

Sygn. akt: KIO 424/19

WYROK

z dnia 26 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 marca 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2019r. przez **wykonawcę ZEC Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Łowiecka 24** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Łowiecka 24**

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę ZEC Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Łowiecka 24** i
 - 2.1. Zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę ZEC Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Łowiecka 24** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. Zasadza od **wykonawcę ZEC Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Łowiecka 24** na rzecz **Zespołu Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Łowiecka 24** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na remonty średnie kotłów parowych typ OP130/K-3 BFB100/K-2 w Elektrociepłowni Czechnica zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 grudnia 2018r. za numerem 2018/S 233-532731.

W dniu 27 lutego 2019r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy ZRE Katowice.

W dniu 11 marca 2019r. odwołujący ZEC Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 11 marca 2019r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty ZRE Katowice pomimo, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty ZRE Katowice pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
3. art. 26 ust. 3 ustawy - przez niewezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej;
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy - przez niewykluczenie wykonawcy ZRE Katowice pomimo, że nie wykazał faktu, że posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN;
5. art. 96 ust. 3 ustawy oraz § 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128) przez brak niezwłocznego udostępnienia załączników do protokołu z postępowania w postaci pełnej korespondencji w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a ZRE Katowice, jak również przez brak udostępnienia odwołującemu kosztorysu inwestorskiego;
6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy - art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. przeprowadzenie dowodu z kosztorysu inwestorskiego sporządzonego przez zamawiającego celem oszacowania wartości zamówienia - na okoliczność tego, że poszczególne ceny jednostkowe, a w konsekwencji cena całkowita zaoferowana przez ZRE Katowice jest rażąco niska w stosunku do cen rynkowych,

2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
4. odrzucenie oferty Zakłady Remontowe Energetyki KATOWICE S.A.
5. w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w związku z niezgodną z przepisami ustawy czynnością zamawiającego, może ponieść szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia publicznego. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego w postępowaniu, ponieważ zamawiający wybrał ofertę wykonawcy - ZRE Katowice, która powinna podlegać odrzuceniu. W razie gdyby zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy ZRE Katowice, oferta odwołującego zostałaaby sklasyfikowana na pierwszej pozycji listy rankingowej w ramach oceny ofert.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący podniósł, co następuje:

Zgodnie z pkt 24.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej siwz) przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający będzie kierować się kryterium najniższej ceny, zgodnie z poniższymi zasadami:

24.1.1. Podkryterium: Cena za zakres podstawowy. Waga podkryterium: 90%:

Sposób oceny Ofert dla podkryterium

Cena za zakres podstawowy:

$$= CZP_{min}CZP_o * 100 * W\%$$

gdzie:

- liczba punktów przyznanych ocenianej Ofercie w podkryterium Cena za zakres podstawowy;

CZP_{min} - najniższa cena brutto za zakres podstawowy zaoferowana w Postępowaniu;

CZP_o - cena brutto za zakres podstawowy rozpatrywanej Oferty;

W - waga podkryterium.

24.1.2 Podkryterium: Cena za zakres opcjonalny. Waga kryterium: 10%:

Sposób oceny Ofert dla podkryterium Cena za zakres opcjonalny:

$$PZO = CZO_{min}CZO_o \times 100 \times W\%$$

gdzie:

PZO - liczba punktów przyznanych ocenianej Ofercie w podkryterium Cena za zakres opcjonalny;

CZO_{min} - najniższa cena brutto za zakres opcjonalny zaoferowana w Postępowaniu;

CZO_o - cena brutto za zakres opcjonalny rozpatrywanej Oferty;

W - waga podkryterium.

Ofertę na realizację przedmiotu zamówienia złożyły m.in.:

a) Odwołujący - ZEC SERVICE Sp. z o.o. - zaoferował łączną cenę brutto oferty - 2 371 265,34 słownie [dwa miliony trzysta siedemdziesiąt jeden tysięcy dwieście sześćdziesiąt pięć złotych i 34/100],

b) ZRE Katowice - zaoferował łączną cenę brutto oferty - 2 070 903,03 słownie [dwa miliony siedemdziesiąt tysięcy dziewięćset trzy 1/03],

Pismem z dnia 30 stycznia 2019 r. zamawiający wezwał ZRE Katowice do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w załączniku do Formularza oferty - Załącznik cenowy poz. 4.1. „Ulepszenie palników pyłowych” i poz. 5.21. „Przegląd palników pyłowych”. Zamawiający wskazał, że zaoferowana cena może się wydawać rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić wątpliwości, co do możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ. Pismem z dnia 5 lutego 2019 r. ZRE Katowice złożyła wyjaśnienia wskazując, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Dnia 27 lutego 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach oceny ofert i wyborze jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez ZRE Katowice S.A.

Na podstawie ww. informacji odwołujący stwierdził, że o wyniku postępowania przesądziło de facto zaoferowanie przez ZRE Katowice S.A. niektórych cen jednostkowych w wartościach rażąco zaniżonych, co z kolei skutkowało rażąco niską ceną całkowitą w stosunku do przedmiotu zamówienia, realiów rynkowych i ofert innych wykonawców, złożonych w Postępowaniu.

W załączeniu do odwołania odwołujący przedłożył sporządzone przez siebie zestawienie cen jednostkowych zaoferowanych przez ZRE Katowice z cenami jednostkowymi zdaniem odwołującego rzetelnie zaoferowanymi przez odwołującego (załącznik nr 4). W wykazie tym zaznaczono kolorem czerwonym różnice procentowe w cenach jednostkowych zaoferowanych przez ZRE Katowice z cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez odwołującego. Z przedstawionego wykazu zdaniem odwołującego wynika, iż w stosunku do wielu pozycji ceny jednostkowe zaoferowane przez ZRE Katowice zostały znacząco zaniżone. Zaoferowanie rażąco niskich cen jednostkowych doprowadziło do tego, że cała cena za wykonanie przedmiotu zamówienia została rażąco zaniżona, a w konsekwencji jest ona ceną nierynkową i nie pozwala ona ZRE Katowice na wypracowanie zysku.

Odnosząc się do cen zaoferowanych przez ZRE Katowice odwołujący wskazał na trzy pozycje formularza cenowego stanowiącego załącznik do oferty ZRE Katowice, w stosunku do których ceny jednostkowe zostały rażąco zaniżone, w taki sposób, że nie zostały one określone w sposób rynkowy:

- pkt 3.3.1. Ulepszenie łamacza żużla

- pkt 4.1. Ulepszenie palników pyłowych

- pkt 5.21. Przegląd palników pyłowych

W odniesieniu do pkt 3.3.1. Ulepszenie łamacza żużla cena jednostkowa zaoferowana przez ZRE Katowice wynosi 5 300 zł. Zestawiając wskazaną przez ZRE Katowice cenę jednostkową chociażby z ceną jednostkową wskazaną przez odwołującego, wynoszącą 26 000,00 zł zauważalna jest znaczna dysproporcja pomiędzy cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez oba podmioty składające ofertę. Odwołujący przygotował swoją ofertę cenową na wykonanie wskazanych prac na podstawie oferty podmiotu trzeciego PAKO ENERGY Zakład Usług Technicznych s.c, który to podmiot przedstawił odwołującemu ofertę na remont łamacza żużla z wymianą elementów stalowych i stalowych. Cena jednostkowa zaproponowana w ofercie wynosiła 26 000,00 zł i taką cenę należy zdaniem odwołującego uznać za cenę rynkową i pozwalającą na wypracowanie zysku. Zgodnie z ofertą PAKO ENERGY Zakład Usług Technicznych s.c. z dnia 11 stycznia 2019 r. na realizację wskazanych prac niezbędne jest wykonanie szeregu czynności i wymiana wielu elementów, takich jak: wał duży, wał mały, człon sprzęgła, korpus łożyska, przekładnia napędowa itp. Już koszt wymiany wału dużego i wału małego to kwota 5110 zł, a zatem już tylko te dwa elementy wyczerpują kwotę zaoferowaną przez ZRE Katowice na wykonanie całości tych prac.

W odniesieniu do pkt 4.1. i pkt 5.21. zamawiający wezwała ZRE Katowice do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez ZRE Katowice na wykonanie tych prac. Wyjaśnienia złożone przez ZRE Katowice w ocenie odwołującego należy uznać za ogólnikowe i nie powodujące, iż wysokość cen zaoferowanych przez ZRE Katowice traci charakter cen rażąco niskich.

