

WYROK

z dnia 8 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Hoven Sp. z o.o., ul. Bratysławska 1A, 31-201 Kraków oraz Nadine Investments Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56C, 00-803 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sztabin, ul. Augustowska 53, 16-310 Sztabin**

przy udziale wykonawcy **Antinus Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 39 B5, 96-100 Skierniewice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty wykonawcy **Antinus Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 39 B5, 96-100 Skierniewice**,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Sztabin, ul. Augustowska 53, 16-310 Sztabin i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Hoven Sp. z o.o., ul. Bratysławska 1A, 31-201 Kraków oraz Nadine Investments Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56C, 00-803 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Sztabin, ul. Augustowska 53, 16-310 Sztabin** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Hoven Sp. z o.o., ul. Bratysławska 1A, 31-201 Kraków oraz Nadine Investments Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56C, 00-803 Warszaw kwotę **17 533 zł 80 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy pięćset trzydzieści trzy złote osiemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Gminę Sztabin (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii poprzez montaż kolektorów słonecznych na terenie Gminy Sztabin” wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Hoven Sp. z o.o. oraz Nadine Investments Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec naruszenia przez zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej: „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez nieuprawniony wybór oferty najkorzystniejszej, tj. wykonawcy Antinus Sp. z o.o. (dalej „Antinus”) w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez brak odrzucenia oferty Antinus i przyjęcie oferty tego wykonawcy jako prawidłowej, mimo niezgodności ze SIWZ zaoferowanych parametrów w zakresie maksymalnej średnicy zasobnika,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4, poprzez brak odrzucenia oferty Antinus zawierającej rażąco niską cenę,
4. z ostrożności procesowej art. 24 ust. 2 pkt 4, poprzez brak wykluczenia Antinus, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
2. wykluczenia wykonawcy Antinus z postępowania,
3. odrzuceniu oferty wykonawcy Antinus,
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty odwołującego.

Odnosnie do zarzutu 1 odwołujący stwierdził, że wybór oferty wykonawcy Antinus stoi w sprzeczności z zasadami określonymi w treści art. 7 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione przyjęcie oferty niespełniającej wymagań określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie wymagań technicznych oraz jest sprzeczny z przesłanką art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez brak wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Dodał, że wybór oferty wykonawcy Antinus, mimo zaistnienia przesłanek jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 4 ustawy Pzp w sposób zasadniczy narusza zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odnosnie do zarzutu 2 odwołujący podał, że zamawiający ustanowił warunki w postępowaniu dotyczące przedmiotu zamówienia, poprzez wskazanie odpowiednich parametrów technicznych jako parametrów granicznych określonych między innymi w tabeli: „parametry techniczne zbiornika solarnego” – SIWZ str. 4 – 5, tym samym wskazując wymagane wymiary i pojemność zasobnika, w szczególności str. 5 – tabela: Wymaganie zamawiającego dotyczące maksymalnej średnicy zasobnika: pojemność zasobnika 300/4001 – max średnica 53/53 cm bez izolacji.

Stwierdził, w związku z dokonaniem analizy oferty złożonej przez wykonawcę Antinus, że zamawiający jako prawidłowe przyjął parametry wskazane w tejże ofercie, gdzie średnicę zbiornika określono jako 60.8 cm (bez izolacji), co potwierdzone zostało w Karcie katalogowej producenta Biwar dołączonej do oferty. W ocenie odwołującego oznacza to, że oferta wykonawcy Antinus nie spełnia wymagań zamawiającego - mimo tego, że zaproponowana pojemność zasobnika jest zgodna z przedziałem wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia, tj. 300/400 l, to parametr dotyczący średnicy zasobnika jest niezgodny z wymaganiami zamawiającego, ponieważ nie można przyjąć, że przekroczenie parametru średnicy zasobnika poza wartość graniczną 53 cm postrzegane może być przez zamawiającego jako spełnienie postawionego przez niego warunku.

