumentacji Konstrukcyjnej wyrobów Odwołującego, zaopiniowanej przez Jednostkę Notyfikowaną jest niedopuszczalne, a otabliczkowanie tych skrzynek przez firmę remontową jest naruszeniem praw autorskich i wiąże się z utratą ważności Deklaracji Zgodności, a eksploatacja takich skrzynek jest niezgodna z obowiązującymi przepisami dotyczącymi urządzeń Ex I M2 (1) w wykonaniu przeciwwybuchowym.

Odwołujący, jako producent maszyn i urządzeń chłodniczych typu TS-..., CP-..., SCP-... i CWW-... dostarcza Użytkownikowi Instrukcję obsługi i Deklarację zgodności ww. urządzeń i maszyn, zgodnie z wymaganiami ujętymi w Dyrektywie Maszynowej 2006/42/WE i Dyrektywie 94/9/WE ATEX. Żadna firma, której nie udostępniono Dokumentacji Techniczno-Konstrukcyjnej nie jest w stanie opracować Dokumentacji Remontowej w oparciu o ogólnodostępną Instrukcję obsługi i zapewnić wymagany poziom bezpieczeństwa pracy wyremontowanych urządzeń i maszyn.

O powyższym fakcie Odwołujący poinformował Zamawiającego pismem z dnia 14.12.2015 r.

Wskazane wyżej wątpliwości pozwalają na stwierdzenie, że Wykonawca Climatronic nie wykazał łącznej wartości netto zamówień na kwotę co najmniej 500.000 zł oraz nie wykazał

doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania remontu lub serwisu urządzeń klimatyzacji produkcji TERMOSPEC (w zadaniu nr 2), a zatem nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Całkowicie na marginesie powyższych wywodów Odwołujący wskazuje, że wątpliwym jest posługiwanie się przez Wykonawcę powyższym Certyfikatem, albowiem z certyfikatu nie wynika na jaki podmiot on został wystawiony, a to w odniesieniu do postanowień art. 431 oraz 434 kodeksu cywilnego.

II. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniach 2,4,5 oferta Wykonawcy Climatronic I.D. nie podlega odrzuceniu pomimo tego, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 5 p.z.p. zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Z kolei art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wskazuje, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Odwołujący wskazał wyżej na niewykazanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, określonych w pkt. IX.A.2 SIWZ. W związku z tym Wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta winna zostać odrzucona, której to czynności zaniechał Zamawiający.

III. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 15 ust. 1 pkt. 3 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zadaniach 2,4,5, oferta Wykonawcy Climatronic I.D. nie podlega odrzuceniu pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza ten interes. Ust. 2 w/w przepisu wskazuje, iż czynami takimi są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. W art. 5-17d u.z.n.k. zostały

doprecyzowane i uszczegółowione zachowania przedsiębiorców, które wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. I tak, zgodnie z art. 15. ust. 1 pkt. 3 i 5 czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów oraz działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Zdaniem Odwołującego złożenie oferty przez Wykonawcę Climatronic I.D. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem Odwołujący, analizując złożoną ofertę przez Wykonawcę doszedł do wniosków, wyrażonych w piśmie do Zamawiającego z dnia 14.12.2015 r. (L. Dz. 58/12/TS/15).

Odwołujący dokonał również porównania cen na te same czynności, zaoferowanych przez Wykonawcę w różnych zadaniach. Z porównania tego wynika, że ceny tych samych czynności, o tym samym zakresie pracy, w ofercie Wykonawcy do poszczególnych zadań różnią się diametralnie. W zadaniu nr 2, w którym Wykonawca Climatronic I.D. złożył ofertę konkurencyjną do oferty Odwołującego, zaniżył on znacznie ceny remontów, nawet o kilkaset procent (dane w załączniku nr 1) oraz podniósł je znacznie w stosunku do tych samych czynności remontowych w zadaniu nr 1, w którym złożona została tylko jedna oferta.

Odwołujący zobrazował to dokując porównania wybranych czynności remontowych dla zadania nr 1 i 2 (załącznik nr 1), dla zadania nr 4 i 5 (załącznik nr 2), w tym wskazując również na znaczne różnice w zaoferowanych cenach zakupu w zadaniach nr 2,4 i 5 (załącznik nr 3).