W odniesieniu do pkt. 4.1. formularza cenowego: „Ulepszenie palników pyłowych” cena jednostkowa zaoferowana przez ZRE Katowice wynosi 8 680,00 zł. Zestawiając wskazaną przez ZRE Katowice cenę jednostkową chociażby z ceną jednostkową wskazaną przez odwołującego, wynoszącą 98 000,00 zł zauważalna jest znaczna dysproporcja pomiędzy cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez oba podmioty składające ofertę. Kwota 8 680,00 zł tytułem realizacji ww. prac jest ceną znikomą, nierealną, niespotykaną na rynku i niepozwalającą na pokrycie kosztów związanych ze świadczeniem tych prac, nie mówiąc już o możliwości wypracowania jakiegokolwiek zysku w tym zakresie. Żaden przedsiębiorca, bez względu na jego sytuację rynkową, nie jest w stanie zaoferować takiej ceny tytułem świadczenia rzeczonych prac i nie ponieść z tego tytułu straty finansowej.

Odwołujący wskazał, że prace polegające na ulepszeniu palników pyłowych wymagają przeprowadzenia szeregu czynności przez podmiot realizujący te prace. Odwołujący przedłożył w załączeniu do odwołania kosztorys na wykonanie prac „przegląd palników pyłowych” i „ulepszenie palników”, który to kosztorys przedstawia wykaz czynności

niezbędnych do realizacji prac wraz z cenami jednostkowymi za wykonanie każdej czynności (załącznik nr 6). Zwrócił uwagę, że na wykonanie prac „ulepszenie palników pyłowych” konieczne jest chociażby przeprowadzenie demontażu i montażu izolacji termicznej wraz z blachami pokryciowymi izolacji, do czego konieczne jest nabycie owego materiału izolacyjnego oraz blach pokryciowych. Już chociażby sam zakup wskazanych materiałów utylizacja poprzednich generują po stronie wykonawcy koszt w wysokości ok. 12 800 zł (32 m² x 400 zł/m²). Już zatem sam koszt zakupu materiałów i utylizacji poprzednich przewyższa cenę za wykonanie całości prac związanych z ulepszeniem palników jaką zaproponował ZRE Katowice. Co więcej na wykonanie prac polegających na ulepszeniu palników konieczne jest wykonanie również innych kosztownych prac takich jak inwentaryzacja stanu obecnego palników, demontaż i montaż przewodów mieszanki pyłowo-powietrznej oraz przewodów powietrza gorącego. Bazując na cenach rynkowych za wykonanie tego rodzaju usług i ilości sztuk połączeń jakie są konieczne do wykonania pracy stwierdzić należy, że również wykonanie tego rodzaju prac przewyższa kwotę zaproponowaną przez ZRE Katowice za wykonanie całości prac polegających na ulepszeniu palników. Za wykonanie tych czynności cena, która uwzględnia koszty i przewiduje osiągnięcie zysku wynosi ok. 14 400 zł.

Przedłożony przez odwołującego kosztorys na wykonanie prac, stanowiący załącznik nr 6 do niniejszego odwołania w sposób szczegółowy przedstawia wykaz czynności niezbędnych do realizacji prac polegających na ulepszeniu palników oraz ceny jednostkowe za wykonanie danych czynności, które to ceny uwzględniają konieczne koszty, ilości elementów potrzebnych do wykonania prac, konieczność zakupu materiałów.

Odwołujący wskazał też na potrzebę przeprowadzenia dowodu z kosztorysu inwestorskiego sporządzonego przez zamawiającego, celem oszacowania wartości zamówienia. Zamawiający odmówił odwołującemu wglądu do przedmiotowego dokumentu, można jednak zakładać, że poszczególne pozycje cenowe zaoferowane przez ZRE Katowice odbiegają w sposób znaczny również od wyliczenia samego zamawiającego. W ocenie odwołującego zestawienie formularza cenowego ZRE Katowice z kosztorysem inwestorskim zamawiającego, musi unaocznic, że cena zaoferowana przez ZRE Katowice jest ceną rażąco niską oraz że wyjaśnienia wykonawcy są de facto niewystarczające dla obalenia tej tezy.

Odnosząc się do tychże wyjaśnień wskazać należy, że ZRE Katowice wskazało, że prace związane z rusztowaniami tj. montaż, demontaż i serwis zostały ujęte w poz. 4.2. formularza cenowego dot. Wymiany rurociągu fi.193,7, w związku z tym cena pozycji 4.1. została obniżona o tę wartość. Odwołujący wskazał, że takie wyjaśnienia nie zasługują na akceptację. W szczególności nie można przyjąć, że do demontażu i montażu przewodów w obrębie palników mogą być wykorzystane rusztowania z wymiany rurociągu fi. 193,7 gdyż na

moment składania ofert nie ma wyznaczonych odcinków do jego wymiany tylko przypadkiem rusztowania zamontowane uprzednio w celu wymiany rurociągu mogą znaleźć się w pobliżu miejsca usytuowania palników i umożliwiać pracę na odpowiedniej wysokości.

W odniesieniu do pkt. 5.21. formularza cenowego: „Przeгляд palników pyłowych” cena jednostkowa zaoferowana przez ZRE Katowice wynosi 3 600,00 zł. Zestawiając wskazaną przez ZRE Katowice cenę jednostkową chociażby z ceną jednostkową wskazaną przez odwołującego, wynoszącą 20 000,00 zł zauważalna jest znaczna dysproporcja pomiędzy cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez oba podmioty składające ofertę. Cena zaproponowana przez ZRE Katowice odbiega od cen rynkowych. Przeгляд 12 palników wymaga od wykonawcy prac demontażu i ponownego montażu elementów palnika w zakresie niezbędnym do wykonania przeгляdu jak również przeгляdu przekładni końcówek ruchowych palników - sworzni, cięgieł, ewentualnej wymiany upalonych elementów końcówki ruchomej palnika i klap kierujących powietrze, które to czynności są operacjami czasochłonnymi i kosztownymi. Czynności niezbędne do dokonania tych prac wraz z kosztami ich wykonania zostały przedstawione w załączniku nr 6 - Kosztorys na wykonanie prac przeгляд palników pyłowych oraz ulepszenie palników na kotle OP-130/K3 w EC Czechnica.

Wyjaśnienia złożone przez ZRE Katowice w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień dot. zaoferowania rażąco niskiej ceny w żadnej mierze nie mogły prowadzić do wniosku, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i odpowiada cenom rynkowym. Odnosząc się do wyjaśnień ZRE Katowice dot. posiadania zaplecza w postaci pomieszczeń socjalnych, biurowych oraz hali warsztatowej na terenie Zespołu Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A. (ul. Łowiecka Wrocław) pozwoliło obniżyć koszty mobilizacji zaplecza niezbędnego do wykonania prac do minimum. Odwołujący zaznaczył, że siedziba odwołującego mieści się również przy ul. Łowieckiej we Wrocławiu co więcej odwołujący posiada Oddział zajmujący się realizacją usług będących przedmiotem zamówienia bezpośrednio na terenie Elektrociepłowni Czechnica w Siechnicach, niemniej jednak fakt ten nie wpłynął znacząco na obniżenie ceny przez odwołującego. ZRE Katowice nie wskazały w jaki sposób i o ile fakt ten obniżył cenę jednostkową za wykonanie tych prac. Dlatego też wyjaśnienia te w ocenie odwołującego należy uznać za niewystarczające.

Ponadto wykonawca ZRE Katowice w ramach wyjaśnień wskazał, że „kalkulacja została oparta na dużym doświadczeniu ZRE Katowice S.A. nabytym w poprzednich realizacjach na kotłach parowych. Znajomość obiektu oraz fakt posiadania doświadczonej kadry znającej specyfikę obiektu wraz z etatowymi spawaczami i monterami pozwala uzyskać duże wydajności”. Odwołujący także posiada wieloletnie doświadczenie w tym względzie, bazujące na analogicznych uprzednio wykonywanych remontach nie tylko na podobnych ale wręcz tych samych urządzeniach co będące przedmiotem postępowania i dysponuje

wyspecjalizowaną kadrami, a mimo to jego oferta nie mogła nawet konkurować z ofertą ZRE Katowice pod względem cenowym.

Odwołujący uważa, że ZRE Katowice w sposób rażąco obniżyła ceny jednostkowe wskazane w ofercie, co miało bezpośrednie przełożenie na zaoferowanie całej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób odbiegający od warunków i cen rynkowych. Wyjaśnienia złożone przez ZRE Katowice nie usunęły wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, gdyż miały one charakter ogólnikowych stwierdzeń, nieopartych praktycznie żadnymi dowodami.