Tym samym, zdaniem odwołującego, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawca, który nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu podlega wykluczeniu.

Wskazał, że zgodnie z zasadami wynikającymi z treści ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy, który potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu – warunków, które mają charakter zarówno podmiotowy (art. 22 oraz art. 24 ustawy Pzp) jak i przedmiotowy.

Odnosnie do zarzutu 3 odwołujący stwierdził, że ofertą z rażąco niską ceną jest oferta z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. ceną w sposób znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Stwierdził, że jeżeli zaoferowana cena odbiega w sposób istotny od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia zamawiający ma obowiązek podjąć kroki określone w art. 90 Pzp.

Odwołujący uznał, że zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy Antinus, na co wskazuje istotna różnica między ceną ofertową wykonawcy Antinus a pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu, a także kwotą jaką zamawiający przeznaczył na realizację zadania.

Podał, że wykonawca Antinus w ofercie wskazał cenę 1 096 098,00 zł, zaś przed otwarciem ofert zamawiający podał do publicznej wiadomości kwotę, jaką zamierza

przeznaczyć na realizację zadania, tj. 1 981 960,50 zł. Oceniał, że różnica między podaną wartością a ceną oferty najkorzystniejszej określić należy jako zasadniczą dysproporcję, co wskazuje na brak możliwości wykonania zamówienia w sposób prawidłowy za cenę zaproponowaną w ofercie przetargowej, szczególnie gdy jest ona niższa o ponad 55 % od kwoty zadeklarowanej przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Potwierdzeniem faktu, że zaproponowana cena przez wykonawcę Antinus jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień jest analiza porównawcza cen przedstawionych przez pozostałych uczestników postępowania: 1 272 617,00 zł, 1 476 130,00 zł; 1 628 139,00 zł (oferta odrzucona); 1 837 777,00 zł (oferta odrzucona).

Odnosnie do zarzutu 4 odwołujący wskazał, że zamawiający nie wykluczył wykonawcy Antinus mimo złożenia wraz z ofertą karty katalogowej dotyczącej parametrów technicznych zasobnika, z której wynika jednoznacznie, że warunek dotyczący średnicy zasobnika nie został spełniony. Wyjaśnił, że wymaganie złożenia tego dokumentu wraz z ofertą zostało określone na str. 5 SIWZ.

W piśmie z dnia 19 września 2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w dniu 25 września 2013 r.) odwołujący oświadczył, że omyłkowo wskazał zasobnik jako produkt firmy Biwar zamiast Galmet oraz średnicę zasobnika 60,8 cm (bez izolacji) zamiast 60,0 cm (bez izolacji).

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, odwołania wniesionego w dniu 19 września 2013 r., odpowiedzi zamawiającego z dnia 4 października 2013 r. na to odwołanie, a także stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Na podstawie pkt 8 „Zestawienie ofert” zawartego w „Protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – Druk ZP-PN” skład orzekający Izby ustalił bowiem, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z drugą w rankingu ceną (po ofercie przystępującego), co biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100% znaczenie (Rozdział XVIII pkt 1 SIWZ), a zarzuty odwołania zmierzają do odrzucenia oferty przystępującego oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty przystępującego i nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – Druk ZP–PN.
2. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).
3. Oferty przystępującego.
4. Zawiadomienia „o wyborze najkorzystniejszej oferty i o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone lub wykluczone” z dnia 10 września 2013 r.

Ponadto skład orzekający Izby dopuścił:

1. Zestawienia przedłożone przez odwołującego na rozprawie co do zwiększenia ceny zbiornika solarnego i grupy pompowej ze względu na zwiększone wymagania zamawiającego oraz wyliczenie co do cen 1 m² powierzchni czynnej kolektora.
2. Oświadczenie Galmet Sp. z o.o. Sp. k., przedłożone przez przystępującego na rozprawie.