Odwołujący wskazuje również na manipulowanie przez Wykonawcę cenami poszczególnych usług w zależności od tego czy dana usługa będzie podlegała ocenie Zamawiającego czy też takiej ocenie nie będzie podlegała. Porównanie takie Odwołujący wskazał w załączniku nr 1 i 2.

IV. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniach 2,4,5 oferta Wykonawcy Climatronic I.D. nie podlega odrzuceniu pomimo tego, że zawiera rażąco niską cenę oraz naruszenie art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniach 2,4,5 Wykonawca Climatronic I.D. wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych obowiązek badania, czy cena oferty nie została zaniżona, powstaje zawsze, gdy Zamawiający nabierze wobec jej wysokości uzasadnionych wątpliwości. Wątpliwości tych zamawiający nabrać musi, gdy cena oferty jest

niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Jest to rozwiązanie wprowadzone w ślad za orzeczeniem TSUE z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C 147/06 i C148/06 SECAP, Santorso, w którym Trybunał uznał za zgodne z prawem UE ustalenie progu (w badanej sprawie 10% odchylenia od średniej), który zobowiązuje zamawiającego do prowadzenia wyjaśnień dotyczących ceny. (tak: W. Dzierżanowski w Komentarzu do art.90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Dzierżanowski W., Jerzykowski S., Stachowiak M., wyd. LEX, 2014).

W niniejszym postępowaniu oferta Wykonawcy Climatronic w każdym niemal zadaniu budzi wątpliwości w zakresie ceny. W zadaniach nr 2, 4 i 5 oferta Wykonawcy Climatronic jest o ponad 30 % niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W związku z powyższym Zamawiający wystąpił do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Pismem z dnia 30.11.2015 r. Wykonawca udzielił Zamawiającemu wyjaśnień. Wątpliwości budzi jednak zakres udzielonych wyjaśnień.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów

Analiza odpowiedzi udzielonej przez Wykonawcę pozwala na stwierdzenie, że Wykonawca nie wykazał żadnej z okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 1 pkt. 1) i 2) Prawa zamówień publicznych.

Udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia są zdaniem Odwołującego zbyt ogólnikowe, ograniczające się jedynie do porównania ofert jego i Odwołującego oraz do teoretycznych wywodów na temat rażąco niskiej ceny. Oczywiście nie sposób nie przyznać racji Wykonawcy

powołującemu się na wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 19 czerwca 2006 r. (UZP/ZO/O-1711/06) w którym stwierdzono „A zatem oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną.„ Jednakże Wykonawca wywiódł z tego wyroku całkowicie błędny wniosek, w wyniku którego dokonał porównania oferty swojej i innych ofert Odwołującego złożonych w innych postępowaniach. Jeżeli Wykonawca chciał już dokonać porównania ofert, to bardziej adekwatne byłoby porównanie ofert na poszczególne zadania złożone w niniejszym postępowaniu albowiem oferty te, dla poszczególnych zadań, zawierają wiele elementów wspólnych, z których wynika, że Wykonawca stosuje zupełnie inne (nawet nie zbliżone do siebie) stawki wynagrodzeń za wykonywanie usług w takim samym zakresie. Co jednak bardziej bulwersujące, stosuje różne stawki dla takich samych czynności, w zależności jednak od tego czy dana czynność podlegała ocenie Zamawiającego czy też nie.

Zadaniem Wykonawcy było zatem udzielenie precyzyjnej odpowiedzi w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt. 1) i 2) Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do całości złożonej przez siebie oferty na zadania, które wskazywały na występowanie rażąco niskiej ceny.

Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień wskazujących, że cena oferty nie jest nierealistyczna. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie, (tak: J. E. Nowicki w Komentarzu do art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Bazan A., Nowicki J. E., wyd. LEX, 2014).

