

Sygn. akt: KIO 608/16

WYROK
z dnia 6 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: R.Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ALLGAST” R.J., Akademia Sztuki Kulinarnej QLINARIO, ul. Gdańska 145, 85-022 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa 4228 Kraków, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zadania nr 1 i 2 i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 1 i 2, w tym:
 - a) dokonanie badania i oceny dokumentów złożonych w ramach uzupełnienia przez wykonawcę: R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ALLGAST” R.J., Akademia Sztuki Kulinarnej QLINARIO oraz wezwanie do wyjaśnienia treści dokumentów złożonych przez ww. wykonawcę na potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania SIWZ zarówno w zadaniu nr 1 jak i 2, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp;
 - b) wezwanie wykonawcy: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe PAG G. K.-P. do wyjaśnienia treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania przez oferowany w zadaniu nr 1 wymagań określonych w SIWZ, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp;
2. oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu w odniesieniu do zadań nr 1, 5 i 6.

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Jednostka Wojskowa 4228 Kraków, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków, i:**
- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ALLGAST” R.J., Akademia Sztuki Kulinarnej QLINARIO, ul. Gdańska 145, 85-022 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **19 198 zł 43 gr** (dziewiętnaście tysięcy sto dziewięćdziesiąt osiem złotych czterdzieści trzy grosze) od zamawiającego: **Jednostka Wojskowa 4228 Kraków, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków** na rzecz wykonawcy **R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ALLGAST” R.J., Akademia Sztuki Kulinarnej QLINARIO, ul. Gdańska 145, 85-022 Bydgoszcz** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., 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 Krakowie.**

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Dostawa sprzętu gastronomiczno-chłodniczego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 stycznia 2016 r. pod nr 2016/S 011-014887. Zamówienie zostało podzielone na 10 części (zadań).

Wykonawca: R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ALLGAST” R.J., Akademia Sztuki Kulinarnej QLINARIO z siedzibą w Bydgoszczy wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach zadań 1, 2, 5 i 6 przedstawiając następujące zarzuty:

I. Część nr 1 zamówienia:

1. zaniechanie czynności na podstawie art 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 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) oraz naruszenie art. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez nie wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia bądź uzupełnienia, w wyznaczonym terminie, dokumentów załączonych do oferty (kart katalogowych) i odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przyjmując, iż karty katalogowe mogą stanowić integralną część formularza cenowego i jako takie nie podlegają, wyjaśnieniu bądź uzupełnieniu oraz nieuwzględnienie uzupełnionych i przesłanych do Zamawiającego przez Odwołującego bez wezwania uzupełnionych kart katalogowych;
2. zaniechanie czynności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. nie odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PAG G. K.-P. pomimo, iż oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zaoferowane modele „Zmywarki kapturowej FAGOR AD 125 I Zmywarki do mycia garnków FAGOR LUP 60H” nie spełniają wymagań SIWZ;
3. zaniechanie czynności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. nie odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PAG G. K.-P. pomimo, iż oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż nie załączono do niej kart katalogowych lecz własne opracowania WTT dokonane przez ww. wykonawcę, co Zamawiający wyraźnie wykluczył w wyjaśnieniu treści SIWZ z dnia 5 lutego 2016 r.;
4. zaniechanie czynności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp, tj. nie odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PAG G.

K.-P. pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wezwany do udzielenia wyjaśnień wykonawca w żaden sposób nie udowodnił, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia: to 664.000,00 zł brutto, a cena oferty to jedynie 378.820,32 zł brutto (ponad 43% niższa od wartości zamówienia).

II. Część nr 2 zamówienia:

- zaniechanie czynności na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp oraz w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 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) oraz naruszenie art. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez nie wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia bądź uzupełnienia dokumentów załączonych do oferty (kart katalogowych) a odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ, przyjmując, iż karty katalogowe mogą stanowić integralną część formularza cenowego i jako takie wyjaśnieniu bądź uzupełnieniu nie podlegają.

III. Część nr 5 zamówienia:

1. zaniechanie czynności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, tj. nie odrzucenie ofert złożonych przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „PAG” G. K.-P., „IGLOO” W. W., pomimo, iż ww. wykonawcy nie przedstawili, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, żadnych dowodów oraz informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanych cen.

2. zaniechanie czynności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. nie odrzucenie oferty złożonej przez „IGLOO” W. W. pomimo, iż oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zaoferowany model krajalnicy A- 812T został wycofany z produkcji, bez możliwości zakupu u producenta, a wykonawca załączył do oferty katalog krajalnicy A-812T oraz deklarację zgodności nowej innej krajalnicy A2- 812T, a więc złożył ofertę wariantową. Krajalnica A2-812T jest niezgodna z wymaganiami SIWZ.

IV. Część nr 6 zamówienia:

1. zaniechanie czynności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, tj. nie odrzucenie oferty złożonej przez INVEST HORECA BISTRO M. G. pomimo, iż wykonawca nie przedstawił, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, żadnych dowodów oraz informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;

2. zaniechanie czynności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. nie odrzucenie oferty złożonej przez „IGLOO” W. W., INVEST HORECA BISTRO M. G., pomimo, iż oferty ww. wykonawców nie odpowiadają treści SIWZ, gdyż zaoferowane modele „Patelni elektrycznej o powierzchni do 0,4 m²” nie spełniają wymagań SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. W zadaniu nr 1 unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia oceny ofert oraz odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowe PAG G. K.-P..
2. W zadaniu nr 2 unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia oceny ofert.
3. W zadaniu nr 5 unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia oceny ofert oraz odrzucenia ofert Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „PAG” G. K.-Pa oraz „IGLOO” W. W..
4. W zadaniu nr 6 unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia oceny ofert oraz odrzucenia ofert INVEST HORECA BISTRO M. G. oraz „IGLOO” W. W..
5. Obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący został poinformowany w dniu 14 kwietnia 2016 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej w poszczególnych zadaniach oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w zadaniu nr 1 i 2. Odwołujący wyjaśnił, że ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia w Części nr 1, 2, 5 i 6 w przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, tym samym ma interes w uzyskaniu zamówienia, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Zadanie nr 1