Dodatkowo odwołujący wskazał na okoliczność zaniżenia przez ZRE Katowice cen jednostkowych tych samych czynności i operacji wykonywanych w opcji w stosunku do zakresu podstawowego. Kwoty za tożsame operacje są często znacznie niższe niż w przypadku prac opcjonalnych. Zaniżenie wyceny prac opcjonalnych istotnie wpłynęło na ocenę całej oferty:

- a) Demontaż i montaż izolacji - cena jednostkowa w pakiecie podstawowym wynosi 400 zł za m², natomiast w opcji już jedynie 270 zł za m²
- b) Demontaż i montaż panelu rur ekranowych - w pakiecie podstawowym 1500-1600 zł za m², w opcji zaś 990 zł
- c) Ulepszenie zaworu DN 25 - w pakiecie podstawowym 600 zł za sztukę, w opcji - 342 zł
- d) Ulepszenie zaworu DN 40 - w pakiecie podstawowym 705 zł za sztukę, w opcji - 378 zł
- e) Ulepszenie zaworu DN 65 - w pakiecie podstawowym 905 zł za sztukę, w opcji - 540 zł
- f) Ulepszenie zaworu DN 65 z napędem NWA - w pakiecie podstawowym 1005 zł za sztukę, w opcji - 630 zł.

Brak jest jakiegokolwiek obiektywnego uzasadnienia dla tego typu różnic. Można zatem powiedzieć, że ZRE Katowice dokonał swego rodzaju manipulacji cenowej tylko po to, żeby otrzymać więcej punktów w ramach kryterium oceny ofert. Nie ulega bowiem wątpliwości, że prace objęte prawem opcji nie muszą być realizowane, stąd wykonawca mając tego świadomość, celowo wycenił je dużo niżej niż przypadku tych samych prac objętych zakresem podstawowym (realizowanych obligatoryjnie) i dużo poniżej ich faktycznej wartości rynkowej. Takie zachowanie ze strony ZRE Katowice wyczerpuje zdaniem odwołującego znamiona czynu nieuczciwej konkurencji jako działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interesy innych przedsiębiorców (biorących udział w postępowaniu), a którzy to podobnej manipulacji cenowej nie dokonali. Wykonawcy, którzy kalkulowali cenę uczciwie nie mogą w ten sposób realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulowania ceną, a w konsekwencji ich dostęp do rynku jest ograniczany przez podmiot popełniający delikt uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał także na odwrócony ciężar dowodu. Skoro zamawiający wezwał wykonawcę ZRE Katowice do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to zamawiający powinien w ramach postępowania odwoławczego wykazać, że cena ZRE

Katowice nie jest ceną rażąco niską. W przypadku natomiast, gdy ZRE Katowice przystąpi do postępowania, ciężar dowodu będzie spoczywał na przystępującym (art. 190 ust. 1 a).

W odniesieniu do zarzutu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu odwołujący podniósł:

Zgodnie z pkt 15.6.2. ppkt a) siwz, zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, jeżeli wykonawca wykaże że:

a) Posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN (słownie: pięć milionów złotych).

Celem potwierdzenia spełnienia ww. warunku należało w postępowaniu złożyć zgodnie z pkt 17.5.2.2 lit. a) - dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego (co zgodne jest z § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126 z późn. zm.)

Celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, ZRE Katowice przedłożył wraz z ofertą umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr 1035856198. Zgodnie z umową składka łączna opłacana jest w sześciu ratach, przy czym pierwsza rata płaćta jest do dnia 21 grudnia 2018 r. Zgodnie natomiast z brzmieniem art. 814 § 1 ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 z późn. zm.; dalej „KC”): Jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty.

Oznacza to, że z braku odmiennego warunku umowy ubezpieczeniowej, wykonawca ubezpieczony jest nie wcześniej niż od dnia następnego po zapłaceniu pierwszej raty składki ubezpieczeniowej. Zatem celem potwierdzenia, że wykonawca ubezpieczony jest od odpowiedzialności cywilnej powinien on złożyć w takiej sytuacji nie tylko polisę, ale również dowód opłacenia składki, albo przynajmniej wykazać, że ochrona ubezpieczeniowa przysługuje niezależnie od faktu opłacenia składek.

Odwołujący wskazał, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upływał dnia 21.01.2019 r. tj. już po dniu wymagalności pierwszej raty składki ubezpieczeniowej.

Wykonawca ZRE Katowice z niewiadomych względów dokonał na skanie polisy zamazania wysokości rat składki za ubezpieczenie. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne. Wykonawca nie może arbitralnie dokonywać de facto utajnienia jakichś elementów dokumentów przedkładanych celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w

postępowaniu. Mógłby co najwyżej, zastrzec pewne informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy, ale wówczas:

- 1) Przedłożone informacje i tak są jawne dla zamawiającego
- 2) Powinien on w takiej sytuacji wykazać - pod rygorem odtajnienia dokumentów - że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący stwierdził, że ZRE Katowice nie skorzystał z ww. trybu, tylko dokonał czynności niezgodnej z przepisami ustawy, na co zamawiający powinien był zwrócić uwagę. Wysokości składek na ubezpieczenie nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa - nie są to informacje posiadające wartość gospodarczą, których utajnienie byłoby uzasadnione.

W ocenie odwołującego ZRE Katowice nie przedłożył dokumentów potwierdzających, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w wymaganej przez zamawiającego wysokości. Zamawiający powinien był wezwać ZRE Katowice na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających fakt spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W następstwie nieuzupełnienia tych dokumentów, wykonawca powinien być zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

W zakresie zarzutu braku niezwłocznego udostępnienia dokumentacji postępowania odwołujący wskazał, że dnia 28 lutego 2019 r. pracownik odwołującego zwrócił się do zamawiającego przez pocztę e-mail (na adres wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu) z wnioskiem o udostępnienie w trybie art. 96 ust. 3 ustawy oraz § 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128) o niezwłoczne udostępnienie załączników do protokołu z postępowania w postaci wszelkiej korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą - ZRE Katowice.

Dnia 5 marca 2019 r. odwołujący wysłał przez platformą zakupową oraz e-mail pismo monitujące w tej sprawie, w związku z brakiem odpowiedzi ze strony zamawiającego.

Finalnie pełna korespondencja pomiędzy zamawiającym a ZRE Katowice została przesłana odwołującemu dopiero 7 marca 2019 r. tj. po tygodniu w stosunku do dnia przesłania wniosku oraz zaledwie na 3 dni przed upływem terminu na złożenia odwołania (11 marca 2019 r.). Odwołujący stwierdził, że dokumentacja nie została udostępniona odwołującemu niezwłocznie tj. bez zbędnej zwłoki (zgodnie z § 4 ust. 5 ww. rozporządzenia). Brak jest uzasadnienia do zwlekania z przesłaniem tej korespondencji przez tydzień, skoro zamawiający świadom był, że termin na złożenie ewentualnego odwołania wynosi 10 dni od zawiadomienia o podjęciu czynności w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający całkowicie odmówił natomiast odwołującemu wglądu do kosztorysu inwestorskiego. Kosztorys również powinien składać się na dokumentację postępowania, skoro jest dokumentem, który określa sposób oszacowania wartości zamówienia (art. 32 i n.

ustawy). Tymczasem dokument ten ma niebagatelne znaczenie dla wykazania, że cena zaoferowana przez ZRE Katowice jest ceną rażąco niską.

W istocie zwłoka ze strony zamawiającego mogła nosić znamiona ograniczania odwołującemu prawa do skutecznego i terminowego podniesienia zarzutów, co do czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 12 marca 2019r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 14 marca 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Zakłady Remontowe Energetyki Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach wnosząc o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania. Wykonawca wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta jest prawidłowa i ważna oraz została przez zamawiającego uznana za najkorzystniejszą, zatem wykonawca ZRE Katowice ma szansę na uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 14 marca 2019r.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów postępowania w wysokości 3 600zł. Zamawiający podniósł, że badał cenę łączną brutto, a rozliczenie ma charakter ryczałtowy i poszczególne ceny jednostkowe nie mają większego znaczenia podczas realizacji umowy. Pozycja ulepszenie palników pyłowych oraz przegląd palników nie są istotną częścią zamówienia. Różnica pomiędzy ofertą odwołującego i ZRE Katowice nie była wielka około 223 503,30zł., zaś nawet gdyby dla kalkulacji poz. 3.3.1, 4.1 i 5.21 przyjąć ceny odwołującego w ofercie przystępującego, to i tak oferta przystępującego byłaby najkorzystniejsza. Różnice w cenach jednostkowych wynikają z różnic w kalkulacji w poszczególnych pozycjach katalogu. Zamawiający wystąpił do przystępującego na skutek informacji uzyskanej od odwołującego. Złożone wyjaśnienia przystępującego są wyczerpujące, wyjaśniają kalkulację pozycji, w tym pozycji, do których zostały przeniesione koszty, zawarto wyliczenie roboczogodzin, wskazano poszczególne składniki cenotwórcze i pracochłonność. Zamawiający ma doświadczenie w podobnych zamówieniach i ma wiedzę o rynku. Odwołujący nie wyjaśnił jak ZRE Katowice dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. W kryterium ceny cena zaoferowana opcjonalnie miała wagę 10%, stąd zaoferowanie niższych cen opcji nie dało przewagi w końcowej ocenie ofert. Zamawiający zgodnie z brzmieniem rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) z 26 lipca 2016r. nie żądał dowodu opłacenia składki