Takie stanowisko wynika również z wyroku Krajowej izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 grudnia 2012 r. KIO 2659/12, w którym stwierdzono, że „twierdzeniom wykonawcy, iż zaproponowana kwota zawiera wszystkie elementy określone w SIWZ czy też wskazywaniu, że wartość szacunkowa przyjęta w postępowaniu mogła wynikać z cen proponowanych przez dotychczasowego wykonawcę usługi i że ceny konkurencji mogą różnić się od jego ceny, ale wynika to ze zdolności skutecznego zarządzania i kontrolowania kosztów, nie sposób nadać waloru obiektywności i dostępności tylko dla tego wykonawcy.

2. Ciężar dowodu, że cena nie jest ceną rażąco niską, spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a nie na zamawiającym, który w dodatku nie musi "podpowiadać" wykonawcy, dlaczego uważa cenę za rażąco niską.

3. Późniejsze, po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, uzupełnienie złożonych wyjaśnień jest niedopuszczalne, w szczególności na etapie rozpoznawania środków ochrony prawnej."

Ponadto należy wskazać, że Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Tymczasem, odnosząc się ponownie do wyjaśnień udzielonych przez Wykonawcę, nie przedstawił on żadnego wiarygodnego dowodu wskazującego występowanie w jego ofercie elementów mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- oszczędności metody wykonania zamówienia,
- wybranych rozwiązań technicznych,
- wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,
- oryginalności projektu wykonawcy,
- kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z orzecznictwem to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakimikolwiek dowodami wskazanych wyżej elementów mających wpływ na wysokość ceny.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 lipca 2015 r. KIO 1410/15,

1. To wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, mimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Każdy dowód adekwatny do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę zamawiającemu, a następnie podlega on ocenie przez samego zamawiającego.

2. W przypadku, gdy zasadnicza część (zakres) przedmiotu zamówienia muszą zostać kupione przez wykonawcę od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy

wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy), jeżeli wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, nierynkowych cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami właściwe "zewnątrzne" dowody pochodzące od podmiotów, od których dokonuje zakupu na określonych zasadach, po zaniżonych cenach (np. specjalne oferty zakupowe, upusty itp.), pozwalających mu obiektywnie na taki zakup.

3. Natomiast, jeżeli przedmiot zamówienia nie wymaga szczególnych, zakupów czy dokonywania zleceń wykonywania określonych prac podwykonawcom, wyjaśnienia uzasadnione dowodowo mogą sprowadzać się do przedstawienia przez wykonawcę właściwych własnych i szczegółowych kalkulacji kosztów, związanych z wytworzeniem określonych przez wykonawcę produktów. (...)" (podobnie: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 785/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 669/14)

Z powyższego w ocenie Odwołującego wynika, że Wykonawca nie sprostął konieczności udowodnienia że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Obowiązkiem zatem Zamawiającego było odrzucenie oferty, a to na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, której to czynności Zamawiający zaniechał.

V. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego. Zawarta w art. 7 ust. 1 norma prawna nakazująca równe traktowanie wykonawców nie znajduje zastosowania w postępowaniach, w których bierze udział tylko jeden wykonawca. Nie oznacza to jednak, że nie może dojść do naruszenia tej zasady przez celową eliminację wykonawców i doprowadzenie do sytuacji, w których tylko jeden z nich weźmie udział w postępowaniu.

Odwołującemu znana jest obecna sytuacja finansowa Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu Odwołujący odnosi jednak nieodparte wrażenie, że celem działań Zamawiającego było doprowadzenie do uzyskania jak najniższej ceny za świadczone na jego rzecz usługi. Oczywiście Odwołujący ma pełną świadomość, że działanie takie jest zgodne z interesem gospodarczym Zamawiającego i jest dopuszczalne, o ile jego osiągnięcie nie jest związane z naruszaniem prawa.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wykazał, że Zamawiający naruszył przepisy prawa w sposób mający wpływ na wynik postępowania, a co za tym idzie takie zachowanie Zamawiającego nie może zasługiwać na akceptację i ochronę prawną. Zdaniem Odwołującego, wydaje się bowiem nieprawdopodobne, aby tak doświadczony Zamawiający, nie zauważył błędów o takiej wadze, w ofercie Wykonawcy Climatronic I.D..