Ad. 1

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, wskazując, że zgodnie z załącznikiem nr 1 (WTT) do SIWZ moc oferowanego urządzenia powinna mieścić się w przedziale od 8,0 kW do 16,0 kW (zmywarka kapturowa) natomiast wykonawca zaproponował zmywarkę o standardowej mocy 7,0 kW, co potwierdził załączoną do oferty kartą katalogową, w związku z czym, oferta ta jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że stwierdzenie powyższe jest nieprawdziwe, gdyż zaoferowane urządzenie ma moc znacznie wyższą. Zamawiający żądał w WTT mocy 8,0-16,0 oraz zasilania zmywarki wodą zimną o temperaturze 5 stopni C, tj. znacznie poniżej temperatur, jakie oferują wszystkie seryjne i standardowe zmywarki produkowane przez wszystkich producentów. Standardowo produkowane są zmywarki zasilane wodą zimną o temperaturze standardowej pokojowej od 10-20 stopni C. W tym postępowaniu należało zaoferować specjalną zmywarkę z grzałką w bojlerze o większej mocy, aby maszyna mogła ogrzewać wodę o temp. 5C. Odwołujący zaoferował ponadstandardową skonfigurowaną zmywarkę o mocy grzałki bojlera 6,15 kW, podczas gdy sama zmywarka posiada moc 7,0 kW. Należy zsumować 6,15kW + 7,0kW i to daje moc całej zmywarki.

Zamawiający powinien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy treścią oferty, tj. wyraźnym oświadczeniem, iż oferowane urządzenia spełniają

wymogi SIWZ a treścią katalogów (zrobił tak w zadaniu nr 3 na dostawę szaf chłodniczych gdzie zwracał się z pytaniem dotyczącym wagi urządzenia, rodzaju czynnika chłodniczego, wymiarów urządzenia, chociaż w WTT nie było wymagań co do tych parametrów).

Powodem dla którego Zamawiający nie zwrócił się o wyjaśnienie wątpliwości był prawdopodobnie fakt, iż karty katalogowe zostały uznane przez Zamawiającego za integralną część formularza cenowego i jako takie nie podlegają uzupełnieniu czy wyjaśnieniu, co jest niezgodne z art.26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp oraz w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wypracowało jednolite i konsekwentne stanowisko, iż karty katalogowe „są dokumentami przedmiotowymi i mieszczą się w katalogu dokumentów z art. 25 Pzp, zatem są to dokumenty uzupełnialne w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Nie ulega zatem wątpliwości, iż Zamawiający obowiązany jest do wezwania do uzupełnienia tych dokumentów (w razie ich niezłożenia lub gdy dokumenty te są obciążone błędem). Jednak zauważyć należy, że dokumenty przedmiotowe poza zasadniczym celem, tj. potwierdzeniem spełniania przez oferowane usługi wymogów określonych przez zamawiającego, mogą wskazywać na konkretnie zaoferowany produkt.” (wyrok KIO z dnia 25 maja 2015 r. o sygn. 965/15).

Ad. 2

W dniu 30 marca 2016 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z pismem informującym m.in., iż oferta Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego PAG G. K.-P. dot. „Zmywarki kapturowej AD 125 i zmywarki do mycia garnków FAGOR LUP 60H” nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, gdyż oferowane zmywarki:

- nie posiadają czujników kontrolujących obecność filtrów i uniemożliwiających uruchomienie maszyny w przypadku ich nieobecności (nie wyświetli na panelu błędu braku filtra);
- nie posiadają możliwości monitorowania braku detergentu myjącego na elektronicznym panelu;
- nie posiadają możliwości zasilania zimną wodą o temperaturze 5st.C. Maszyna, wg zaleceń producenta zawartych w oryginalnych (polskich) katalogach i kartach technicznych oraz w informacjach zawartych na stronie internetowej producenta, zaleca zasilanie wodą 50-60st.C. Maszyny do mycia naczyń, które wg żądań Zamawiającego muszą posiadać możliwość zasilania wodą zimną o temperaturze do 5°C, także wszystkich innych producentów, muszą być specjalnie skonfigurowane i zbudowane do takiej wody z mocniejszymi niż standardowe pompy i zwłaszcza grzałkami bojlera i komory myjącej.
- wskazana została nieprawdziwa wysokość zmywarki FAGOR AD 125.

Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do wyjaśnienia jedynie części ww. wątpliwości. Udzielona odpowiedź, pismo z dnia 13 kwietnia 2016 r. w oparciu o pismo producenta, nie wyjaśnia wszystkich wątpliwości, a w szczególności nie odpowiada na

wskazanie braku czujników kontrolujących obecność filtrów powierzchniowych i uniemożliwiających uruchomienie maszyny w przypadku ich nieobecności. Zamawiający zaniechał zwrócenia się do producenta na adres ogólne dostępny i pozbawił się rzetelnej i zgodnej z prawdą informacji. Odwołujący zwrócił się do producenta FAGOR i uzyskał odpowiedź, iż maszyny oferowane przez PAG w postępowaniu nie posiadają funkcji opisanych w SIWZ i nie ma możliwości dołożenia ich do standardowych maszyn. Znajdująca się w aktach postępowania dokumentacja wyraźnie wskazuje, iż oferowane zmywarki nie spełniają wymagań zawartych w SIWZ, a tym samym oferta powinna zostać odrzucona. (pismo Odwołującego z dnia 30 marca 2016 r., treść WTT „Wymagania dotyczące eksploatacji” pkt 5, odpowiedź Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego PAG G. K.- P. z dnia 13 kwietnia 2016 r., odpowiedź producenta FAGOR o braku poszczególnych ważnych funkcji i niezgodnościach zmywarek z SIWZ).