ubezpieczeniowej, ale dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ubezpieczony jest od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego. Wywodzenie obowiązku wezwania do uzupełnienia z treści art. 814 par. 1 kc nie może stanowić takiej podstawy do przedłożenia potwierdzenia dokonania opłacenia polisy. Fakt zatajenia wysokości składek nie miał znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, odwołujący znał ich wysokość z tej samej polisy złożonej w innym postępowaniu zamawiającego. Zamawiający wskazał, że dopuścił wyłącznie komunikację za pomocą platformy zakupowej, a pierwszy wniosek o udostępnienie informacji został złożony przez odwołującego mailem. Zamawiający odpowiedział na wniosek złożony prawidłowo niezwłocznie w ciągu dwóch dni roboczych. Z uwagi na obłożenie pracownika odpowiedzialnego za udostępnianie informacji, jej udzielenie nie było możliwe tego samego dnia, czy z dnia na dzień. Zamówienie dotyczy usług i nie został sporządzony kosztorys inwestorski, a zamówienie wyszacowano na podstawie wcześniejszych prac o podobnym zakresie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, oferty ZRE Katowice, dokumentów złożonych przez ZRE Katowice na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy, wezwania do wyjaśnień zaoferowanej ceny oraz udzielonych wyjaśnień wraz z załącznikami, odmowy udostępnienia odwołującemu kosztorysu inwestorskiego, kosztorysu i oferty złożonych przez odwołującego do odwołania, dowodów przedłożonych przez przystępującego na rozprawie.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W pkt. 15 siwz zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu, w tym w pkt 15.6 siwz wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone w art. 22 ust. 1 ustawy, dotyczące:

15.6.2 sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, jeżeli wykonawca wykaże że:

a) Posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN (słownie: pięć milionów złotych).

Zgodnie z rozdziałem 17 pkt. 5.2.2. siwz w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 15.6.2 należało przedstawić:

a) dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

W rozdziale 23. Siwz zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny:

23.1 Cena oferty musi być podana w polskich złotych. Całość rozliczeń między zamawiającym, a wykonawcą będzie prowadzona w złotych polskich.

23.2 Cena oferty uwzględnia wszelkiego rodzaju opłaty oraz podatki oraz wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, transport, ewentualne upusty i rabaty oraz pozostałe składniki cenotwórcze. Podana cena nie ulega zmianie przez okres realizacji (wykonania) zamówienia, z zastrzeżeniem warunków wynikających z umowy w sprawie zamówienia, której projekt stanowi załącznik Nr 2 do SIWZ.

23.3 Wykonawca określi cenę realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie łącznej ceny netto, podatku VAT oraz ceny brutto zamówienia. Wyliczenia ceny oferty należy dokonać zgodnie z tabelą zamieszczoną w Formularzu Oferty stanowiącym załącznik Nr 4 do SIWZ.

23.4 Do porównania ofert brana będzie pod uwagę cena całkowita brutto za wykonanie zamówienia.

23.5 Cena (wartość) brutto musi zostać wyrażona cyfrowo i słownie. W przypadku rozbieżności przyjmuje się cenę wyrażoną słownie.

Zgodnie z rozdziałem 24 siwz zamawiający zamierzał dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o następujące kryteria

24.1 Spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, zamawiający wybierze najkorzystniejszą ofertę kierując się kryterium najniższej ceny, zgodnie z zasadami podanymi poniżej:

24.1.1 Podkryterium: Cena za zakres podstawowy.

Waga podkryterium: 90%:

Sposób oceny ofert dla podkryterium

Cena za zakres podstawowy:

$$PZP = CZP_{min} CZP_o \times 100 \times W\%$$

gdzie:

PZP – liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie w podkryterium Cena za zakres podstawowy;

CZP_{min} – najniższa cena brutto za zakres podstawowy zaoferowana w postępowaniu;

CZP_o – cena brutto za zakres podstawowy rozpatrywanej oferty;

W – waga podkryterium.

24.1.2 Podkryterium: Cena za zakres opcjonalny.

Waga kryterium: 10%:

Sposób oceny ofert dla podkryterium Cena za zakres opcjonalny:

$$PZO = CZO_{min} CZO_o \times 100 \times W\%$$

gdzie:

PZO – liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie w podkryterium Cena za zakres opcjonalny;

CZOmin – najniższa cena brutto za zakres opcjonalny zaoferowana w postępowaniu;

CZOo – cena brutto za zakres opcjonalny rozpatrywanej oferty;

W – waga podkryterium.

24.2 Wszystkie obliczenia będą dokonywane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

24.3 Za najkorzystniejszą ofertę zostanie uznana ta, która uzyska najwyższą liczbę punktów na podstawie ww. kryterium oceny ofert.

24.4 W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

W formularzu ofertowym zamawiający wymagał podania:

III. Parametry oferty stanowiące kryteria oceny ofert:

Nawiązując do ogłoszenia o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą Remonty średnie kotłów parowych OP130/K-3, BFB100/K-2 w Elektrociepłowni Czechnica niniejszym oświadczamy, że:

1. Zamówienie zostanie przez nas wykonane za Cenę brutto: [.....] PLN (słownie: [.....]).

Na Cenę brutto składa się:

Cena netto w wysokości: [.....] PLN (słownie: [.....]),

Kwota podatku VAT w wysokości [.....] PLN (słownie: [.....]), wyliczona zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa, według obowiązującej stawki [.....] %51.

2. Sposób wyliczenia Ceny brutto przedstawia Formularz Cenowy, stanowiący Załącznik Nr 1 do Formularza Oferty.

IV. Oświadczenia i zapewnienia wykonawcy:

1.3. Przedmiot oferty jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia.

1.4. Podana przez nas cena zawiera wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające z zakresów i warunków określonych w SIWZ.

1.5. Niedoszacowanie, pominięcie lub brak należytego rozpoznania przez nas zakresu przedmiotu zamówienia nie jest podstawą do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia.

W załączniku nr 1 do formularza ofertowego zamawiający wymagał podania cen netto i brutto za wykonanie :

3.3.1 Ulepszenie łamacza żużla 2 kpl

4.1 Ulepszenie palników pyłowych 1 kpl

5.21 Przegląd palników pyłowych 1 kpl

Pod formularzem cenowym zawarł uwagę, że:

1. Szczegółowy zakres prac dla poszczególnych kotłów podany jest w ST w punktach od 3.1 do 3.6

2. Zabrania się ingerencji w formę i treść tabeli

3. Wszystkie pozycje tabeli muszą być wycenione

4. Obmiary szczegółowe dla potrzeb wyceny oferent wykonuje we własnym zakresie i na koszt własny.

Zgodnie z §2 wzoru umowy przedmiotem umowy jest wykonanie zadania: „Remonty średnie kotłów parowych typ: Op130/K-3, BFB100/K-2 w Elektrociepłowni Czechnica” oraz należyte wykonanie przez wykonawcę zobowiązań wynikających z gwarancji jakości oraz rękojmi dotyczących Prac w Okresie Gwarancji i Rękojmi, jak również udzielenie zamawiającemu Praw Własności Intelektualnej.

Szczegółowy zakres prac został określony w Załączniku nr 1 (Specyfikacja Techniczna) do umowy.

Miejsce realizacji Prac: Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A. Elektrociepłownia Czechnica – Siechnice ul. Fabryczna 22;

Zakres prac w zależności od potrzeb jak i możliwości techniczno-organizacyjnych zamawiającego może ulec zmianie na zasadach określonych w umowie.

Przedmiot wykonanych prac musi spełniać funkcje, do których był przeznaczony, i musi być zgodny z umową, a w szczególności ze Specyfikacją Techniczną, dokumentacją techniczno-ruchową urządzeń i instalacji (DTR), obowiązującymi przepisami prawa. Zakres prac obejmuje również wszelkie niezbędne prace, nawet jeżeli nie były wymienione wyraźnie w umowie lub jej załącznikach, tak aby spełnić wymagania Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do umowy oraz Harmonogramu Prac, w tym prace, które są niezbędne dla stabilności, kompletności oraz bezpieczeństwa i odpowiedniego wykonania prac. Postanowienie niniejszego ustępu umowy ma zastosowanie w szczególności do prac projektowych lub innych prac, których konieczność wykonania ujawni się w trakcie wykonywania umowy (np. gdyby prace wykraczały poza szczegółowe wyliczenia czynności i prac zawartych w umowie lub załącznikach), ale które posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie wykonawca powinien był przewidzieć w związku z posiadaniem danych oraz informacji przekazanych przez zamawiającego, w świetle obowiązujących norm, przepisów techniczno-budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy technicznej i doświadczenia. Na zasadach i w zakresie określonym w umowie wykonawca zobowiązany jest również do uzyskania wszelkich niezbędnych pozwoleń administracyjnych i innych dokumentów niezbędnych do wykonania prac. W związku z powyższym takie zadania traktowane będą jako objęte pracami oraz zostaną wykonane przez wykonawcę w ramach wynagrodzenia umownego.

Prace będą spełniały wymagania mających zastosowanie w Polsce przepisów prawa, norm technicznych i norm ochrony środowiska obowiązujących w dniu podpisania końcowego Protokołu Odbioru Prac.

W §4 zamawiający określił wynagrodzenie i warunki płatności:

Wynagrodzenie Umowne za wykonanie przedmiotu Umowy zgodnie z zakresem określonym

w §2 wyniesie maksymalnie..... PLN netto (słownie: złotych 00/100 netto) plus podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, tj. PLN brutto (słownie: złotych/100 brutto), w tym:

4.1.1 PLN netto (słownie: złotych 00/100 netto) plus podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, tj. PLN brutto (słownie: złotych/100 brutto), będące wynagrodzeniem ryczałtowym za wykonanie prac zakresu podstawowego tj. prac wymienionych w Załączniku nr 3 pozycje tabel od 1.1 do 4.2;

4.1.2 PLN netto (słownie: złotych 00/100 netto) plus podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, tj. PLN brutto (słownie: złotych/100 brutto), będące maksymalnym wynagrodzeniem za wykonanie przedmiotu umowy objętego opcją (zamówieniem opcjonalnym) tj. za realizację prac wymienionych w Załączniku nr 3 pozycje tabeli od 5.1. do 5.22 oznaczone jako „Wykaz prac w ramach opcji”. Ostateczna wartość wynagrodzenia umownego z tytułu realizacji zamówienia opcjonalnego stanowić będzie sumę wartości wynagrodzeń za faktycznie zrealizowane przez wykonawcę i odebrane przez zamawiającego prace objęte opcją. Zamawiający może zlecić jedną, kilka lub wszystkie opcje wymienione w Załączniku nr 3 pozycje tabeli od 5.1. do 5.22 oznaczone jako „Wykaz prac w ramach opcji”.

W protokole postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający określił w pkt.2.5. protokołu wartość zamówienia na kwotę 1 915 000zł. netto, co stanowi 444 212, 479 euro. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 30 października na bazie realizacji zadania o podobnym zakresie prac w latach 2017, 2018 uwzględniając wzrost cen. Informację tę potwierdziło także oświadczenie trzech członków Komisji Przetargowej zamawiającego w dniu 15 marca 2019r.

W pkt. 11.2 protokołu zamawiający wskazał, że zamierza porzeźnaczyć na sfinansowanie zamówienia 1 986 450zł. brutto za zakres podstawowy i 369 000zł. brutto za zakres opcjonalny. Czyli łącznie 2 355 450zł. brutto.

W postępowaniu złożono następujące oferty:

ZRE Katowice z ceną łączną 2 070 902,54zł., w tym zamówienie podstawowe 1 752 009,54 i opcjonalne 318 893,49zł.

ZEC Service z ceną łączną 2 371 265,34zł., w tym zamówienie podstawowe 1 975 512,84zł., a opcja 395 752,50zł.

Polimex Energetyka z ceną za zamówienie podstawowe 2 708 273,26zł. i opcją za 511 453,46zł., czyli łącznie 3 219 726,72zł.

Remak z ceną za zamówienie podstawowe 3 263 795,92zł. i opcją za 656 507,38zł., czyli

łącznie 3 920 303,30zł.

Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 11 582 197,90 podzielić na 4 złożone oferty 2 895 549,48zł., oferta niższa o 30% o średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert nie powinna przekraczać kwoty 2 026 884,64zł.

W dniu 30 stycznia 2019r. zamawiający zwrócił się do ZRE Katowice o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w załączniku do Formularza oferty – Załącznik cenowy poz. 4.1. „Ulepszenie palników pyłowych” i poz. 5.21. „Przegląd palników pyłowych”.

Zaoferowana cena może się wydawać rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić wątpliwości, co do możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający poinformował, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

ZRE Katowice w formularzu ofertowym zaoferował wykonanie zamówienia na następujących warunkach:

III. Parametry Oferty stanowiące kryteria oceny ofert:

Nawiązując do ogłoszenia o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą Remonty średnie kotłów parowych typ:OP130/K-3, BFB100/K-2 w Elektrociepłowni Czechnica niniejszym oświadczył, że:

1. Zamówienie zostanie wykonane za Cenę brutto: [2 070 903,03] słownie [dwa miliony siedemdziesiąt tysięcy dziewięćset trzy 1/03]).

Na Cenę brutto składa się:

Cena netto w wysokości: [1 683 661,00] PLN (słownie: [jeden milion sześćset osiemdziesiąt trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt jeden 1/00]), Kwota podatku VAT w wysokości [387 242,03] PLN (słownie: [trzysta osiemdziesiąt siedem tysięcy dwieście czterdzieści dwa 1/03]), wyliczona zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa, według obowiązującej stawki [23] %5.

2. Sposób wyliczenia Ceny brutto przedstawia Formularz Cenowy, stanowiący Załącznik Nr 1 do Formularza Oferty.

W załączniku nr 1 do formularza oferty ZRE Katowice zaoferowało wykonanie następujących spornych prac za konkretne ceny:

3.3.1 Ulepszenie łamacza żużla

4.1 Ulepszenie palników pyłowych 1 kpl - 8 680,00

4.2 Dostawa i odcinkowa wymiana rurociągu Ø 193,7 x 8 mat. 20G2A 20 mb – cena jednostkowa 2 200,00 cena całkowita - 44 000,00

5.1 Montaż i demontaż rusztowań na zewnątrz komory paleniskowej 50 m2 – cena jednostkowa 27,00, cena całkowita -1 350,00

5.2 Demontaż i montaż izolacji gr. 250 mm 40 m- cena jednostkowa 2 270,00, cena całkowita 10 800,00

5.21 Przegląd palników pyłowych 1 kpl - 3 600,00

Wszystkie pozycje wyceniane razem 259 263,00

RAZEM (zakres podstawowy) 1 424 398,00

RAZEM (zakres opcjonalny) 259 263,00

CAŁOŚĆ RAZEM 1 683 661,00

W dniu 5 lutego 2019r. ZRE Katowice złożył wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny:

1. Prace związane z rusztowaniami tj. montaż, demontaż i serwis zostały ujęte w poz. 4.2 formularza cenowego „Dostawa i odcinkowa wymiana rurociągu Ø 193,7 x 8 mat. 20G2A” w związku z tym cena pozycji 4.1 została obniżona o tę wartość. Wartość rusztowań została oszacowana na podstawie otrzymanej rynkowej oferty nr 1111/12/2018/Wrocław z dnia 20.12.2018 GFM Rusztowania (w załączeniu).

2. Prace przygotowawcze do „ulepszenia palników pyłowych” poz.4.1 czyli demontaż pyłoprzewodów i kolan na pyłoprzewodach zostały ujęte w pozycji 4.2 formularza cenowego, co tym samym pomniejszyło to cenę o wartość tych prac. W tabeli nr 1 przedstawiono kosztorys opracowany do wyceny prac na elemencie 4 Ulepszenie palników pyłowych Załącznika cenowego.

3. W nawiązaniu do poz. 5.21. formularza cenowego zastosowano nakłady wg uznanego w branży katalogu Centrum Informatyki Energetyki Ośrodek Organizacji i Normowania Pracy, Katalog Pracochłonności Robót Remontowych Urządzeń Energetycznych, część 02 : Remont kotłów parowych o wydajności 16-1650 t/h [...], Tablica 0321 „Palniki, skrzynie, klapy”; poz. 2 „Napraw układu palnika” 1 komplet – 20 roboczogodzin (wyciąg w załączeniu). W związku z powyższym dla całego kotła założono 80 roboczogodzin dla 4 kompletów (naroży kotła) wg stawek zgodnie z ofertą.