W konsekwencji Odwołujący wnosil o:

1. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zadaniach 2,4,5;
 - b) ponowne dokonanie badania i oceny oferty Wykonawcy Climatronic I.D. złożonej w zadaniach 2,4,5;
 - c) wykluczenia z postępowania, w zadaniach 2,4,5 wykonawcy Climatronic I.D. w związku z niespełnieniem przez niego warunków udziału w postępowaniu;
 - d) odrzucenie oferty Wykonawcy Climatronic I.D. w zadaniach 2,4,5 z powodu tego, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu,ewentualnie
 - e) odrzucenie oferty Wykonawcy Climatronic I.D. w zadaniach 2,4,5 z powodu tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
 - f) odrzucenie oferty Wykonawcy Climatronic I.D. w zadaniach 2,4,5 z powodu tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;
 - g) dokonania, w zadaniach 2,4,5, wyboru oferty złożonej przez Odwołującego na wykonanie zamówienia, jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosil o jego oddalenie. Odnosząc się kolejno do zarzutów odwołania, Zamawiający podnosił, co następuje:

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień Publicznych

Zdaniem Zamawiającego argumentacja przedstawiona przez Odwołującego jest błędna.

Zamawiający potwierdza, że zgodnie z pkt. IX.B.1. SiWZ Wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, winien wykazać się niezbędną wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonania lub wykonywania remontu lub serwisu urządzeń klimatyzacji produkcji:

TERMOSPEC - dla zadania nr 2 oraz

WAT/GFW - dla zadań nr 4 i 5,

o wartości netto co najmniej:

300.000 zł - dla zadania nr 2 oraz

po 500.000 zł - dla zadań nr 4 i 5.

w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Nie ma jednak racji Odwołujący twierdząc, że ww. warunki na poszczególne zadania powinny zostać spełnione łącznie, ponieważ umknął uwadze Odwołującego ostatni fragment treści warunku, cyt.: „Ze względu na możliwość składania ofert częściowych Zamawiający informuje, że w przypadku złożenia oferty na dwa lub więcej zadań, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże s/e spełnieniem warunku o wyższej wartości netto.”

Z powyższego zdaniem Zamawiającego wynika jednoznacznie, że wystarczającym do spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w całym postępowaniu, w przypadku złożenia ofert na zadania 2, 4 i 5 jest wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia dla zadania 4 lub 5, ponieważ wartości wskazane w obu tych warunkach są wyższe (po 500.000 zł) niż wartość wskazana w warunku dla zadania 3 (300.000 zł). Zgodnie z brzmieniem warunku w SiWZ Wykonawca Climatronic dołączył do swojej oferty wykaz wykonanych zamówień wraz z odpowiednimi poświadczeniami (str. 13-18 oferty) w zakresie zadania 4.

W związku z tym, że do oferty Wykonawcy Climatronic dołączono na str. 15 oferty kserokopię protokołu odbioru urządzenia na potwierdzenie wykonania zamówienia wskazanego w poz. 3 wykazu, z którego nie wynikało, że zamówienie zostało wykonane należycie, Zamawiający zwrócił się do tego Wykonawcy o uzupełnienie oferty w trybie art. 26

ust. 3 ustawy Prawa zamówień publicznych. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca Climatronic przysłał referencje wystawione przez Kompania Węglowa KWK Halemba-Wirek, z których już w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że zamówienie wskazane w poz. 3 wykazu zostało wykonane należycie.