Ad. 3

W wyjaśnieniu treści SIWZ z dnia 5 lutego 2016 r. Zamawiający na pytanie: „Czy Zamawiający dopuszcza złożenie zamiast katalogu z oferowanym modelem urządzenia, opracowania własnego katalogu polegającego na skopiowaniu z SIWZ i WTT opisu żądanych parametrów urządzenia i wklejenie ich na czystą stronę wraz ze zdjęciem urządzenia lub bez zdjęcia i załączeniem takiego katalogu urządzenia?” udzielił odpowiedzi, iż „Zamawiający nie wyraża zgody”.

Analiza treści oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe PAG G. K.- P.a wskazuje, iż nie dołączono do oferty karty katalogowej, a jedynie zapis skopiowany i podpisany z SIWZ oraz WTT. Treść jest tożsama, brak wskazania konkretnych w takich wypadkach wymiarów, konkretnej mocy urządzenia (katalog techniczny urządzenia mechanicznego zawsze zawiera konkretne wymiary, moc, a nie przybliżone, czy wyrażone określeniem „do”, „nie więcej” lub „maksymalnie”). Zamawiający wie, iż informacje podane w katalogu są nieprawdziwe, a ich treść ma na celu wyłudzenie zamówienia.

Ad. 4

Pismem z dnia 18 marca 2016 r. Zamawiający wezwał Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe PAG G. K.-P.a do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zadaniach nr 1 i 5. Zaoferowana cena jest o 30 % niższa od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert. Zamawiający wyraźnie wskazał, iż złożone wyjaśnienia powinny być dokładne i skrupulatne oraz, że należy dołączyć do nich dowody. Należało wskazać wszystkie czynniki mające wpływ na zaoferowaną cenę. Zamawiający wyraźnie też określił skutek, jaki będzie miało niezłożenie wyjaśnień czy uznanie wyjaśnień za nieprzekonujące, tj. odrzucenie oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca złożył pismo z dnia 22 marca 2016 r., w którym oświadczył, że uzyskał korzystne warunki handlowe, a oferowana cena zawiera w sobie odpowiedni zysk, jak również odpowiednie koszty pracy.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca „PAG” nie podołał obowiązkowi wykazania, że oferta (dot. zadań nr 1 i 5) nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym oferta ta winna podlegać odrzuceniu. Odwołujący, jako wieloletni uczestnik rynku dysponuje wiedzą oraz dokumentami, niezbędnymi do podjęcia merytorycznej polemiki z zaoferowaną ceną (np. wskazania na niemożliwość pozyskania zaoferowanych maszyn w określonych cenach, nieadekwatność kosztów transportu do rzeczywistych potrzeb itd.), jednak brak wskazania jakichkolwiek elementów cenotwórczych lub dokumentów uniemożliwia odniesienie się do zaoferowanych cen.

Zadanie nr 2

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie *art.* 89 ust 1 pkt 2 Pzp, gdyż zgodnie z załącznikiem nr 1 (WTT) do SIWZ wymagań dodatkowych, oferowane urządzenie (piec konwekcyjno-parowy) powinno posiadać wyposażenie dodatkowe w postaci Pojemników GN z uchwytyami chowanymi, wykonawca w złożonej ofercie oraz przedstawionych katalogach i specyfikacji urządzenia nie przedstawił żadnej informacji na temat dodatkowego wyposażenia (pojemniki GN), zgodnie z zapisami rozdziału iii pkt 3 SIWZ - katalog urządzenia ma zawierać informacje o wszystkich wymaganiach i parametrach technicznych; w związku z czym oferta wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Również w przypadku tego zadania Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia bądź uzupełnienia kart katalogowych, a dopiero później zdecydować o odrzuceniu oferty. Argumentacja przytoczona w pkt 1 do Zadania nr 1 jest właściwa również w przypadku tego zarzutu. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy oferującego takie same urządzenia jak Odwołujący, za cenę wyższą o blisko 100 000 PLN od ceny Odwołującego, co należy uznać za wyjątkową niegospodarność.

Odwołujący bez wezwania uzupełnił treści kart katalogowych w dniu 30.04.2016, a więc przed ogłoszeniem wyników, co Zamawiający zbagatelizował i pozostawił bez rozpatrzenia.

Zadanie nr 5.

Ad.1

W ramach Zadania nr 5 Zamawiający skierował do wykonawców: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PAG G. K.-P.a, „IGLOO” W. W., wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty.

W odniesieniu do wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PAG G. Króci-P.a argumentacja podniesiona została powyżej.

Wykonawca „IGLOO” W. W. wyjaśnił, iż zaoferował cenę netto o około 1000,00 zł niższą niż cena netto z katalogu producenta, jednocześnie powołując się na otrzymany rabat, którego nie udokumentował ani nie udowodnił, wobec czego można stwierdzić, iż oferowana cena (w świetle złożonych wyjaśnień) jest ceną ewidentnie dumpingową, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bądź jest ceną rażąco niską.

Ad.2

Wykonawca „IGLOO” W. W. zaoferował krawalnicę żywności automatyczną model A812T, podczas gdy producent takich krawalnic już nie produkuje tego modelu i nie ma możliwości ich dostarczyć. Na potwierdzenie zgodności z SIWZ wykonawca IGLOO załączył deklarację zgodności dla innej krawalnicy, tj. A2-812T. co wyczerpuje znamiona oferty wariantowej i nie spełnia wymagań SIWZ.

Zadanie nr 6

Ad. 1

Wykonawca „INVEST HORECA BISTRO” M. G. w złożonych na wezwanie Zamawiającego, wyjaśnieniach podał, iż zaoferował cenę netto niższą niż cena netto z katalogu producenta, jednocześnie powołując się na otrzymany rabat, którego wysokości nie udowodnił, wobec czego można stwierdzić, iż oferowana cena jest ceną dumpingową, a tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bądź jest ceną rażąco niską. Załączonym wyliczeniem, gdzie wykonawca wykazał zysk jednostkowy 269,50 zł, co daje zysk na poziomie 6,5%, przy założeniu dostaw do jednostek w całej Polsce, przeprowadzenie szkoleń jednodniowych w każdej z nich, serwisu przez kilka lat, sam daje powód, aby uznać jego ofertę za rażąco niską.