4. Ewentualna zabudowa rusztowań do „przeglądu palników pyłowych” poz. 5.21. lub wykonanie prac izolacyjnych zostały oszacowane w punktach 5.1. oraz 5.2 zgodnie z formularzem cenowym.

5. Oszczędności w zakresie kosztów pracy oraz obniżenie kosztów wynikające z doświadczenia i wiedzy technologicznej (do kalkulacji w kosztorysie przyjęto stawkę 45,00 zł /rbg, spełniającą wymogi SIWZ co do warunków zatrudniania pracowników) - kalkulacja została oparta na dużym doświadczeniu ZRE Katowice S.A. nabytym w poprzednich realizacjach na kotłach parowych. Znajomość obiektu oraz fakt posiadania doświadczonej kadry znającej specyfikę obiektu wraz z etatowymi spawaczami i monterami pozwala uzyskać duże wydajności.

6. Posiadanie zaplecza w postaci pomieszczeń socjalnych, biurowych oraz hali warsztatowej na terenie Zespołu Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A. (ul. Łowiecka Wrocław)

pozwoili obniżyć koszty mobilizacji zaplecza niezbędnego do wykonania prac do minimum. Najem został zawarty na podstawie Umowy nr 9/Kogeneracja/ZN/2018 z dnia 28.12.2018 r. Z tabeli nr 1 wynikają następujące informacje (wartości te porównano z wyliczeniami przedstawionymi przez odwołującego w kosztorysie na wykonanie prac przegląd palników pyłowych oraz ulepszenie palników na kotle OP-130/K3:

4.1. Ulepszenie palników pyłowych

1. demontaż izolacji termicznej wraz z blachami pokryciowymi izolacji 57,00 zł/m² x 8 = 456,00 wg oferty, a u odwołującego cena jedn. 1 kpl 26 000zł, przy czym u odwołującego koszt obejmuje także poz. 2
2. demontaż i montaż rusztowań na zewnątrz i wewnątrz kotła w zakresie niezbędnym do wykonania prac w zakresie punktu "Dostawa i odcinkowa wymiana rurociągu fi. 193,7x8"
- 3 demontaż przewodów mieszanki pyło-powietrznej oraz przewodów powietrza gorącego w zakresie prac w zakresie punktu "Dostawa i odcinkowa wymiana rurociągu fi. 193,7x8", a u odwołującego – 400zł. – cena jednostkowa, 36szt, wartość 14 400zł.
- 4 demontaż i ponowny montaż elementów palnika w zakresie niezbędnym do wykonania zadania 6 kpl ilość jednostek 4 wartość 1 080,00, a u odwołującego cena jedn. 1920zł. ilość 12 kpl, wartość 23 040,00zł.
- 5 naprawę poprzez nałożenie łąty z blachy żaroodpornej na wewnętrznej ścianie pyłoprzewodu 1m² ilość jednostek 4 wartość 180zł., a u odwołującego cena jedn. 320zł. za 12 szt., wartość 3 840zł.
6. przegląd przekładni końcówek ruchowych palników - sworzni, cięgieł i współpracujących kół zębatych 8 kpl ilość jednostek 4 wartość 1 440,00
- 7 przegląd i ewentualna wymiana upalonych elementów końcówki ruchowej palnika i klap kierujących powietrze wtórne palnika 2 szt ilość jednostek 12 wartość 1 080,00, a u odwołującego łącznie poz. 6-8 cena jedn. 480zł. za 12 szt., wartość 5 760zł.
- 8 przywrócenie możliwości regulacyjnej końcówek ruchowych palników 2 szt. ilość jednostek 12 wartość 1 080,00, a u odwołującego łącznie poz. 6-8 cena jedn. 480zł. za 12 szt., wartość 5 760zł.
- 9 montaż przewodów mieszanki pyłowo-powietrznej oraz przewodów powietrza gorącego do palników 2 szt ilość jednostek 12 wartość 1 080,00
- 10 prace antykorozyjne i lakiernicze polegające na odtworzeniu uszkodzonych w trakcie montażu powłok na elementach 1 m² ilość jednostek 8 wartość 360,00, a u odwołującego 500zł. za 1 kpl.
- 11 montaż izolacji termicznej wraz z blachami pokryciowymi izolacji, wymagany jest nowy materiał izolacyjny oraz blachy pokryciowe 150,50 zł m² ilość jednostek 8 wartość 1 204,00 wg oferty
- 12 wykonanie regulacji rozplywów pyłu 2 kpl ilość jednostek 4 wartość 360,00

13 sprawdzenie poprawności ruchowej klap regulacyjnych (sterowanych z nastawni) na kanałach powietrza do kotła oraz wykonanie ich charakterystyk przepływowych 2 kpl ilość jednostek 4 wartość 360,00, a u odwołującego za poz. 12 i 13 łącznie 14 000zł. za 1 kpl

Razem 8 680,00

U odwołującego są obliczone także pozycje:

8. uruchomienie klap ręcznych powietrza wtórnego ilość 48 szt. cena jedn. 160zł. wartość 7 680zł. i

9. zakup materiałów blacha gat. H1815 gr 18 mm 1 kpl 2 780zł.

Łącznie wartość u odwołującego 98 000zł.

Odwołujący przedstawił także kalkulację cenową na przegląd palników pyłowych:

1. demontaż i ponowny montaż elementów palnika w zakresie niezbędnym do wykonania przeglądu 12 kpl, cena jednostkowa 1440zł. wartość 17 280zł.
2. przegląd przekładni końcówek ruchowych palników – sworzni, cięgieł, ewentualna wymiana upalonych elementów końcówki ruchowej palnika i klap kierujących powietrze wtórne palnika oraz przywrócenie możliwości regulacyjnej końcówek ruchowych palników 12 szt, cena jedn. 360zł. wartość 4 320zł.

4.2. Dostawa i odcinkowa wymiana rurociągu fi.193,7x8 mat. 20G2A

1 inwentaryzacja stanu istniejącego 2 kpl ilość jednostek 4 wartość 360,00

2 ocena stanu technicznego i kwalifikacja do wymiany 4 kpl ilość jednostek 4 wartość 720,00

3 odcinkowa wymiana zakwalifikowanych pyłoprzewodów 8 mb ilość jednostek 20 wartość 34 725,00 wraz z materiałem

4 montaż/demontaż rusztowań małogabarytowych od 25 do 50m2 lub m3 890,00 zł/szt. ilość jednostek 8 wartość 7 120,00 wg oferty

5 koszt najmu rusztowań 14,00 zł/doba ilość jednostek 35 wartość 490,00 wg oferty

6 zabezpieczenie antykorozyjne elementów wymienianych zgodnie z wymaganiami 1 m2 ilość jednostek 13 wartość 585,00

Razem 44 000,00

Do tych kalkulacji załączono ofertę na montaż, demontaż i dzierżawę rusztowań, która potwierdza koszt montaż/demontaż rusztowań małogabarytowych od 25 do 50m2 lub m3 i koszt najmu rusztowań.

ZRE Katowice załączył także pracochłonność dla skrzyń, palników i klap, która nie została zakwestionowana przez odwołującego.

Z umowy ubezpieczenia OC ogólnej nr 1035856198 wynika, że umowa obejmuje okres 1 grudnia 2018 do 30 listopada 2019r. z sumą gwarancyjną 25 000 000, 00zł. zaś składki płatne są co dwa miesiące w wysokości pierwsze dwie po 260 834,00 i kolejne cztery w kwocie 260 833, 00, przy czym terminy płatności pierwszych dwóch składek przypadają odpowiednio na dzień 21 grudnia 2018 i 30 stycznia 2019r. Do polisy nie dołączono dowodu

opłacenia pierwszej składki

Odwołujący dołączył także ofertę cenową Pako Energy z dnia 11 stycznia 2019r. na wykonanie kapitalnego remontu łamacza żużla z wymianą elementów stalowych i stalowych na łączną wartość 31 980zł. Odwołujący przedstawił także porównanie cen z własnego kosztorysu ofertowego z cenami z kosztorysu ofertowego ZRE Katowice i wynika z tego porównania, że ceny tych wykonawców się różnią tak na korzyść ZRE Katowice jak i na niekorzyść w poszczególnych pozycjach, przy czym w odwołaniu poza badanymi powyżej odwołujący kwestionował jedynie rozbieżności w analogicznych pozycjach u ZRE Katowice w ramach zamówienia podstawowego i opcjonalnego, dokonując zatem badania porównania cen w zakresach spornych Izba ustaliła, że

W poz. 1.1.3 odwołujący zaoferował cenę jedn. 320zł., a ZRE Katowice 400zł., a w pkt. 5.2. odwołujący 350 zł., a ZRE Katowice 270zł.

W poz. 1.1.5. odwołujący zaoferował 2500zł., a ZRE Katowice 1500zł. a w opcji w pkt. 5.3. odwołujący 2000 zł. a ZRE Katowice 990zł.

W poz. 1.4.2 odwołujący zaoferował 400zł., a ZRE Katowice 600zł., a w opcji poz. 5.12 odwołujący zaoferował 400 zł., a ZRE Katowice 342zł.

W poz. 1.4.3 odwołujący zaoferował 500zł., a ZRE Katowice 705zł., a w opcji poz. 5.13 odwołujący zaoferował 500 zł., a ZRE Katowice 378zł.

W poz. 1.4.4. odwołujący zaoferował 800zł., a ZRE Katowice 905zł., a w opcji poz. 5.14 odwołujący zaoferował 800 zł., a ZRE Katowice 540zł.

W poz. 1.4.5 odwołujący zaoferował 1500zł., a ZRE Katowice 1005zł., a w opcji w poz. 5.15. odwołujący zaoferował 1000zł., a ZRE Katowice 630zł.

W poz. 3.1.1 odwołujący zaoferował 40 000zł., a ZRE Katowice 31 500zł.

W poz. 4.1 odwołujący zaoferował 98 000zł., a ZRE Katowice 8 680zł.

W poz. 4.2. odwołujący zaoferował 17 700zł., a ZRE Katowice 44 000zł.

W poz. 5.1 odwołujący zaoferował 3 750zł., a ZRE Katowice 1 350zł.

W poz. 5.2. odwołujący zaoferował 14 000zł., a ZRE Katowice 10 800zł.

W poz. 5.21 odwołujący zaoferował 20 000zł., a ZRE Katowice 3 600zł.

Jednocześnie na podstawie informacji podanych przez przystępującego na rozprawie, potwierdzonych przez Izbę w ofercie odwołującego, Izba ustaliła, że odwołujący oferował różne wartości dla poszczególnych pozycji zakresu podstawowego i opcjonalnego i tak:

- zamówienie podstawowe pozycja 1.2.1 - 200 zł, opcja pozycja 5.6 - 150 zł;
- zamówienie podstawowe pozycja 1.4.8 - 4,5 tys. zł, opcja pozycja 5.16 - 3 tys. zł;
- zamówienie podstawowe pozycja 1.4.9 - 5 tys. zł, opcja pozycja 5.17 - 3,5 tys. zł;
- zamówienie podstawowe 1.4.10 - 5 tys. zł, opcja pozycja 5.18 - 4 tys. zł;
- zamówienie podstawowe pozycja 3.4.1 - 110 tys. zł i opcja pozycja 5.19 - 60 tys. zł.,

Przystępujący ZRE Katowice przedłożył na rozprawie potwierdzenie opłaty pierwszej raty składki z tytułu umowy 1035856198 wystawione w dniu 3 stycznia 2019r.

Przystępujący ZRE Katowice przedłożył na rozprawie potwierdzenie opłaty drugiej raty składki z tytułu umowy 1035856198 wystawione w dniu 29 stycznia 2019r. oraz certyfikat 01/2018/ZRE, z którego wynika, że umowa odpowiedzialności cywilnej z sumą gwarancyjną 25 000 000zł. jest zawarta w okresie 1 grudnia 2018 – 30 listopada 2019r., a na dzień wystawienia certyfikatu płatności są dochowane (składka ubezpieczeniowa należna zgodnie z umową jest opłacana w ustalonych w umowie terminach).

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, czy wypełnił przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty ZRE Katowice pomimo, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zarzut nie potwierdził się, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeśli zawiera ona rażąco niską cenę. Odwołujący rażąco zaniżenia ceny upatrywał w fakcie, iż ze sporządzonego przez niego zestawienia cen własnych i przystępującego ZRE Katowice wynika, że jest szereg pozycji, w których oferta przystępującego jest niższa, w tym znacząco od oferty odwołującego, natomiast Izba ustaliła, że ze sporządzonego zestawienia wynika także sytuacja odwrotna, gdzie oferta przystępującego jest tańsza, w tym znacząco, od oferty odwołującego. Nadto Izba ustaliła, że zamawiający jako podstawę do przyszłych rozliczeń uznawał wyłącznie cenę całkowitą brutto – pkt. 23.4 siwz, wszelkie niedoszacowania, pominięcia czy brak należytego rozpoznania zakresu nie dawał wykonawcy roszczenia o podwyższenie wynagrodzenia – pkt. 1.5 formularza ofertowego. Wykonawcy mieli obowiązek wycenić formularz ceny w każdej pozycji i nie mogli dokonywać ingerencji w formę lub treść tego formularza. Zgodnie z par. 4 wzoru umowy zamawiający zastosował rozliczenie mieszane tj. dla zamówienia podstawowego wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, zaś dla poz. 5.1 – 5. 22 czyli zamówienie opcjonalne rozliczenie miało następować jako suma wartości wynagrodzeń za faktycznie zrealizowane przez wykonawcę i

odebrane przez zamawiającego prace objęte opcją. Odwołujący nie podniósł zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy dla innych pozycji, które oznaczył na czerwono w sporządzonym przez siebie zestawieniu, ani także w odniesieniu do omówionej i popartej ofertą firmy PAKO Energy pozycji 3.3.1. Izba zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy nie może rozstrzygać zarzutów, które nie były sformułowane w odwołaniu. Biorąc pod uwagę fakt, że odwołujący nie żądał nakazania zamawiającemu wezwania przystępującego do wyjaśnień w zakresie szerszym niż pozycje 4.1 i 5.21, a przystępujący był wzywany przez zamawiającego jedynie w tak wąskim zakresie, to nie jest możliwe uwzględnienie zarzutu odwołania polegającego na zarzucie zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w innych pozycjach niż 4.1 i 5.21 w sytuacji, gdy przystępujący ZRE Katowice w tym zakresie nie był wzywany do wyjaśnień, a odwołujący takiego wezwania się w odwołaniu nie domaga. Nie jest bowiem możliwe automatyczne odrzucenie oferty wykonawcy z powodu podejrzenia rażącego zaniżenia ceny, bez umożliwienia mu złożenia wyjaśnień. Tym samym Izba pominęła jako nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż nie mieszczące się w granicach postawionych zarzutów zestawienia przygotowane przez odwołującego dla innych pozycji niż pozycja 4.1. i 5.21, a także dowód z oferty PAKO Energy. Z tego względu również niecelowe byłoby przychylenie się do wniosku dowodowego odwołującego o przeprowadzenie dowodu z kosztorysu inwestorskiego, nawet gdyby jego sporządzenie było obligatoryjne (a w tym przypadku, jak słusznie zauważył zamawiający, na zamawiającym nie ciążył obowiązek sporządzenia takiego kosztorysu). Odnosząc się zaś do poz. 4.1. i 5.21 Izba stwierdziła, że złożone w tym zakresie wyjaśnienia przystępującego ZRE Katowice zamawiający ocenił prawidłowo. Przede wszystkim Izba wzięła pod uwagę fakt, że analizując wartość szacunkową zamówienia jak również kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jedynie oferta przystępującego ZRE Katowice mieściła się w możliwościach finansowych zamawiającego i nie odbiegała cenowo o ponad 30% od ubruttowionej wartości szacunkowej, cena oferty także nie odbiegała o taki procent od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, tym samym na zamawiającego nie ciążył obowiązek wzywania do wyjaśnień z mocy art. 90 ust. 1 a ustawy. Nadto w zakresie pozycji 4.1 Izba wzięła pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia i uznała, że przy przyjętym przez zamawiającego sposobie rozliczenia zamówienia podstawowego z wykonawcami niezasadne jest ocenianie poszczególnych pozycji zestawienia cenowego, zwłaszcza, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym wykonawca określa maksymalną granicę swego wynagrodzenia, choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Nadto rację należy przyznać zamawiającemu, że zaniżenie jedynie tej pozycji w zamówieniu podstawowym nie uprawdopodobnia stwierdzenia, że cena ryczałtowego wynagrodzenia została rażąco zaniżona przez przystępującego ZRE Katowice. Nieco inna sytuacja jest w przypadku poz.

5.21, którą odwołujący wskazywał jako rażąco zaniżoną w stosunku do własnej oferty tj. o 16 400zł. Jednakże w ocenie Izby w tym zakresie przystępujący ZRE Katowice przedstawił wyliczenia pracochłonności, których odwołujący nie zakwestionował podnosząc jedynie, że na wykonanie prac w tej pozycji składa się wiele czynności i zakupy materiałów, co wykazywał na podstawie własnego kosztorysu. Przystępujący wskazał jaką stawkę kosztów pracy przyjął, oraz, że zabudowę rusztowań i wykonanie prac izolacyjnych oszacował w pkt. 5.1 i 5.2. W ocenie Izby wyjaśnienia te wskazywał na sposób kalkulacji ceny ofertowej, zaś samo zniżenie tej pozycji nie pozwoliło Izbie na przyjęcie, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

W tym stanie rzeczy zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty ZRE Katowice pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zarzutu nie udowodnił. Nie można bowiem uznać za dowód świadczący o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji zestawienia kilku pozycji z zamówienia podstawowego i zamówienia opcjonalnego, które różnią się pomiędzy sobą. Zamawiający w siwz nie postawił żadnego wymogu co do sposobu kalkulacji ceny zamówienia opcjonalnego. Odwołujący natomiast nie udowodnił prawdziwości swojego twierdzenia, że brak jest powodów do różnicowania cen zamówienia podstawowego i opcjonalnego właśnie w pozycjach przez niego wskazanych w odwołaniu. Izba wzięła także pod uwagę, że sam odwołujący w trzech z tych kwestionowanych pozycji także dokonał ich wyceny w odmienny sposób niż w zamówieniu podstawowym – poz. 1.1.3 cena zamówienia opcjonalnego jest wyższa, niż opcjonalnego, poz. 1.1.5 i 1.4.5 cena zamówienia podstawowego jest niższa niż opcjonalnego. Oznacza, to że sam odwołujący dopuszczał możliwość różnicowania cen w zamówieniu opcjonalnym, względem zamówienia podstawowego i takich wycen także w pozycjach podanych na rozprawie przez przystępującego ZRE Katowice dokonywał. Tym samym na podstawie danych z ofert przedstawionych przez odwołującego w odwołaniu i przystępującego na rozprawie można było wyciągnąć logicznie jedynie taki wniosek, że wykonawcy nie wyceniali w identyczny sposób pozycji zamówienia podstawowego i opcjonalnego. Jednak nie można uznać, że odwołujący przedstawił dowód na to, że to zróżnicowanie cen właśnie u przystępującego i u niego wyłącznie świadczy o manipulacji ceną w taki sposób, że obniżenie cen w zamówieniu opcjonalnym dało mu taką przewagę konkurencyjną, że doprowadziło do eliminacji innych wykonawców. Izba analizując informacje o wyniku postępowania oceniła, że różnice w kryterium ceny całkowitej za zamówienie podstawowe były na tyle znaczące, że nawet

przyjęcie jednakowych cen w pozycjach opcjonalnych i podstawowych w kwestionowanych przez odwołującego pozycjach nie zmieniłoby rankingu ofert. Tym samym Izba uznała zarzut za nieudowodniony i nie zasługujący na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy - przez niewezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający nie żądając dokumentu na potwierdzenie opłacenia składki lub dokumentu dowodzącego objęcia ubezpieczeniem bez względu na fakt opłacenia składki nie mógł skutecznie wzywać wykonawcy do złożenia takiego dokumentu. Izba dostrzega wprawdzie, że zamawiający mógł mieć w dacie badania oferty przystępującego wątpliwość, czy przedłożona mu polisa jest wystarczającym dokumentem dowodzącym objęcia ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej, gdyż w samej polisie nie było wzmianki o objęciu ubezpieczeniem np. od daty jej zawarcia, ani nie wynikało z niego opłacenie pierwszej raty składki. Jednak w ocenie Izby brak zakreślenia katalogu dokumentów w siwz pozwalających zamawiającemu na żądanie konkretnego dokumentu na potwierdzenie opłacenia składki, czy postanowień OWU regulujących wcześniejsze objęcie ubezpieczeniem nie pozwalały tych wątpliwości usunąć w drodze art. 26 ust. 3 ustawy. Możliwe było jedynie skorzystanie z wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Izba bierze pod uwagę stan sprawy ustalony w toku postępowania. Tym samym Izba ustaliła, że w dacie zamknięcia rozprawy zamawiający otrzymując od przystępującego dowody w postaci potwierdzeń opłacenia 1 i 2 składki oraz certyfikatu 01/2018/ZRE uzyskał pewność, że ZRE Katowice przedstawiając dokument polisy ubezpieczeniowej wykazał objęcie ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej w wymaganej przez zamawiającego wysokości sumy gwarancyjnej oraz w prawidłowym zakresie. Izba ponownie zauważyła, że odwołujący nie sformułował zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy, a zatem zarzut taki nie był przedmiotem rozpoznania przez Izbę, a zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w świetle katalogu dokumentów jakich żądał zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy - przez niewykluczenie wykonawcy ZRE Katowice pomimo, że nie wykazał faktu, że posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN

Zarzut nie potwierdził się. Przede wszystkim Izba ustaliła, że przystępujący ZRE Katowice

przedłożył dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN w postaci polisy ubezpieczeniowej. Tym samym złożył wymagany przez zamawiającego dokument o właściwym zakresie odpowiedzialności na wymaganą sumę ubezpieczeniową i dokument ten przyznał ochronę ubezpieczeniową od 1 grudnia 2018 do 30 listopada 2019r., z czego zamawiający mógł wnosić, że wykonawca jest w dacie składania ofert objęty ubezpieczeniem. Jedyna wątpliwość dotyczyć mogła tego jak ukształtowana jest odpowiedzialność zakładu ubezpieczeń wobec przystępującego, czy na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego, czyli z chwilą zapłaty pierwszej składki, czy regulowana odrębnie np. z chwilą zawarcia umowy. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do jednoznacznego ustalenia, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przeciwnie treść złożonego dokumentu pozwalała mu raczej ustalić, że przystępujący wykazał spełnienie warunku, a potencjalną wątpliwość można było rozwikłać korzystając z dobrodziejstwa art. 26 ust. 4 ustawy. Jednakże na datę wyrokowania, ustalony stan faktyczny sprawy, przeczy temu, aby przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mając to na uwadze zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 3 ustawy oraz § 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128) przez brak niezwłocznego udostępnienia załączników do protokołu z postępowania w postaci pełnej korespondencji w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a ZRE Katowice, jak również przez brak udostępnienia odwołującemu kosztorysu inwestorskiego

Zarzut podlega oddaleniu z mocy art. 192 ust. 2 ustawy. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że skoro zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu dopuścił komunikację przez adres mailowy wskazanego w ogłoszeniu pracownika, to nie może skutecznie zasłaniać się tym, że w siwz uregulował jako jedną drogę komunikacji przez platformę zakupową. Tym samym zamawiający powinien był udzielić odwołującemu odpowiedzi na informację nadesłaną na adres wskazanego w ogłoszeniu pracownika. Jednakże w ocenie Izby skoro na rozprawie odwołujący potwierdził, że uzyskał dostęp do tych dokumentów tj. korespondencji zamawiającego z przystępującym i nadto nie domaga się nakazania zamawiającemu jej udostępnienia, to uchybienie przez zamawiającemu w tym zakresie nie ma i nie może mieć wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Z tego względu zarzut należało oddalić. Na oddalenie zasługuje także zarzut zaniechania udostępnienia kosztorysu inwestorskiego. Rację należy przyznać zamawiającego, że zamówienia jest zamówieniem na

usługę, dla którego przepisy ustawy nie wymagają sporządzenia kosztorysu inwestorskiego dla ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający przedstawił oświadczenia członków komisji przetargowej oraz dowód w postaci protokołu postępowania, że ustalenie wartości szacunkowej nastąpiło na podstawie wcześniej realizowanych zamówień o podobnym zakresie z lat 2017 – 2018. Zarzut odwołania został oparty o własne przekonanie odwołującego, że zamawiający taki dokument sporządził, czemu zamawiający przeczył i nie ciążył na zamawiający ustawowy obowiązek sporządzenia takiego dokumentu. W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy - art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z rozstrzygnięcia powyższych zarzutów Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że zamawiający poddał ocenie ofertę podlegającą odrzuceniu i nieprawidłowo ją wybrał. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła o oddaleniu odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia z ograniczeniem do kwoty określonej w § 3 pkt. 2 lit. b rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....