Zarzut przyjęcia oferty przystępującego co do maksymalnej średnicy zasobnika jako prawidłowej, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zarzut nieuprawnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Rozdziale III - Opis przedmiotu zamówienia - SIWZ zamawiający wskazał żądane parametry techniczne zbiornika solarnego (str. 4-5) wskazując m.in. że maksymalna średnica zasobnika (zamawiający stosował oba te pojęcia (zbiornik / zasobnik), jak i pojęcie wymiennika) o pojemności 400 l wynosić ma 530 mm (bez izolacji).

Zamawiający, w Rozdziale III – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1 SIWZ opisał także, że zamówienie obejmuje instalację kolektorów słonecznych próżniowych we wskazanej liczbie kompletów, zaś w skład jednego kompletu wchodzić ma: zestaw solarny, tj. kolektor próżniowy, wymiennik z dwiema węzownicami o wskazanej pojemności (300 l i 400 l), konstrukcje wsporcze do montażu kolektorów, zestaw pompowy, automatyka i instalacja.

W celu potwierdzenia, że oferowane kolektory słoneczne (w rozumieniu jak wyżej) odpowiadają określonym wymaganiom, zamawiający zażądał m.in. załączenia do oferty dokumentu potwierdzającego osiągnięcie wymaganego uzysku energetycznego przedstawionych w ofercie zestawów solarnych.

Przystępujący w formularzu ofertowym (str. 2 oferty), sporządzonym na podstawie wzoru zamawiającego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ oświadczył: „akceptujemy warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ, w tym w szczególności dotyczące postanowień umowy i zobowiązujemy się do zawarcia umowy zgodnie z załączonym do SIWZ projektem w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”. Do złożenia tego formularza, według wzoru zamawiającego, wykonawcy zostali zobowiązani postanowieniem Rozdziału X Opis sposobu przygotowania oferty, pkt 12 SIWZ.

Nadto w „Symulacji uzysku energetycznego dla 1m² powierzchni czynnej kolektora przeprowadzonej dla zestawu 1 i 2, zestawu 3 i 4” (od str. 135 oferty) [dalej „Symulacja uzysku energetycznego”] przystępujący wskazał, w odniesieniu do zestawu 3 i 4 obejmującego zasobnik firmy Galmet o pojemności 400 l, że średnica tego zasobnika wynosi 725 mm.

Do oferty przystępujący załączył również „Kartę gwarancyjną. Instrukcję obsługi” (od str. 129), w której – w odniesieniu do parametrów technicznych zbiorników o pojemności 400 l – wskazano średnicę zbiornika bez izolacji wynoszącą 600 mm. Załączenie karty gwarancyjnej stanowić miało, wedle przystępującego, zadośćuczynienie wymogowi zamawiającego przedłożenia karty katalogowej dla proponowanego zbiornika solarnego (wymóg Rozdziału III Opis przedmiotu zamówienia, str. 5), o czym świadczy zawarty na str. 2 oferty przystępującego opis załączników do oferty o treści „17. Karta katalogowa w formie Karty gwarancyjnej z instrukcją zbiornika solarnego oraz CE”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Żądany przez zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia, w zestawieniu tabelarycznym na str. 4-5 SIWZ parametr maksymalnej średnicy zbiornika / zasobnika o pojemności 400 l został sformułowany w sposób jednoznaczny i zrozumiały, tj. w zgodzie z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Ponad wszelką wątpliwość zamawiający zażądał, aby dla tego zbiornika / zasobnika średnica ta wynosiła nie więcej niż 530 mm. Taką też

wielkością tak wykonawcy na etapie przygotowania ofert, jak i zamawiający na etapie badania i oceny ofert był związany, ponieważ zamawiającemu nie wolno poddawać ofert ocenie w sposób inny (za pomocą innych parametrów) niż przewidział to w treści SIWZ, co czyni zadość zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), a także zapobiega arbitralności decyzji zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający oświadczył, że „w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający przez omyłkę wskazał dla zbiornika o pojemności 400 l maksymalną średnicę zasobnika bez izolacji – 530 mm”, a także, że „Średnica taka miała obowiązywać wyłącznie dla zasobnika o pojemności 300 l, zaś dla zasobnika o pojemności 400 l miała to być wartość większa. Wpisanie takiej pojemności również dla zasobnika 400 l było działaniem niezamierzonym”. Na rozprawie dodatkowo zamawiający oświadczył, że zamiarem zamawiającego nie było wskazanie zasobnika 400 l o średnicy 530 mm, ale 630 mm.