Ad. 2

Wykonawca „INVEST HORECA BISTRO” M. G. zaoferował model „Patelni elektrycznej o powierzchni do 0,4 m²” nie spełniający wymogów SIWZ. W WTT Zamawiający wymagał, iż zaoferowana „Patelnia” ma posiadać „Kran do napełniania miski grzewczej wodą, umieszczony z przodu patelni”. Z treści oferty ww. wykonawcy wynika, iż w zaoferowanym produkcie taki kran nie występuje. Karta techniczna uzupełniająca do katalogu zawiera informację: „przyłącze wody, napełnianie miski TAK”, która informuje jedynie o możliwości napełniania miski patelni wodą, ale nie precyzuje sposobu napełniania. Podany w ofercie model patelni produkowany standardowo nie posiada kranu do napełniania miski wodą. Ponadto, wykonawca nie wykazał zbudowania dna komory patelni ze stali nierdzewnej o grubości 10 mm lub żeliwa.

Wykonawca „IGLOO” W. W. zaoferował model „Patelni elektrycznej o powierzchni do 0,4 m²” również nie spełniający wymogów SIWZ, określonych powyżej. Instrukcja obsługi urządzenia także nie odnotowuje możliwości podłączenia wody do patelni, lub możliwości

umieszczenia kranu z przodu urządzenia. Ponadto, wykonawca nie wykazał zbudowania dna komory patelni ze stali nierdzewnej o grubości 10 mm lub żeliwa.

Zamawiający pismem z dnia 4 maja 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących części nr 1, 2 i 6 zamówienia. Uwzględnił jeden z zarzutów dotyczących części nr 5 i unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzył czynności badania i oceny ofert w Zadaniu nr 5.

W zakresie zarzutów podniesionych do Części nr 1 zamówienia, Zamawiający wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt III ppkt 3 załączenia przez wykonawców jako integralnej części formularza cenowego katalogu z oferowanym modelem urządzenia. Katalog miał zawierać informacje o wszystkich wymaganiach i parametrach technicznych. W zakresie, w którym katalog nie zawierał opisu wyszczególnionych danych należało je odrębnie wyspecyfikować i załączyć wraz z katalogiem. Zamawiający zastrzegł również, że w przypadku, gdy parametry określone w katalogu będą niezgodne lub gorsze niż wymagane przez Zamawiającego oraz gdy wykonawca nie załączy wymaganego katalogu oferta zostanie odrzucona, jako niezgodna z SIWZ.

Odwołujący załączył do oferty karty katalogowe, a następnie bez wezwania do uzupełnienia, pismem z dnia 24 lutego 2016 r. przesłał Zamawiającemu „informację uzupełniającą do złożonych kart katalogowych. Zdaniem Zamawiającego, w ten sposób Odwołujący rozszerzył zakres złożonej oferty. Zamawiający uznał, że karty katalogowe, jako tzw. dokumenty przedmiotowe podlegają uzupełnieniu wówczas gdy zawierają błędy. Ze złożonej przez Odwołującego karty katalogowej wynikało, że zaoferowana zmywarka kapturowa posiada moc 7 kW, co jest niezgodne z wymaganiem SIWZ (8-16kW). Skoro oferta była w sposób „jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny” niezgodna z SIWZ, to Zamawiający odstąpił od wzywania wykonawcy do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, które miały potwierdzać spełnienie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, oferta złożona w Części nr 1 zamówienia przez wykonawcę P.H.-U. PAG G. K.-P.a odpowiada wymogom określonym w specyfikacji, co wynika z kart katalogowych i specyfikacji pozostałych parametrów technicznych złożonych na str. 8-22 oferty. Wykonawca złożył wymagane karty katalogowe na str. 8 i 16 oferty.

Zamawiający nie naruszył także przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1, 2, 3 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że ustalił wartość zamówienia na kwotę 539 837,40 zł, co stanowi 664 000,00 zł brutto (z podatkiem VAT). W wyniku porównania oferty P.H.-U. PAG G. K.-P.a z innymi ofertami, cenami rynkowymi, Zamawiający ustalił, że cena tej oferty nie odbiega od realnej rynkowej wartości zamówienia. Ww. wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w dniu 18 marca 2016 r., wyjaśnienia złożył w

dniu 21 i 22 marca 2016 r. Zdaniem Zamawiającego, wyjaśnienia dotyczące co najmniej wskazanych elementów i współpracy wykonawcy z producentami urządzeń pozwoliły mu na ocenę rzetelności prezentowanych kalkulacji. Kalkulacje różnych wykonawców pozostawały na porównywalnym poziomie. To Odwołujący powinien wykazać, że dany wykonawca wykona przedmiot zamówienia za cenę poniżej kosztów przedsiębiorcy, czego odwołujący nie wykazał.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego Zadania nr 2 Zamawiający podtrzymał argumentację, jaką przedstawił w zakresie zadania nr 1, co do braku możliwości uzupełnienia lub wyjaśnienia kart katalogowych złożonych w ofercie. Odwołujący nie przedstawił w ofercie szczegółowego opisu urządzenia, nie wykazał więc, że zaoferowany piec jest wyposażony w pojemniki GN. Nieprawdą jest, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza oferuje taki sam piec, jak Odwołujący. Są to piece HENDI o innym symbolu modelu. Zamawiający miał wątpliwości co do oryginalności karty katalogowej złożonej przez Odwołującego, wskazującej inne parametry niż podane na stronie internetowej producenta w odniesieniu do oferowanego pieca o symbolu 225585.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących Zadania nr 5 Zamawiający wyjaśnił, że nie wystąpiły przesłanki do uznania ceny oferty P.H.-U. PAG G. K.-P.a oraz IGLOO W. W. za rażąco niskie. Zamawiający wyjaśnił, że ceny przewyższają wartość zamówienia, choć są niższe od średniej ceny wszystkich ofert. Średnia cena ofert została w istotny sposób zawyżona przez dwie oferty zawierające znacznie zawyżone ceny. Wszystkie pozostałe oferty są dokładnie na tym samym poziomie (8765,00 zł, 8800,00 zł, 8712,00 zł za krajalnicę). W roku poprzednim cena za krajalnicę typu A812T wyniosła 8820,00 zł. Co do niezgodności treści ofert IGLOO W. W. z treścią SIWZ Zamawiający uwzględnił zarzut jako uzasadniony.