Mając na uwadze powyższe fakty Zamawiający wnioskował, iż Wykonawca Climatronic wykazał spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający zauważał, że Odwołujący podnosił także w odwołaniu, iż jego zdaniem Wykonawca Climatronic nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu z uwagi na dołączony do oferty Certyfikat Zdolności Wykonywania Remontów nr TEST/9R/2012. Zamawiający wymagał zgodnie z pkt. 111.10 załącznika nr 1 do SIWZ aby do oferty dołączyć oświadczenie, że składający ofertę wykonawca jest producentem maszyn i urządzeń albo autoryzowanym przedstawicielem producenta albo posiada ocenę zdolności do wykonania remontów maszyn i urządzeń będących przedmiotem zamówienia, wydaną przez akredytowaną jednostkę certyfikującą. W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający wymagał powyższych dokumentów nie na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia jak to wskazuje Odwołujący, a jedynie na potwierdzenie, że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Niemniej z uwagi na fakt, iż z dołączonego do oferty Przystępującego do odwołania certyfikatu nie wynikało aby posiadał zdolność do wykonywania remontu wszystkich urządzeń objętych zakresem przedmiotu zamówienia, na który złożył ofertę, Zamawiający wezwał wykonawcę Climatronic do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zakresie wzmiankowanych braków. Przystępujący do odwołania uzupełnił ofertę o wyjaśnienie jednostki wystawiającej certyfikat dołączony do oferty, z którego wynika, że przedmiotowy certyfikat wraz z uzupełnieniami (również dołączonymi do oferty) obejmuje swym zakresem możliwość wykonywania remontów urządzeń, które nie były wprost wskazane w certyfikacie.

Wobec faktu, że oferta Wykonawcy Climatronic spełniała wszystkie wymagania postawione w SIWZ, Zamawiający dokonał zgodnie z ustawą Prawa zamówień publicznych oraz SIWZ wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej w zadaniach nr 2, 4 i 5.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5) Prawa zamówień Publicznych.

Z uwagi na to, że oferta Przystępującego do odwołania nie zawierała żadnych braków oraz była zgodna z postanowieniami SIWZ, Wykonawca ten nie podlegał wykluczeniu, a Zamawiający dokonał zgodnego z prawem wyboru oferty Wykonawcy Climatronic jako najkorzystniejszej w zadaniach nr 2, 4 i 5. W związku z powyższym nie było podstaw do

stosowania art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawa zamówień publicznych, czy też art. 24 ust. 4 ustawy Prawa zamówień publicznych.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) Prawa zamówień Publicznych w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3) i 5) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że jego zdaniem oferta złożona przez Wykonawcę Climatronic stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na różnice cen na te same czynności w zadaniu nr 1 i w zadaniu nr 2. Należy jednak podkreślić, że w zadaniu nr 1, które nie jest przedmiotem odwołania, Wykonawca Climatronic złożył ofertę w konsorcjum z innym wykonawcą, stąd zaoferowane ceny w tym zadaniu mogą być wyższe. Niezależnie od tego faktu stosowanie cen na poszczególne czynności jest autonomiczną decyzją każdego wykonawcy, na którą Zamawiający nie ma wpływu. W tym kontekście Zamawiający uważa, że zarzut Odwołującego, który dostrzega w złożonej przez Przystępującego do odwołania ofercie znamiona czynu nieuczciwej konkurencji nie może się ostać.

Nie można się w tej sytuacji zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, który postawił zarzut różnicowania cen przez Przystępującego do odwołania w sytuacji, w której jest to uzasadnione faktem złożenia oferty w konsorcjum z innym wykonawcą. Podkreślenia wymaga także fakt, iż to sam Odwołujący różnicuje poszczególne ceny na te same usługi lub części w zależności od zadania, na które składa ofertę. Odwołujący w przeciwieństwie do Przystępującego do odwołania nie składał oferty w konsorcjum z innym wykonawcą a występował w przetargu samodzielnie, dlatego trudno znaleźć racjonalne wytłumaczenie dla takiego postępowania Odwołującego.

Dowód 1: Zestawienie przykładowych wycen materiałów firmy TERMOSPEC .

IV. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 2 Prawa zamówień Publicznych.

Nie ma racji, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący twierdząc, że oferta Przystępującego do odwołania zawiera cenę rażąco niską. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych w sytuacji, gdy zaoferowana cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W przepisie tym zawarte jest niejako domniemanie powstania wątpliwości u zamawiającego, czy cena nie jest rażąco niska, a co za tym idzie pojawienie się obowiązku zwrócenia się o wyjaśnienie do wykonawcy w tym zakresie, w szczególności w przypadku, gdy cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia. Z uwagi

na brzmienie powyższego przepisu Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 23.11.2015 r. do Wykonawcy Climatronic o złożenie stosownych wyjaśnień. Przystępujący do odwołania złożył obszerne wyjaśnienie, w których w sposób przekonujący wskazał na aspekty, które miały wpływ na ustalenie wysokości zaoferowanych cen.

Zamawiający wskazywał, że wycena wartości zamówienia została dokonana tylko i wyłącznie na podstawie cen oferowanych przez Odwołującego i nie uwzględniała cen innych podmiotów, stąd ceny zaoferowane przez Odwołującego są zbliżone do wyceny. Rynek podmiotów świadczących usługi remontowe urządzeń klimatyzacji dla górnictwa jest hermetyczny i składa się z kilku podmiotów, co pozwala na dyktowanie tym podmiotom cen wyższych od cen rynkowych. W sytuacji, w której Zamawiający dokonuje na własną rękę zakupu danej części czy podzespołu do urządzenia klimatyzacji uzyskuje ceny znacznie niższe niż ceny dyktowane w przetargu na remont tych urządzeń, ponieważ wtedy ma dostęp do nieograniczonej ilości podmiotów. Potwierdzeniem tego stanowiska jest dołączone do niniejszej odpowiedzi na odwołanie zestawienie (dowód 2). Tylko tytułem przykładu można wskazać na pozycję „remont sprężarki z wymianą wału”. Odwołujący w swojej ofercie zaoferował cenę 55.000 zł, podczas gdy zakup nowej sprężarki wynosi 24.000 zł. Wykonawca Climatronic zaoferował za remont cenę 8.000 zł., co jest ceną realistyczną, skoro zakup nowej sprężarki to koszt 24.000 zł.

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w prawie zamówień publicznych ani w dyrektywach unijnych. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną nierealistyczną, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania (zob. komentarz do Prawa zamówień publicznych pod red. Józefa Edmunda Nowickiego, LEX 2014). W doktrynie i orzecznictwie podnosi się także, że cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku (wyrok KIO z dnia 29 września 2010 r., KIO/UZP 2004/10).

Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11.04.2013 r. (sygn. akt XIX Ga 179/13), sąd stanął na stanowisku, że „rażąco niska cena, to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych”.

Mając na uwadze powyższe stanowisko doktryny i orzecznictwa należy podkreślić, że żadna z cen zaoferowanych przez Wykonawcę Climatronic nie jest ceną rażąco niską. Co więcej zdaniem Zamawiającego ceny zaoferowane przez obu wykonawców tj. przez Odwołującego oraz Przystępującego do odwołania są cenami wyższymi od cen rynkowych. Reasumując, w celu właściwej kwalifikacji ceny oferty, czy jest ona rażąco niska Zamawiający powinien odnieść ją do cen rynkowych występujących w chwili badania oferty.

Dowód 2: Zestawienie przykładowych wycen materiałów firm CLIMATRONICJERMOSPEC oraz rzeczywistych cen rynkowych.

Ceny zaoferowane przez Wykonawcę Climatronic nie są w ocenie Zamawiającego cenami nierealistycznymi ani nierynkowymi. Świadczy o tym także fakt, iż Wykonawca ten świadczył już wcześniej usługi na rzecz Zamawiającego w cenach zaoferowanych w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania. W żadnym przypadku nie jest do przyjęcia twierdzenie, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Climatronic jest ceną poniżej kosztów. Także w tym kontekście nie może ostać się twierdzenie Odwołującego, iż oferta Przystępującego do odwołania zawiera cenę rażąco niską.

Dowód 3: umowa nr 061500494 z dnia 30.03.2015 r., umowa nr 121501133 z dnia 01.06.2015 r., umowa nr 121501838 z dnia 15.10.2015 r.

Raz jeszcze należy podkreślić że, w celu właściwej oceny, czy cena oferty jest rażąco niska Zamawiający nie powinien odnosić jej do wartości wyceny, tylko do cen rynkowych występujących w chwili badania oferty. Potwierdzeniem tego jest jedno z postępowań przetargowych prowadzonych przez Zamawiającego na remont dwóch chłodziń, nie objęte stosowaniem ustawy Prawa zamówień publicznych. W postępowaniu tym przyjęta wycena wynosiła 130.000,00 zł, natomiast w wyniku przeprowadzonej licytacji, w której udział wzięli Odwołujący i Przystępujący do odwołania ostateczna uzyskana cena wyniosła 45.000,00 zł. i była o 65% niższa od wyceny. Cena ta została zaoferowana przez Wykonawcę Climatronic, i usługa została w tej cenie wykonana. Odwołujący w tym postępowaniu zaoferował cenę 47.000,00 zł.

Dowód 4: protokół nr 1/12150249/TGN/15 z przetargu na remont dwóch chłodziń wyparnych wody typu CWW 420 produkcji TERMOSPEC dla JSW S.A. KWK „Knurów-Szczygłowice”.

Analizując przedmiotową sprawę Zamawiający konkludował, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący do odwołania są podmiotami od wielu lat startującymi w różnych przetargach prowadzonych przez Zamawiającego i zawsze realizują zamówienia po cenach ustalonych w danym postępowaniu. Trudno w tym kontekście przypuszczać, aby akurat w tym

postępowaniu Zamawiający miał do czynienia z ceną rażąco niską, skoro jak wynika z powyższego były już postępowania prowadzone przez Zamawiającego, w których uzyskiwane ceny były sporo niższe niż wycena. Tylko odniesienie zaoferowanych cen do cen rynkowych pozwala na obiektywne stwierdzenie, czy zaoferowana cena jest rażąco niska, czy nie jest.

V. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień Publicznych.

Skoro Zamawiający dokonał wszystkich czynności w toku prowadzonego postępowania zgodnie z prawem, nie można czynić mu zarzutu, że postępowanie było prowadzone niezgodnie z dwoma podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych: zasadą uczciwej konkurencji oraz zasadą równego traktowania wykonawców.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła I.D., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Climatronic I.D., której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałyby odrzucona bądź zostałyby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w częściach nr 2, 4 i 5 zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić. Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego.

I tak, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień Publicznych, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. IX.B.1. SIWZ Wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, winien wykazać się niezbędną wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonania lub wykonywania remontu lub serwisu

urządzeń klimatyzacji produkcji: TERMOSPEC - dla zadania nr 2 oraz WAT/GFW - dla zadań nr 4 i 5, o wartości netto co najmniej: 300.000 zł - dla zadania nr 2 oraz po 500.000 zł - dla zadań nr 4 i 5 w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Jednak nie ma racji Odwołujący wywodząc, że przy składaniu ofert na więcej, niż jedną część, należy spełnić warunki łącznie dla tych części. Zamawiający wskazał bowiem w SIWZ, iż „Ze względu na możliwość składania ofert częściowych Zamawiający informuje, że w przypadku złożenia oferty na dwa lub więcej zadań, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się spełnieniem warunku o wyższej wartości netto.”

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że wobec powyższego wystarczającym do spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w całym postępowaniu, w przypadku złożenia ofert na zadania 2, 4 i 5 jest wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia dla zadania 4 lub 5, ponieważ wartości wskazane w obu tych warunkach są wyższe (po 500.000 zł) niż wartość wskazana w warunku dla zadania 3 (300.000 zł). Zgodnie z brzmieniem warunku w SIWZ Wykonawca Climatronic dołączył do swojej oferty wykaz wykonanych zamówień wraz z odpowiednimi poświadczeniami (str. 13-18 oferty) w zakresie zadania 4.

Ponieważ do oferty Wykonawcy Climatronic dołączono na str. 15 oferty kserokopię protokołu odbioru urządzenia na potwierdzenie wykonania zamówienia wskazanego w poz. 3 wykazu, z którego nie wynikało, że zamówienie zostało wykonane należycie, Zamawiający zwrócił się do tego Wykonawcy o uzupełnienie oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawa zamówień publicznych. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca Climatronic przysłał referencje wystawione przez Kompanię Węglową KWK Halemba-Wirek, z których i wynika, że zamówienie wskazane w poz. 3 wykazu zostało wykonane należycie.

Na tej podstawie Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo uznał, że Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Co do twierdzenia Odwołującego, iż jego zdaniem Wykonawca Climatronic nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu z uwagi na dołączony do oferty Certyfikat Zdolności Wykonywania Remontów nr TEST/9R/2012, Izba ustaliła, co następuje: Zamawiający wymagał zgodnie z pkt. 111.10 załącznika nr 1 do SIWZ, aby do oferty dołączyć oświadczenie, że składający ofertę wykonawca jest producentem maszyn i urządzeń albo autoryzowanym przedstawicielem producenta albo posiada ocenę zdolności do wykonania remontów maszyn i urządzeń będących przedmiotem zamówienia, wydaną przez akredytowaną jednostkę certyfikującą. Zamawiający zauważał w odpowiedzi na odwołanie, że Zamawiający wymagał powyższych dokumentów nie na potwierdzenie

spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, jak twierdził Odwołujący, a na potwierdzenie, że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Ponieważ z dołączonego do oferty Przystępującego do odwołania certyfikatu nie wynikało aby wykonawca posiadał zdolność do wykonywania remontu wszystkich urządzeń objętych zakresem przedmiotu zamówienia, na który złożył ofertę, Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Przystępujący przedłożył wyjaśnienie jednostki wystawiającej certyfikat dołączony do oferty, z którego wynika, że przedmiotowy certyfikat wraz z uzupełnieniami (również dołączonymi do oferty) obejmuje swym zakresem możliwość wykonywania remontów urządzeń, które nie były wprost wskazane w certyfikacie. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego prezentowane na rozprawie, że nie miał on podstaw do badania prawidłowości wydania certyfikatu. Dokument był zgodny z wymaganiami SIWZ i został wydany przez uprawnioną jednostkę.

W konsekwencji w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że Przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, w konsekwencji nie doszło do naruszenia ani art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, ani 89 ust. 1 pkt 5) Prawa zamówień Publicznych.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego art. 89 ust. 1 pkt 3) Prawa zamówień Publicznych w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3) i 5) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez podanie różnych cen na te same czynności w zadaniu nr 1 (nie objętego odwołaniem) i w zadaniu nr 2, Izba nie dopatrzyła się naruszeń wskazanych przepisów. Słusznie zauważał Zamawiający, że w zadaniu nr 1 Przystępujący złożył ofertę w konsorcjum z innym wykonawcą, co mogło mieć wpływ na zaoferowane ceny. Zamawiający również wskazał, że sam Odwołujący różnicuje poszczególne ceny na te same usługi lub części w zależności od zadania, na które składa ofertę, a w przeciwieństwie do Przystępującego do odwołania nie składał oferty w konsorcjum z innym wykonawcą, a występował w przetargu samodzielnie. Izba nie dopatrzyła się również niedozwolonej manipulacji w podawaniu cen dla poszczególnych czynności, w zależności od tego, czy będą one oceniane, czy nie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 2 Prawa zamówień Publicznych również w ocenie Izby nie może zostać uwzględniony. Nie było sporne, że Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 23.11.2015 r. do Wykonawcy Climatronic o złożenie wyjaśnień w zakresie ceny. Przystępujący do odwołania złożył obszernie wyjaśnienia, w których, w ocenie Izby, w sposób przekonujący wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską; zaoferowane ceny są cenami rynkowymi, i są niższe od cen

proponowanych przez dotychczasowego monopolistę – Odwołującego. Dodatkowo w piśmie z dnia 8 stycznia 2016 r. Przystępujący wskazywał na obniżające się ceny surowców.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający oświadczył, że wycena wartości zamówienia została dokonana przez niego tylko i wyłącznie na podstawie cen oferowanych przez Odwołującego i nie uwzględniała cen innych podmiotów, stąd ceny zaoferowane przez Odwołującego są zbliżone do oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie zestawienie przykładowych wycen materiałów firm CLIMATRONIC i TERMOSPEC oraz rzeczywistych cen rynkowych, z którego wynika, że ceny zaoferowane w postępowaniu są wyższe od cen rynkowych. Ponadto Przystępujący świadczył już wcześniej usługi na rzecz Zamawiającego w cenach zaoferowanych w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania. Odwołujący nie zakwestionował skutecznie powyższych okoliczności.

W konsekwencji w ocenie Izby, nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Prawa Zamówień Publicznych ani do innych naruszeń wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono, jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....