Skład orzekający przypomina, na co Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie już wskazywała w swoim orzecznictwie, że intencje zamawiającego, które nie zostały wyartykułowane w postanowieniach kluczowego dokumentu opracowywanego przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. SIWZ, nie mogą stanowić podstawy oceny złożonych ofert i miernika ich zgodności z treścią SIWZ, stąd przyjęcie innej niż wskazana w treści SIWZ wielkość średnicy zbiornika / zasobnika solarnego, tj. 530 mm jest niedopuszczalne.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał nadto, że „w dokumentacji technicznej – załącznik 1B do SIWZ – podano wysokość miejsc na zbiornik CWU (cieplej wody użytkowej), w których to pomieszczeniach zasobnik o pojemności 400 l i średnicy podanej w SIWZ (530 mm) nie mógł się zmieścić, gdyż byłby zbyt wysoki”.

Skład orzekający Izby wskazuje, że przedmiotem oceny Izby nie jest badanie racjonalności postępowania zamawiającego, ale legalności jego postępowania z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Niewątpliwie legalnym było wskazanie przez zamawiającego konkretnej średnicy zasobnika, jak i wysokości pomieszczeń, w których takie zasobniki mają być montowane.

Treść oferty (zakres zobowiązania) każdego wykonawcy rekonstruowana jest na podstawie całości zawartości oferty (Formularza ofertowego oraz dokumentów do niego załączonych). W przedmiotowej sprawie skład orzekający doszedł do wniosku, że przystępujący, wbrew wymogowi zamawiającego zawartemu na str. 5 SIWZ – w zestawieniu tabelarycznym odnośnie do średnicy zbiornika / zasobnika solarnego, zaoferował zbiornik / zasobnik solarny o pojemności 400 l o średnicy większej niż dopuszczona przez zamawiającego średnica 530 mm.

Wskazać bowiem należy, że „Symulacja uzysku energetycznego” została przez

przystępującego wykonana dla zasobnika Galmet o pojemności 400 l i średnicy 725 mm (bez izolacji; grubość izolacji wynosi 40 mm), co przystępujący wprost podał na str. 142 oferty. „Symulacja uzysku energetycznego” dotyczyć musiała – co oczywiste, oferowanych przez wykonawcę (zamawiający użył w SIWZ wyrazu „przedstawionych”) w ofercie zestawów solarnych, w skład których, jak wskazano powyżej, wchodzi również wymiennik / zbiornik / zasobnik solarny. Zatem przystępujący zaoferował zasobnik / zbiornik solarny o pojemności 400 l i średnicy 725 mm, tj. powyżej 530 mm.

W praktyce rozróżnienie charakteru oświadczeń wykonawcy, bądź jako oferty, bądź jako dokumentu o charakterze przedmiotowym nastrocza pewnych trudności. W okolicznościach niniejszej sprawy w ocenie składu orzekającego Izby „Symulacja uzysku energetycznego” ma charakter mieszany, tj. z jednej strony potwierdzać ma uzysk energetyczny, z drugiej stanowi treść oferty (zobowiązania) przystępującego.

Chociaż sam zamawiający nadał dokumentowi potwierdzającemu osiągnięcie wymaganego uzysku energetycznego (u przystępującego - „Symulacja uzysku energetycznego”) status tzw. dokumentu przedmiotowego, to jednak obliczenia zawarte w tym dokumencie odnoszą się – zgodnie z oczywistym żądaniem zamawiającego – do konkretnego, wskazanego zestawu, w skład którego wchodzi zidentyfikowany w szczególności co do producenta, pojemności i średnicy zasobnik solarny stąd w tym zakresie dokument ten dostatecznie ujawnił wolę przystępującego co do parametrów zaoferowanego zasobnika.