W zakresie Zadania nr 6 Zamawiający wskazał, że wykonawca INVEST HORECA BISTRO M. G. udzielił wyczerpujących wyjaśnień na wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca zaoferował patelnię firmy Kromet model 000.PE-40P, która spełnia wymagania SIWZ, co potwierdza karta katalogowa przygotowana przez producenta pod kątem przetargu oraz wyjaśnienie zapisów w tej karcie przesłane pocztą mailową. Producent potwierdził, że na potrzeby przetargu patelnia została specjalnie przystosowana do jego wymogów (tj. w wersji z kranem), a oznaczenie patelni w ofercie Odwołującego (000.PE-40PE0 nie jest oznaczeniem producenta. Cena netto na oferowany model patelni wynosi 3965,50 zł (na 20 szt.). W zamówieniu ubiegłorocznym cena ta wynosiła 4225,00zł (dla 4 szt.), gdzie w cenę było wliczone szkolenie personelu, co potwierdza treść umowy nr 487 z dnia 10 sierpnia 2015 r.

W ofercie firmy IGLOO przedstawiono katalog patelni APTE 02, która spełnia wymagania SIWZ, co potwierdza treść katalogu (cena 4050,00zł) (str. 108-113 oferty).

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący miałby w tej sytuacji możliwość uzyskania zamówienia w Zadaniu nr 1, 2, 5 i 6.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w pkt VII lit. C Zamawiający zawarł postanowienie „w celu potwierdzenia, że oferowany do dostawy sprzęt gastronomiczno-chłodniczy spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego, do oferty obowiązkowo należy załączyć:

1. Atest PZH lub dokument równoważny stosowany w krajach Unii Europejskiej. Wykonawca winien załączyć do oferty atest PZH dla zadania 3, 4, 7, 8, pozostałe zadania nie wymagają jego posiadania.
2. Oświadczenie o zgodności parametrów oferowanego wyrobu z zapisami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia (oświadczenie znajduje się w pkt 4 druku OFERTA).

W pkt VIII SIWZ Zamawiający wskazał „Oprócz dokumentów wymienionych w rozdziale VII należy przedłożyć:

1. Wypełniony druk OFERTA – załącznik 2 do specyfikacji. (...)
2. Wypełniony formularz cenowy – załącznik nr 6 do specyfikacji (w zakresie zadań, których realizację wykonawca oferuje) oraz katalog z oferowanym modelem urządzenia, stanowiący integralną część formularza cenowego.

W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający dla każdego zadania opisał przedmiot zamówienia, określając: przeznaczenie, wymagania konstrukcyjne, wymagania techniczne, wymagania dotyczące eksploatacji, wyposażenie dodatkowe, wymagania dodatkowe, oraz normy związane.

Zarzuty dotyczące Części nr 1 i nr 2 zamówienia w zakresie naruszenia art 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp oraz w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 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) oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez nie wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia bądź uzupełnienia, w wyznaczonym terminie, dokumentów załączonych do oferty (kart katalogowych) oraz odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z wymaganiami zawartymi w SIWZ, w wyniku przyjęcia, że karty katalogowe mogą stanowić integralną część formularza cenowego i jako takie nie podlegają wyjaśnieniu bądź uzupełnieniu, a także nieuwzględnienie uzupełnionych i przesłanych do Zamawiającego przez Odwołującego bez wezwania do wyjaśnienia uzupełnionych kart katalogowych.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w Zadaniu nr 1 na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, wskazując, że zgodnie z załącznikiem nr 1 (WTT) do SIWZ moc zaoferowanej zmywarki kapturowej powinna mieścić się w przedziale od 8,0 kW do 16,0 kW, podczas gdy ze złożonej karty katalogowej wynika, że „Wykonawca zaproponował zmywarkę o standardowej mocy 7,0 kW (...)”.

Jak wyjaśnił Zamawiający, w związku z niestandardowymi wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi parametrów technicznych urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia w tym postępowaniu (w tym zmywarek) należało zaoferować specjalną zmywarkę o wyższej mocy niż standardowa. Zmywarka musiała mieć grzałkę w bojlerze o większej mocy, aby maszyna mogła ogrzewać wodę o temp. 5st. C. Przyznały to obie strony postępowania. Zamawiający przyznał również, że karty katalogowe oferowanych urządzeń nie mogły potwierdzać wszystkich parametrów technicznych ze względu na specyficzne wymagania Zamawiającego, dlatego dopuścił on możliwość potwierdzenia wymaganych parametrów technicznych opisem urządzenia opracowanym przez wykonawcę.

Izba stoi na stanowisku, że dokumenty takie jak karty katalogowe, opisy, certyfikaty stanowią dokumenty, które mają na celu potwierdzenie spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, tj. są to dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp i § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zauważyć należy, że dokumenty te nie mogą być wymagane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w innym celu niż wskazany w ustawie. Skoro zatem Zamawiający wymagał złożenia takich dokumentów, to ze wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z przepisów ustawy, a zatem m.in. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zakresie procedury uzupełniania tych dokumentów, jak i wyjaśniania ich treści. Zamawiający nie może w SIWZ nadać tym dokumentom innego znaczenia, niż to które wynika z przepisów ustawy Pzp. Zamawiający nie może zatem przyjąć, wbrew ustawie Pzp, że stanowią one stricte treść oferty i nie podlegają uzupełnieniu lub wyjaśnieniu. Zaznaczyć przy tym należy wyraźnie, że uzupełnienie lub wyjaśnienie ww. tzw. dokumentów przedmiotowych nie może prowadzić

do zmiany treści oferty. Wobec powyższego, jeśli złożone w ofercie dokumenty przedmiotowe potwierdzają rodzaj, typ, model oferowanego urządzenia, to uzupełnienie lub wyjaśnienie dokumentu nie może prowadzić do zmiany rodzaju, typu, modelu zaoferowanego konkretnego przedmiotu zamówienia.

Skoro w ofercie Odwołujący złożył wyłącznie standardową kartę katalogową zmywarki, bez wymaganego dodatkowego opisu urządzenia, który należało załączyć do karty katalogowej, to Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę (Odwołującego) do wyjaśnienia treści złożonej karty katalogowej i uzupełnienia opisu urządzenia (w zakresie oferowanego parametru mocy zmywarki). Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że wykonawca złożył ofercie oświadczenie, zapewniając zgodność oferowanego urządzenia z wymaganiami SIWZ. Rozbieżność pomiędzy tym oświadczeniem a treścią karty katalogowej w zakresie jednego parametru powinna podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

W odniesieniu do możliwości samodzielnego uzupełnienia przez wykonawcę dokumentów przedmiotowych, tj. bez wezwania ze strony Zamawiającego, Izba wskazuje, że tak uzupełnione dokumenty powinny podlegać ocenie Zamawiającego, ze wszystkimi konsekwencjami, tak jak dokumenty uzupełnione na wezwanie, a więc przyjmując, że nie ma możliwości ich ponownego uzupełnienia. Ryzyko, że dokumenty takie mogą nie spełniać oczekiwań Zamawiającego (w związku z brakiem wezwania i określenia w nim zakresu wymaganych informacji) ponosi wówczas wykonawca.

Ponadto należy zauważyć, co wynika z dokumentacji postępowania, że w opisanym powyżej zakresie Zamawiający nie działał konsekwentnie, gdyż w Zadaniu nr 3 zwrócił się do Odwołującego (pismo z dnia 8 kwietnia 2016 r.) o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy treścią oferty, tj. oświadczeniem, iż oferowane urządzenia spełniają wymogi SIWZ, a treścią załączonych do oferty katalogów szaf chłodniczych, z pytaniem dotyczącym wagi urządzenia, rodzaju czynnika chłodniczego, wymiarów urządzenia i uwzględnił złożone wyjaśnienia.

Izba zwróciła uwagę również na fakt, że Zamawiający w SIWZ nie określił wyraźnie i jednoznacznie, które parametry techniczne opisane w Załączniku nr 1 do SIWZ muszą zostać literalnie potwierdzone w składanych dokumentach, tj. katalogach i opisach. Zauważyć należy, że Załącznik nr 1 zawiera wymagania dotyczące poszczególnych urządzeń, w tym parametry techniczne, które stanowią tylko jeden z podpunktów wszystkich opisanym w nim wymagań. W praktyce Zamawiający wymagał natomiast, co potwierdza stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do oferty Odwołującego na Zadanie nr 2, potwierdzenia także „wyposażenia dodatkowego” pieca konwekcyjno-parowego w „Pojemniki GN z uchwytyami chowanymi”, uznając „wyposażenie dodatkowe” za parametr techniczny. W ocenie Izby, powyższe przyjęte przez Zamawiającego w trakcie oceny ofert rozumienie

„parametrów technicznych” nie wynika z treści SIWZ, a wszelkie wątpliwości i niejasności w zakresie opisu wymagań w specyfikacji należy interpretować na korzyść wykonawców. W tym przypadku zatem (w zadaniu nr 2) Zamawiający powinien był również wezwać Odwołującego do wyjaśnienia i uzupełnienia przedłożonych w ofercie kart katalogowych, a uwzględniając uzupełnienie opisu złożone przez wykonawcę – dokonać badania i oceny tego opisu pod kątem spełniania wymagań.

Uzupełnione przez Odwołującego bez wezwania treści kart katalogowych w dniu 30 marca 2016 r. (pismem z dnia 24 lutego 2016 r.), które nie były badane i oceniane przez Zamawiającego, a pozostawione zostały „bez rozpatrzenia”, powinny podlegać badaniu i ocenie w kontekście spełnienia przez oferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia w zadaniu nr 1 i 2 wymagań technicznych, zgodnie z SIWZ.

Zarzuty dotyczące Części nr 1 zamówienia w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PAG G. K.-P.a pomimo, iż oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zaoferowane modele „Zmywarki kapturowej FAGOR AD 125 i Zmywarki do mycia garnków FAGOR LUP 60H” nie spełniają wymagań SIWZ oraz oferta nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie załączono do niej kart katalogowych lecz własne opracowania WTT dokonane przez ww. wykonawcę, co Zamawiający wykluczył w wyjaśnieniu treści SIWZ z dnia 5 lutego 2016 r.

W dniu 30 marca 2016 r. Odwołujący wskazał Zamawiającemu, iż oferta Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego PAG G. K.-P.a dot. „Zmywarki kapturowej AD 125 i zmywarki do mycia garnków FAGOR LUP 60H” nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, gdyż oferowane zmywarki:

- nie posiadają i nie są wyposażone w czujniki kontrolujące obecność filtrów i uniemożliwiające uruchomienie maszyny w przypadku ich nieobecności; (nie wyświetli na panelu błędu braku filtra)
- nie posiada możliwości monitorowania braku detergentu myjącego na elektronicznym panelu;
- nie posiada możliwości zasilania zimną wodą o temperaturze 5°C. Maszyna wg zaleceń producenta zawartych w oryginalnych (polskich) katalogach i kartach technicznych oraz w informacjach zawartych na stronie internetowej producenta zaleca zasilanie wodą 50-60°C. Maszyny do mycia naczyń, które to wg żądań Zamawiającego muszą posiadać możliwość zasilania wodą zimną o temperaturze do 5°C, także wszystkich innych producentów, muszą być specjalnie skonfigurowane i zbudowane do takiej wody z mocniejszymi niż standardowe pompy i zwłaszcza grzałkami bojlera i komory myjącej.
- wskazana została nieprawdziwa wysokość zmywarki FAGOR AD 125.

Zamawiający wezwał w dniu 6 kwietnia 2016 r. ww. wykonawcę do wyjaśnienia jedynie części ww. wątpliwości, tj. do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy kartami katalogowymi zmywarek firmy FAGOR zamieszczonymi na stronie producenta a informacjami zawartymi w specyfikacji firmy PAG podpisanej za zgodność z oryginałem, w szczególności w zakresie wysokości zmywarki przy otwartym kapturze oraz parametrów temperaturowych wody zasilającej.

W odpowiedzi z dnia 13 kwietnia 2016 r. ww. wykonawca wyjaśnił, że zmywarki posiadają elektroniczne panele sterowania, co daje możliwość regulacji temperatury wody mycia i płukania. Co do wysokości wykonawca stwierdził, że w SIWZ nie ma wymagań co do wysokości nóg w zmywarce, co pozwala wykonawcy na dostosowanie wysokości zmywarki do max. 2000mm. Powyższa odpowiedź ww. wykonawcy nie wyjaśnia zatem wątpliwości co do braku czujników kontrolujących obecność filtrów powierzchniowych i uniemożliwiających uruchomienie maszyny w przypadku ich nieobecności oraz braku możliwości monitorowania braku detergentu myjącego na elektronicznym panelu. Zamawiający nie przedstawił także na rozprawie żadnej informacji od producenta, która potwierdzałaby spełnienie wskazanych parametrów (oprócz oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie). W tych okolicznościach, wobec przedstawienia przez Odwołującego informacji od producenta (z dnia 13 kwietnia 2016 r.) - firmy FAGOR – iż maszyny oferowane przez PAG w postępowaniu nie posiadają funkcji opisanych w SIWZ i nie ma możliwości dołożenia ich do standardowych maszyn, powyższe rozbieżności z treścią oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie muszą podlegać wyjaśnieniu, a zatem Zamawiający również w tym zakresie jest zobowiązany do wezwania Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego PAG G. K.-P.a do udowodnienia kwestii spełniania określonych wyżej wymagań lub do odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu nieprawdziwego charakteru karty katalogowej złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PAG G. K.-P.a w Zadaniu nr 1, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie przedstawił dowodu na fakt, że złożony przez wykonawcę w ofercie dokument stanowi sprzeczny z kartą katalogową opis własny urządzenia, zawierający nierzetelne informacje. Izba uznała w tym zakresie zarzut za niezasadny wobec nieprzedstawienia dowodów przez Odwołującego, na którym spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. i art. 190 ust. 1 Pzp.

Zarzuty dotyczące Części nr 1 zamówienia w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp, poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PAG G. K.-P.a na Część nr 1 zamówienia pomimo, iż ww. oferta zawiera rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a wezwany do udzielenia wyjaśnień wykonawca nie udowodnił, iż zaoferowana cena nie jest

rażąco niska.

Zamawiający nie naruszył przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1, 2, 3 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że ustalił wartość zamówienia na kwotę 539 837,40 zł, co stanowi 664 000,00 zł brutto (z podatkiem VAT). W wyniku porównania ceny oferty P.H.-U. PAG G. K.-P.a z innymi ofertami, cenami rynkowymi, Zamawiający ustalił, że cena tej oferty w kwocie 378.820,32 zł brutto (ponad 43% niższa od wartości zamówienia) nie odbiega od realnej rynkowej wartości zamówienia. Ww. wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w dniu 18 marca 2016 r. oraz złożył wyjaśnienia w dniu 21 i 22 marca 2016 r. Wyjaśnienia dotyczą wskazanych elementów oraz współpracy wykonawcy z producentami urządzeń (Bydgoskie Zakłady Maszyn Gastronomicznych „Ma-Ga” Sp. z o.o.w Bydgoszczy, FAGOR GASTRO POLSKA Sp. z o.o. w Czosnowie), co zostało potwierdzone odpowiednio pismami producentów z dnia 21 marca 2016 r. i 22 marca 2016 r., które pozwoliły Zamawiającemu na pozytywną ocenę złożonych wyjaśnień na tym etapie.

W ocenie Izby, złożone wyjaśnienia powinny być ocenione przez Zamawiającego pod kątem potrzeby ich uszczegółowienia, w sytuacji gdy wykonawca przedstawi wyjaśnienia dotyczące spełnienia wymagań SIWZ przez oferowane urządzenia. Wówczas bowiem, gdy standardowe urządzenia wymagają dostosowania technicznego, to należy wziąć pod uwagę dodatkowy koszt z tym związany. Z przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień i załączonych do nich pism producentów, nie wynika potwierdzenie, że zaoferowane ceny uwzględniają koszty ewentualnych „przeróbek technicznych” urządzeń.

Zarzuty dotyczące Części nr 5 zamówienia w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez nie odrzucenie ofert złożonych przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PAG” G. K.-P.a oraz „IGLOO” W. W., pomimo, iż ww. wykonawcy nie przedstawili, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, żadnych dowodów oraz informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanych cen.

Zamawiający wyjaśnił, że w tej Części zamówienia zaoferowane ceny są porównywalne z wartością zamówienia, choć jednocześnie są niższe od średniej ceny wszystkich ofert. Cena oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PAG” G. K.-P.a wynosi 214 315,20 zł, a oferty „IGLOO” W. W. – 215 619,00 zł, przy wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, wynoszącej 220 000,01 zł. Średnia cena ofert została w istotny sposób zawyżona przez dwie oferty zawierające znacznie zawyżone ceny. Wszystkie pozostałe oferty są dokładnie na tym samym poziomie (8765,00 zł, 8800,00 zł, 8712,00 zł za krajalnicę). Zamawiający wyjaśnił, że w roku poprzednim cena za krajalnicę typu A812T wyniosła 8820,00 zł.

W ramach Zadania nr 5 Zamawiający, czyniąc zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 1 Pzp również skierował w dniu 18 marca 2016 r. do wykonawców: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PAG G. K.-P.a, „IGLOO” W. W., wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, z uwagi na różnicę cen ofert w stosunku do średniej ceny wszystkich złożonych ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności faktyczne związane z istotnym zawyżeniem średniej ceny złożonych ofert przez dwie oferty na urządzenia przewyższające znacznie wymagania techniczne Zamawiającego, zaistniałe w tym postępowaniu, a także fakt, że ceny ww. ofert nie odbiegają od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego oraz pozostają na poziomie ofert złożonych w postępowaniu na taki sam przedmiot zamówienia, również w postępowaniu prowadzonym rok wcześniej, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawców wraz z załączonymi dowodami – „IGLOO” W. W. z dnia 21 marca 2016 r. oraz INVEST HORECA BISTRO M. G. z dnia 23 marca 2016 r. nie wymagały dodatkowego uzupełnienia. Izba zważyła również, że Odwołujący w powyższym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów ani argumentacji na potwierdzenie lub choćby uprawdopodobnienie okoliczności, że zaoferowane ceny nie zapewniają prawidłowej realizacji zamówienia, gdyż zostały skalkulowane poniżej kosztów świadczenia.

Zarzut dotyczący Części nr 5 zamówienia w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez „IGLOO” W. W. pomimo, iż oferta nie odpowiada treści SIWZ, gdyż zaoferowany model krajalnicy A-812T został wycofany z produkcji, bez możliwości zakupu u producenta, a wykonawca załączył do oferty katalog krajalnicy A-812T oraz deklarację zgodności nowej innej krajalnicy A2- 812T, a więc ofertę wariantową. Krajalnica A2-812T jest niezgodna z wymaganiami i nie spełnia wymagań SIWZ.

Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut. W dniu 4 maja 2016 r. Zamawiający dokonał powtórzenia oceny ofert i m.in. odrzucił ofertę wykonawcy „IGLOO” W. W., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W tym zakresie uwzględnienie zarzutu przez Zamawiającego nie może zatem mieć już wpływu na wynik postępowania, stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, gdyż Zamawiający wyeliminował naruszenie tego przepisu w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Zarzut dotyczący Części nr 6 zamówienia w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez INVEST HORECA BISTRO M. G. pomimo, iż wykonawca nie przedstawił, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, żadnych dowodów oraz informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W okolicznościach niniejszej sprawy opisanych powyżej, dotyczących przyczyn zawyżenia w postępowaniu średniej ceny złożonych ofert oraz porównywalności poziomu ceny oferty INVEST HORECA BISTRO M. G. z wartością przedmiotu zamówienia i cen zaoferowanych w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w poprzednim roku, należało uznać, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dołączone do wyjaśnień dowody (pismo producenta firmy Kromet z 23 marca 2016 r., oświadczenie firmy Stalgest z 18 marca 2016 r., a także formularz kalkulacji ceny z uwzględnieniem zysku) nie budzą wątpliwości, które powinny podlegać dalszemu wyjaśnieniu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Cena oferty wynosi 146 326,95 zł, a wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 180 000,05 zł. Fakt, iż wykonawca zaoferował cenę netto niższą niż cena netto z katalogu producenta, nie stanowi dowodu na okoliczność, że jest to cena rażąco niska. Wykonawca powołał się na rabaty uzyskane i potwierdzone przez producenta, podczas gdy Odwołujący nie wykazał, że nie ma możliwości uzyskania takiego rabatu. Odwołujący nie przedstawił także (oprócz samego twierdzenia) żadnych okoliczności uprawdopodobniających chociażby, że zaoferowana przez INVEST HORECA BISTRO M. G. cena w Zadaniu nr 6 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub innego przepisu tej ustawy. Odwołujący nie wykazał także, że kalkulacja przedstawiona przez wykonawcę (uwzględniająca zysk jednostkowy w wysokości 269,50 zł) nie uwzględnia kosztów dostaw maszyn do jednostek w całej Polsce, przeprowadzenia szkoleń jednodniowych w każdej z nich lub kosztów serwisu, co zarzucał w odwołaniu. Odwołujący nie przedstawił żadnej merytorycznej argumentacji w tym zakresie.

Zarzut dotyczący Części nr 6 zamówienia w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez „IGLOO” W. W. oraz INVEST HORECA BISTRO M. G., pomimo, iż ww. oferty nie odpowiadają treści SIWZ, gdyż zaoferowane modele „Patelni elektrycznej o powierzchni do 0,4 m²” nie spełniają wymagań Zamawiającego.

Wykonawca „INVEST HORECA BISTRO M. G. oraz „IGLOO” W. W. zaoferowali model „Patelni elektrycznej o powierzchni do 0,4 m²”.

Złożone przez Zamawiającego w powyższym zakresie informacje pochodzące od producenta potwierdzają spełnienie wymagań odnośnie posiadania „Kranu do napełniania miski grzewczej wodą, umieszczony z przodu patelni” oraz zbudowania dna komory patelni ze stali nierdzewnej o grubości 10 mm lub żeliwa.

Wykonawca INVEST HORECA BISTRO zaoferował urządzenie „Patelnia elektryczna o powierzchni do 0,4 m²” - firmy Kromet model 000.PE-40P, które spełnia wymagania SIWZ, co potwierdza karta katalogowa przygotowana przez ww. producenta dedykowana do

przedmiotowego przetargu oraz wyjaśnienie zapisów w tej karcie przesłane do Zamawiającego pocztą mailową. Producent potwierdził, że na potrzeby przetargu patelnia została specjalnie przystosowana do wymogów Zamawiającego (tj. w wersji z kranem). Cena netto na oferowany model patelni wynosi 3965,50 zł (na 20 szt.). jest to cena niższa niż w zamówieniu ubiegłorocznym (4225,00zł) jednak należy wziąć pod uwagę, że pięciokrotnie wzrosła ilość zamawianych patelni w przedmiotowym przetargu, co niewątpliwie uzasadnia możliwość obniżenia ceny. Ponadto, jak wyjaśnił Zamawiający w cenę patelni było wliczone szkolenie personelu, co wynika z treści umowy nr 487 z dnia 10 sierpnia 2015 r.

Wykonawca „IGLOO” W. W. przedstawił natomiast w ofercie katalog patelni APTE 02, który potwierdza spełnianie wymagań SIWZ (str. 108-113 oferty) przez oferowany przedmiot zamówienia, co wynika z treści pkt 7 załączonego katalogu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak na wstępie, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....