W ofercie przystępującego wskazanie średnicy zasobnika Galmet o pojemności 400 l nastąpiło także w „Karcie gwarancyjnej”, ale i tam średnica ta wynosi powyżej 530 mm (wskazano 600 mm bez izolacji), a nadto, co istotne, karta gwarancyjna jest dokumentem wystawionym przez inny podmiot niż wykonawca (przystępujący) z tego też względu skład orzekający Izby musiał przyjąć, że wielkość średnicy zaoferowanego zasobnika to wielkość wskazana w „Symulacji uzysku energetycznego”, tj. z dokumentu: po pierwsze sporządzonego przez samego wykonawcę (przystępującego), a nie podmiot trzeci, po drugie dokumentu dedykowanego, sporządzonego na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (obliczenia dotyczą konkretnych ilości instalacji na terenie wskazanej w „Symulacji uzysku energetycznego” lokalizacji, tj. gminy Sztabin - zamawiającego).

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że niedopuszczalne byłoby stwierdzenie zgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ na podstawie „ogólnej, uniwersalnej” akceptacji przez przystępującego warunków określonych przez zamawiającego, zwłaszcza gdy:

1. warunki te uwypuklają przede wszystkim akceptację postanowień umowy i dotyczą zobowiązania wykonawcy wyłącznie co do zawarcia umowy zgodnie z projektem

umowy (treść narzuconej przez zamawiającego akceptacji brzmi: „akceptujemy warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ, w tym w szczególności dotyczące postanowień umowy i zobowiązujemy się do zawarcia umowy zgodnie z załączonym do SIWZ projektem w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”),

2. warunki co do średnicy zasobnika określone przez zamawiającego jedynie poprzez wskazanie górnej granicy średnicy zasobnika zostały skonkretyzowane (podane) przez przystępującego w innej części oferty.

Podnieść także należy, że oparcie się w takiej sytuacji (tj. gdy zobowiązanie wykonawcy jest w innych częściach oferty skonkretyzowane) jedynie na ogólnych oświadczeniach (akceptacji) wykonawcy likwidowałoby w istocie instytucję badania przez zamawiającego zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Dostrzeżenia wreszcie wymaga, że uznanie całego dokumetu „Symulacja uzysku energetycznego” jako tzw. dokumentu przedmiotowego, podlegającego w całości uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a więc także w zakresie wskazanej tam średnicy zasobnika Galmet o pojemności 400 l oznaczałoby dopuszczenie do sformułowania przez wykonawcę treści oferty po upływie terminu składania ofert, co jest sprzeczne z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Na marginesie, skład orzekający Izby zwraca uwagę, że wprowadzając w SIWZ zamawiający nie wskazał maksymalnej wysokości oferowanych zasobników solarnych, to każda oferta winna być przez zamawiającego poddana ocenie również pod kątem możliwości zamontowania zaoferowanych zasobników w pomieszczeniach o konkretnych, wskazanych przez zamawiającego wysokościach (Dokumentacja techniczna) skoro przedmiotem zamówienia objęto także instalację zestawów solarnych w wyszczególnionych obiektach.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zamawiający z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przyjął ofertę przystępującego jako prawidłową co do maksymalnej średnicy zasobnika o pojemności 400 l i zaniechał jej odrzucenia, a w konsekwencji, że z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut zaoferowania przez przystępującego ceny rażąco niskiej skład orzekający Izby uznał za gołosłowny, ponieważ w odwołaniu odwołujący poprzestał jedynie na stwierdzeniu wystąpienia „istotnej różnicy”, „zasadniczej dysproporcji” między ceną ofertową przystępującego (na poziomie poniżej 1 100 tys. zł) a pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu (na poziomie od 1 273 tys. zł do 1 838 tys. zł), a także między ceną ofertową przystępującego a kwotą, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia (1 981 960,50 zł)”, co samo w sobie nie może stanowić wystarczającej podstawy do odrzucenia oferty.

Dostrzeżenia wymaga, że cena ofertowa przystępującego na poziomie nieco poniżej 1 100 tys. zł jest o około 173 tys. zł niższa od ceny ofertowej odwołującego, która - w ocenie samego odwołującego - jest jak najbardziej ceną realną. Cena ofertowa przystępującego stanowiąca około 86% ceny ofertowej odwołującego w ocenie składu orzekającego Izby może być wynikiem normalnej gry rynkowej i pożądanej w zamówieniach publicznej konkurencji.

Odwołujący nie wykazał także sugerowanej przez siebie „wyraźnie niższej ceny” przystępującego od innych ofert, która miałaby być wynikiem „świadomego działania” albo „nierzetelności kalkulacji” przystępującego.

Przypomnienia wymaga, że to na odwołującym spoczywa w tym przypadku ciężar dowodu, że zaoferowana przez przystępującego cena jest rażąco niska.

Skład orzekający Izby nie uznał za wiarygodne wyliczenia własnego odwołującego co do cen 1 m² powierzchni czynnej kolektora, przedłożonego na rozprawie, ponieważ zostało oparte na trzech informacjach o wyborze oferty najkorzystniejszej postępowań przetargowych, których podobieństwo co do przedmiotu (ilości i wymagań) z niniejszym postępowaniem nie zostało wykazane (brak nawet informacji, jakie były wymagania SIWZ w poszczególnych postępowaniach), a nadto dwa z nich pochodzą z roku 2011, od kiedy to ceny zestawów solarnych mogły ulec zmianie, tj. zmniejszyć się (podnosił to przystępujący). Skład orzekający Izby nie uznał także za wiarygodne zestawienie odwołującego co do zwiększenia ceny zbiornika solarnego i grupy pompowej, a w konsekwencji co do zwiększenia całej ceny ofertowej w związku ze zwiększonymi wymaganiami zamawiającego w stosunku do uprzednio prowadzonego postępowania, ponieważ nie zostały poparte żadnymi dowodami np. ofertami producentów zbiorników lub grup pompowych, pozostając tym samym jedynie gołosłownym stanowiskiem odwołującego. Trudno nadto przyjąć, że

wskazane różnice cenowe winny wprost być odzwierciedlone w cenach ofertowych wykonawców przedmiotowego postępowania w stosunku do cen zaoferowanych w uprzednio prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu na tożsamy (co najmniej co do ilości) przedmiot zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie wykazał, aby cena ofertowa przystępującego była ceną rażąco niską, a w konsekwencji uznał, że zamawiający, nie odrzucając oferty przystępującego na tej podstawie nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z tego powodu, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie odwołującego zamawiający winien wykluczyć przystępującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z tego powodu, że ze złożonej przez przystępującego wraz z ofertą karty katalogowej wynika, że warunek dotyczący średnicy zasobnika nie został spełniony.

Skład orzekający Izby wskazuje jednak, że na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu każdego wykonawcę, jednak tylko wtedy, gdy wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu - warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a więc w zakresie posiadania odpowiednich uprawnień, wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym czy osobami, wreszcie w zakresie znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, (tzw. warunki podmiotowe, tj. dotyczące podmiotu, który składa ofertę).

Odwołujący nie wskazał, aby przystępujący nie wykazał spełniania któregokolwiek z ww. warunków stąd brak podstaw do wykluczenia przystępującego.

Podnoszone przez odwołującego niespełnienie warunku dotyczącego średnicy zaoferowanego przez przystępującego zasobnika może zostać zakwalifikowane wyłącznie jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, skutkujące odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Taki też zarzut został zgłoszony przez odwołującego i rozpoznany przez skład orzekający Izby powyżej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a i § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: