

Sygn. akt: KIO 439/15

WYROK

z dnia 18 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Małgorzata Gil

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2015 r. przez wykonawcę **Tetreon Technologies Ltd z siedzibą w Washington, West Sussex, Wielka Brytania**

przy udziale wykonawcy **SVCS Process Innovation s.r.o. w Brnie, Republika Czeska**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Cezamat PW sp. z o.o. w Warszawie, działającą jako pełnomocnik Politechniki Warszawskiej z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę SVCS Process Innovation s.r.o. w Brnie, Republika Czeska na podstawie art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. kosztami postępowania obciąża Cezamat PW sp. z o.o. w Warszawie, działającą jako pełnomocnik Politechniki Warszawskiej z siedzibą w Warszawie i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Tetreon Technologies Ltd z siedzibą w Washington, West Sussex, Wielka Brytania** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Cezamat PW sp. z o.o. w Warszawie, działającej jako pełnomocnik Politechniki Warszawskiej z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Tetreon**

Technologies Ltd z siedzibą w Washington, West Sussex, Wielka Brytania kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Cezamat PW sp. z o.o. w Warszawie, działająca jako pełnomocnik Politechniki Warszawskiej z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa kompletu 3 zestawów horyzontalnych pieców wysokotemperaturowych do utleniania suchego, mokrego i procesów wygrzewania płytek półprzewodnikowych wraz z urządzeniami do osadzania warstw azotku krzemu i polikrzemu metodą LPCVD na potrzeby realizacji projektu Centrum Zaawansowanych Materiałów i Technologii w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013, współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 listopada 2014 r., nr 2014/S 229-403880.

W dniu 26 lutego 2015 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawcy Tetreon Technologies Ltd z siedzibą w Washington, West Sussex, Wielka Brytania, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SVCS Process Innovation s.r.o. w Brnie, Republika Czeska, zwanego dalej „przystępującym”.

Odwołujący w dniu 6 marca 2015 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) czynności wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 3) zaniechania czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, pomimo iż zaistniały ku temu ustawowe przesłanki;
- 3) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez błędną ocenę wyjaśnień przystępującego i zaniechanie odrzucenia jego oferty,

- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie warunku i w konsekwencji wybór oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący argumentował, że zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, bowiem w sposób uprzywilejowany potraktował przystępującego i dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do elementów ceny, przystępujący złożył jedynie ogólnikowe wyjaśnienia bez poparcia ich żadnymi dowodami. Zdaniem odwołującego wyjaśnienia te są de facto jedynie potwierdzeniem wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną w ofercie, a nie wykazaniem przez wykonawcę, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Przedstawione wyjaśnienia przystępującego w żaden szczegółowy sposób nie zawierają wskazania czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do wyjaśnień przystępującego z dnia 23.02.2015 r. nie można zgodzić się, iż wymienione w nich wcześniejsze dostawy pieców pozwalają stwierdzić, iż cena oferty nie odbiega od cen, które były oferowane w innych postępowaniach. Krótka specyfikacja wszystkich podanych projektów nie może być podstawą do uzasadnienia ceny oferty, bowiem ceny pieców znacznie się różnią w zależności od procesów jakie są w nich wykonywane i proste porównanie nie jest możliwe. W uzasadnieniu ceny - w wyjaśnieniach brak jest specyfikacji technicznych wskazujących na instalacje systemów pieców wielorurowych z zastosowaniem rur i kaset z węgliku krzemu (SiC). Zastosowanie SiC jest bardzo wymagające technologicznie i wymaga doświadczenia ze względu na właściwości materiału (SiC) i znacznie droższe niż kwarcowe. Wszystkie podane przez przystępującego przykłady są to systemy małe - jednostosowe czyli wszystkie piece mieszczą się w jednej obudowie i w podanych przykładach są jednorodnie technologiczne tzn. wykonane z wykorzystaniem rur kwarcowych. Uzasadnienie ceny oferty poprzez podanie cen zestawów mniejszych nie jest możliwe, bo podane piece są przeznaczone do innych procesów, jak można sądzić nie mając dokładnej specyfikacji technicznej, a także listy procesów wykonywanych w poszczególnych zestawach.

Odwołujący argumentował, że przedstawienie w ramach wyjaśnień umów zawierających, ale jedynie w ocenie wykonawcy podobny przedmiot zamówienia i na tej podstawie próba wykazywania, iż cena oferty jest wiarygodna i umożliwi realizację umowy,

nie stanowi o realności ceny oferty. Powoływanie się na wcześniej zrealizowane projekty nie pozwala zamawiającemu stwierdzić, czy w trakcie sprawdzania poszczególnych ofert, zamawiający przeprowadzający dane postępowanie przetargowe skorzystali z możliwości ustalenia, czy przedłożone oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym powoływanie się na ceny rynkowe nie powinno być wystarczające dla zamawiającego.

Odwołujący wywodził, iż zamawiający ma ustawowy obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w szczególności, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości szacunkowej lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Ustawodawca nie pozostawia wątpliwości, że punktem odniesienia mają być wszystkie złożone oferty, także te, które podlegają odrzuceniu. Poziom różnicy ceny oferty przystępującego w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia jak również do cen pozostałych ofert jest zauważalny i budzi wątpliwości w warunkach danego postępowania. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem przystępującego, iż zaproponowane przez pozostałych wykonawców ceny są wyższe od rynkowych i nie można tym samym porównywać ceny jego oferty do zawyżonych cen ofert konkurencji. Porównanie ceny oferty czy to do wartości szacunkowej czy średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert służy zamawiającemu podjęciu decyzji, czy cena oferty może być rażąco niska i uruchomieniu procedury wyjaśnień. Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia na 12.405.653,80 zł brutto (co wynika z pisma zamawiającego z dnia 17.02.2015 r. wzywającego wykonawcę do złożenia wyjaśnień). Cena oferty przystępującego opiewa na kwotę 5.991.900,00 zł netto (brutto 7.370.037 zł). Po doliczeniu do ceny netto oferty przystępującego podatku VAT, cena ta jest nadal niższa o 30 % od szacunkowej wartości zamówienia. Wyjaśnienia przystępującego nie są ani wyczerpujące, ani konkretne i przekonujące. Wykonawca nie ujawnił najważniejszych składników cenotwórczych (np. koszt pracowników, koszty pracy, marża). Powyższe stanowi iż wyjaśnienia mają charakter pozorny i nie stanowią wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zdaniem odwołującego rolą wykonawcy było wyjaśnienie ceny swojej oferty, tak aby zamawiający mógł być przekonany, w oparciu o ocenę przedstawionych wyjaśnień i dowodów, co do tego, że cena jest nie rażąco niska. Znowelizowane przepisy ustawy Pzp przyznają również zamawiającemu prawo żądania dowodów na potwierdzenie realności zaoferowanej ceny. Zamawiający w swoim wezwaniu do złożenia wyjaśnień skorzystał ze swojego prawa i zażądał przedstawienia dowodów. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył jednak żadnych dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a złożone wyjaśnienia nie pozwalają przyjąć, iż pomimo, iż cena oferty odbiega od rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, jest to uzasadnione obiektywnymi czynnikami pozwalającymi wykonawcy, bez strat finansowych, zamówienie wykonać.

Pomimo, iż przystępujący nie sprostął obowiązkowi nałożonemu na niego przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie odrzucił oferty tego wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał błędnej oceny przedstawionych wyjaśnień, przystępujący bowiem nie udowodnił, że wystąpiły wyjątkowe, obiektywne okoliczności niedostępne w sposób standardowy innym wykonawcom oraz że okoliczności te mają wpływ na cenę w taki sposób, iż ich wystąpienie pozwoliło wykonawcy zaoferować o wiele niższą cenę niż szacowana przez zamawiającego wartość zamówienia i oferowana przez innych wykonawców cena. Wskazywanie, iż korzystnymi warunkami wykonania zamówienia jest możliwość udzielania zaliczek przez zamawiającego, niskie kary umowne oraz zmiany do umowy nie może być traktowane jako wyjątkowe okoliczności, bowiem te warunki są dostępne dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, a nie tylko dla przystępującego.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący argumentował, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia zamawiający zażądał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w wykonaniu, w określonym czasookresie, co najmniej dwóch dostaw obejmujących również instalację i uruchomienie zestawu horyzontalnych pieców wysokotemperaturowych, o określonych w SIWZ cechach. Na potwierdzenie ww. warunku wykonawca miał złożyć wykaz dostaw wg załącznika nr 4 do SIWZ oraz dowody wskazujące, że dostawy zostały wykonane należycie. Odwołujący podkreślił także, że zamawiający w załączniku nr 4 do SIWZ (wzór wykazu dostaw) doprecyzował, iż „za jedną dostawę należy uznać dostawę będącą przedmiotem jednej umowy”.

Odwołujący argumentował, że przystępujący załączył do oferty wykaz dostaw, w którym wskazał, iż wykonał dwie dostawy. Jedna dotyczyła dostawy na rzecz On Semiconductor Czech Republic s.r.o. zestawu pieca o numerze seryjnym 14015, która odbyła się od 1.07.2014 - 21.8.2014 r. Druga natomiast z dostaw dotyczyła dostawy również na rzecz On Semiconductor Czech Republic s.r.o. zestawu pieców horyzontalnych o nr seryjnym 14014, która odbyła się od 1.7.2014 r. do 25.9.2014 r. Przystępujący do wykazu załączył dwa protokoły akceptacji, tj. protokół akceptacji nr 1/2014 oraz protokół akceptacji nr 2/2014. Jednak z treści złożonych protokołów wynika, iż dostawa zestawów pieców horyzontalnych dotyczy tej samej oferty (oferta: SVFUR21402-ONCZ) oraz tej samej umowy kupna - sprzedaży (umowa kupna -sprzedaży: 24056484). Tym samym przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż zamawiający sam zastrzegł w dokumentacji, iż za jedną dostawę należy uznać dostawę będącą przedmiotem jednej umowy. Odwołujący wywiódł, że zamawiający zaniechał wezwania przystępującego na

podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów, tj. nowego wykazu dostaw potwierdzającego spełnienie warunku. Ponieważ przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ww. ustawy Pzp, a ofertę wykonawcy wykluczonego należało uznać za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ww. ustawy).

W oparciu o argumentację przedstawioną w odwołaniu odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) wykluczenia przystępującego z postępowania, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca ten nie wykazał, iż zaofferowana przez niego cena nie jest rażąco niska,
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca SVCS Process Innovation s.r.o. w Brnie, Republika Czeska. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: notatkę służbową zamawiającego z szacowania wartości zamówienia z 12.11.2014 r., protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego z 17 lutego 2015 r. skierowane do przystępującego o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia przystępującego 23 lutego 2015 r., zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26 lutego 2015 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod

uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę SVCS Process Innovation s.r.o. w Brnie, Republika Czeska, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się odrzucenia oferty wybranej, względnie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył tę ofertę. Ustalenie, iż zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zaniechał odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, bądź zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył tę ofertę, prowadziłoby do nakazania wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Nie podzielono stanowiska zamawiającego przedstawionego w trakcie rozprawy, jakoby odwołujący nie był legitymowany do wniesienia odwołania. Zamawiający wywiódł, że uwzględnienie odwołania z dużym prawdopodobieństwem doprowadzi do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a nie do wyboru oferty odwołującego. Wskazał, że cena oferty odwołującego (11.241.585,00 zł brutto) przewyższa kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 10.000.000 zł brutto. Wywiódł, że projekt jest dofinansowany ze środków Unii Europejskiej, możliwość pozyskania innych środków jest niewielka, zaś zwiększenie finansowania do wysokości oferty odwołującego jest wątpliwe.

Izba stwierdziła, że nie zostało przez zamawiającego wykazane, iż skutkiem wykonania zaniechanych czynności będzie konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co miałyby świadczyć o braku po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszeń ustawy Pzp zarzucanych zamawiającemu. Przywołany przez zamawiającego przepis ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty*. Stwierdzono, że cena oferty odwołującego tj. 11.241.585,00 zł brutto jest rzeczywiście wyższa od kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, to jest 10.000.000 zł brutto (pkt 8 protokołu postępowania). Izba wzięła jednak pod uwagę, że przywoływany przepis nie obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena wybranej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną na finansowanie zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem ww. przepisu, zamawiający w takim przypadku ma bowiem możliwość przeanalizowania swego budżetu w celu stwierdzenia, czy istnieje możliwość zwiększenia kwoty finansowania do wartości umożliwiającej zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Konieczność unieważnienia postępowania będzie następstwem ewentualnego ustalenia przez zamawiającego, że w danych okolicznościach nie będzie on już miał możliwości dalszego zwiększenia kwoty finansowania do wartości oferty odwołującego.

Wzięto pod uwagę, że stanowisko zamawiającego co do braku możliwości zwiększenia kwoty finansowania nie było jednoznaczne i stanowcze. Zamawiający uzasadniając wniosek wspominał jedynie o niewielkim prawdopodobieństwie, czy też o swoich wątpliwościach co do zwiększenia omawianej kwoty. Po drugie zaś, nawet gdyby uznać że ww. oświadczenia złożone na rozprawie są stanowcze, to zamawiający nie przedstawił Izbie żadnego dowodu z którego wynikałoby, iż z pewnością nie będzie możliwości zwiększenia kwoty finansowania zamówienia do wartości oferty odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że odwołującemu przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

1. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia

Stwierdzono, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 10.085.897,40 zł netto w dniu 12 listopada 2014 r. na podstawie rozeznania rynku firm prowadzących działalność będącą przedmiotem zamówienia (pkt 2.2. protokołu postępowania). Jak wynika z notatki służbowej wartość tę oszacowana na podstawie uśrednionych szacunków nadesłanych zamawiającemu przez dwie firmy to jest Centrotherm Photovoltaics AG i Ptreon Technologies Ltd (notatka służbowa z 12.11.2014 r. w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono także, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 10.000.000 zł brutto (pkt 8 protokołu postępowania, sekcja VI. 3 pkt 10 ogłoszenia o zamówieniu).

Na podstawie protokołu nr 4, stanowiącego załącznik do protokołu postępowania ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły 3 oferty:

- 1) przystępującego z ceną netto, która jest równa cenie brutto - 5.991.900,00 zł,
- 2) wykonawcy Centrotherm Photovoltaics AG z ceną netto, która jest równa cenie brutto – 11.407.880,00 zł,
- 3) odwołującego z ceną netto 9.139.500 zł i z ceną brutto 11.241.585,00 zł.

Ustalono również, że pismem z dnia 17 lutego 2015 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego *do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

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

W wezwaniu zamawiający wskazał, że przystępujący *winien uwzględnić wszelkie obiektywne czynniki, odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia, uzasadniając rodzaje i wysokość niezbędnych kosztów realizacji poszczególnych elementów (prac) składających się na przedmiot zamówienia, będących podstawą obliczenia ceny, wraz z informacjami pozwalającymi na jednoznaczne ustalenie, iż za zaoferowaną cenę wykonawca jest w stanie prawidłowo i zgodnie z wymaganiami*

określonymi w SIWZ zrealizować dostawę, instalację i uruchomienie kompletu 3 zestawów horyzontalnych pieców wysokotemperaturowych.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 23 lutego 2015 r. W piśmie tym oświadczył, iż cena wskazana w jego ofercie ma charakter rynkowy i została określona powyżej poziomu kosztu wykonania zamówienia. Oświadczył, że zamówienie zrealizowane będzie zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym także prawa miejscowego (np. określającymi wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, przepisami bhp, przepisami określającymi sposób postępowania z odpadami, itp.). Wreszcie po trzecie, że wykona daną usługę zgodnie z zasadami sztuki zawodowej. Podniósł, że realności ceny dowiodły wcześniejsze realizowane przez niego umowy. Przywołał w tym zakresie dostawy zrealizowane na rzecz CEITEC, Brno, na rzecz Melbourne Center for Nanofabrication oraz na rzecz National Nano Device Laboratories, Tajwan, wskazując ceny oraz rodzaje rur w zestawach pieców, które dostarczył. Wywiódł, że niezasadne jest porównywanie ceny brutto jego oferty z szacunkową wartością zamówienia wyrażoną jako kwota brutto, gdyż w celu porównania obu wartości do jego ceny ofertowej należy doliczyć podatek VAT, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami, zgodnie z art. 91 ust. 3 a ustawy Pzp. Poprosił o przyjęcie do porównania kwoty 7.370.037 zł.

Przystępujący w swych wyjaśnieniach wywiódł ponadto, że zaproponowane przez bezpośrednią konkurencję ceny są jego zdaniem wyższe od rynkowych. Może to wynikać z faktu, iż oba podmioty konkurencyjne oferują rozwiązania zestandaryzowane. Powyższe może wpływać na obniżenie kosztów produkcji, jednak tylko w przypadku standardowych zamówień.

Przystępujący w swych wyjaśnieniach argumentował, że szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego jest wyższa od rynkowej. Szacowanie zostało dokonane na podstawie szacowań wartości zamówienia przekazanych przez Centrotherm Photovoltaics AG oraz Tetreon Technologies Ltd i nie może służyć do badania ceny jego oferty. O tym, jak wysokie mogą być te narzuty świadczy oferta złożona w postępowaniu o sygn. CEZAMAT/ZPOI/2013 przez zwycięskich wykonawców: konsorcjum IDS-BUD S.A. i Korporacji Altis-Holding, gdzie za dostawę kompletu 3 zestawów pieców zażądano 15.909.287,32 zł netto. Oferta złożona przez Budimex S.A. w zakresie dostawy tego samego kompletu opiewała na 8.978.701,11 zł netto i obejmowała narzut pośrednika oraz narzut wykonawcy robót budowlanych. Przystępujący w swych wyjaśnieniach podniósł także, że w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę w wysokości 10.000.000 PLN brutto. Powyższe zostało uwzględnione przy kalkulacji ceny ofertowej.

Przystępujący w swym piśmie wyjaśniał także, że warunki realizacji zamówienia są łagodniejsze niż przeciętne warunki na jakich były realizowane 3 zamówienia, na jakie powołał się w wyjaśnieniach. Te korzystne warunki to przede wszystkim możliwość udzielenia zaliczki przez zamawiającego, której wartość zgodnie z § 8 ust. 7 umowy może sięgnąć aż 50% wartości zamówienia. Zwrócił uwagę na niskie kary umowne (0,05% wartości zamówienia za dzień opóźnienia) oraz zawarte w § 15 postanowienia dotyczące zmiany umowy uelastyczniające jej realizację. Jednocześnie zasygnalizował, bliskie geograficznie miejsca dostaw (ok. 450 km), co sprzyja obniżeniu kosztów transportu, instalacji i obsługi gwarancyjnej. Argumentował również, że nie ma możliwości zaoferowania dostaw o jakości niższej od wymaganej w związku z rozbudowanymi postanowieniami dotyczącymi kontroli jakości oraz wykonywaniem testów już u producenta urządzeń.

Ustalono także, że 26 lutego 2015 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego, zaś oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu (zawiadomienie z 26 lutego 2015 r., w dokumentacji postępowania).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Dostrzeżenia wymagało, że analizowane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po wejściu w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232).

W świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu ustalonym wskutek wejścia w życie ww. ustawy nowelizującej, *jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

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

Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.*

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.* Z kolei przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Jak wynikało z formularza ofertowego złożonego przez przystępującego, zaoferował on wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 5.991.900 zł. Ponieważ ewentualny wybór oferty przystępującego połączony byłby po stronie zamawiającego z powstaniem obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, celem dokonania oceny tej oferty należało doliczyć do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami. Obowiązek doliczenia ww. kwoty do ceny oferty wynikał z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Obowiązek ten został przez zamawiającego także przywołany w treści pkt 21.6 SIWZ. Po doliczeniu do ceny zaoferowanej przez przystępującego kwoty ww. podatku, przy porównaniu ofert należało uwzględnić zatem wartość 7.370.037 zł. Analogiczny zabieg należało zastosować w stosunku do ceny oferty wykonawcy Centrotherm Photovoltaics AG, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 11.407.880,00 zł. Po doliczeniu kwoty podatku VAT w trybie art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, celem porównania tej oferty z innymi należało uwzględnić kwotę 14.031.692,40 zł. Ostatnią ofertą, jaką złożoną w postępowaniu, była oferta odwołującego z ceną brutto 11 241 585,00 zł brutto.

W dalszej kolejności Izba dokonała wyliczenia średniej arytmetycznej wszystkich cen ofertowych. Ponieważ suma cen wszystkich ofert w postępowaniu wyniosła 32.643.314,40 zł, zatem średnia arytmetyczna tych ofert stanowiła kwotę 10.881.104,80 zł.

Następnie Izba ustaliła stosunek, w jakim cena oferty przystępującego pozostawała do średniej arytmetycznej wszystkich cen ofertowych. W tym celu porównano cenę zaoferowaną przez przystępującego, którą należało przyjąć do oceny ofert na poziomie 7.370.037 zł, do kwoty 10.881.104,80 zł. Ustalono, że badana cena stanowiła 67,73 % średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Ponieważ była o ponad 30% mniejsza od średniej, zatem zamawiający miał obowiązek wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie przesądził, że różnica tego rodzaju pomiędzy ceną oferowaną a średnią arytmetyczną cen musi prowadzić do uruchomienia

procedury wyjaśniającej. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie wezwał przystępującego do przedstawienia wyjaśnień.

Pismem z dnia 17 lutego 2015 r. zamawiający wyraźnie wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Podkreślenia wymaga, że zamawiający w swym wezwaniu dokładnie sprecyzował jakich wyjaśnień oczekuje i co powinny obejmować. Wskazał m.in., że w wyjaśnieniach należy podać wszelkie obiektywne czynniki, odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia. W dalszej części wezwania wskazano ponadto, że dla ww. elementów należy podać uzasadnienie podnosząc je do rodzajów i wysokości kosztów realizacji poszczególnych elementów (prac) składających się na przedmiot zamówienia. W końcowej części wezwania przystępujący został zaś poinformowany, że przedstawiane zamawiającemu informacje miały pozwalać na ustalenie i to w sposób jednoznaczny, iż za zaoferowaną cenę wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie prawidłowo i zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Izba stwierdziła, że przystępujący w złożonym zamawiającemu piśmie nie tylko nie uzasadnił ale i nawet nie ujawnił ani jednego z elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zdaniem Izby, użyte w wezwaniu sformułowanie „elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny”, czy rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów” jednoznacznie wskazywały na to, że wyjaśnienia miały zawierać element kalkulacyjny. Jest to oczywiste dlatego, że celem procedury wyjaśniającej jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Oświadczenie tego rodzaju znajdowało się już bowiem już w pkt 2 formularza oferty i nie było potrzeby go powielać.

Tymczasem przystępujący ograniczył się de facto jedynie do wskazania cen po jakich wykonał dostawę i instalacje zestawów pieców dla wymienionych przez siebie trzech odbiorców, co jednak nie może być uznane za ujawnienie i uzasadnienie elementów kalkulacyjnych. W trakcie rozprawy przystępujący wyjaśniał, że nie przedstawił zamawiającemu żadnych elementów kalkulacyjnych, gdyż uważał, że zamawiający nie będzie w stanie zweryfikować tego rodzaju danych. Podniósł także, że ewentualnie ujawnione dane miałyby charakter wrażliwy i stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego. Zdaniem Izby żadna z okoliczności przywołanych przez przystępującego nie zwalniała go od obowiązku zastosowania się do wezwania. Jeżeliby założyć, że zamawiający istotnie napotkałby trudności przy weryfikacji wyjaśnień, to celem ich oceny można było powołać biegłego w trybie 21 ust. 4 Pzp. Przywoływany przepis stanowi, że *jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem*

postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych. Również obawa przed ujawnieniem wrażliwych informacji nie usprawiedliwiła zaniechania przystępującego. Uszło jego uwadze, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający nie może ujawniać informacji, które zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ulega przecież wątpliwości, że omawiany przepis znajduje również zastosowanie do informacji przekazywanych zamawiającemu przez wykonawców po złożeniu ofert.

Zdaniem Izby, obowiązku wykazania prawidłowości kalkulacji własnej oferty nie mogły zastąpić także ogólne i niepoparte dowodami oświadczenia przystępującego, jakoby ceny ofert dwóch pozostałych wykonawców zostały zawyżone.

Nie stanowi o wypełnieniu obowiązku podania i uzasadnienia kosztów pracy, które miały odpowiadać wskazanym w wezwaniu przepisom o minimalnym wynagrodzeniu, ogólne zapewnienie, że zamówienie zrealizowane będzie zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym także prawa miejscowego (np. określającymi wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, przepisami bhp). Rolą wykonawcy było ujawnienie wysokości kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Informacji takich próżno było szukać w wyjaśnieniach.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że przystępujący nie przedstawił w swym piśmie jakichkolwiek elementów kalkulacyjnych.

Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywał na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień, w tym przypadku na przystępującym. Przystępujący uchylając się od złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie sprostął temu obowiązkowi. Ponieważ nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia należało stwierdzić, że zaoferował zamawiającemu taką właśnie cenę. W konsekwencji oferta przystępującego powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czego jednak zamawiający zaniechał. Zarzut naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów należało zatem uznać za zasadny.

Na analogicznej zasadzie za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż z uzasadnienia odwołania wynikało jedynie, że o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców świadczyć miały okoliczności przywołane dla uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zatem zarzut ten jako wtórny dzielił los zarzutu podstawowego.

2. Zarzut dotyczący niewykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 9.2.1. SIWZ

Ustalono, że zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp opisał w SIWZ sposób, w jaki dokonywać będzie oceny spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagano od wykonawców. W pkt. 9.2.1. SIWZ zastrzeżono, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy *wykonalili, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywali, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie główne dostawy, obejmujące również instalację i uruchomienie zestawu horyzontalnych pieców wysokotemperaturowych do utleniania suchego, mokrego i procesów wygrzewania płytek półprzewodnikowych, przystosowanych do pracy w pomieszczeniach czystych klasy 1000 lub lepszych, w którym zamontowano co najmniej jeden piec reakcyjny z maksymalną temperaturą procesu co najmniej 1200 st. C.*

W myśl pkt 10.1.1. SIWZ, celem potwierdzenia tego warunku zamawiający żądał dołączenia do oferty wykazu *wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch głównych dostaw, obejmujących również instalację i uruchomienie zestawu horyzontalnych pieców wysokotemperaturowych do utleniania suchego, mokrego i procesów wygrzewania płytek półprzewodnikowych, przystosowanych do pracy w pomieszczeniach czystych klasy 1000 lub lepszych, w którym zamontowano co najmniej jeden piec reakcyjny z maksymalną temperaturą procesu co najmniej 1200 st. C - wg załącznika nr 4 do SIWZ.* Zgodnie zaś z pkt 10.1.2. SIWZ, do oferty należało również załączyć *dowody wskazujące, czy dostawy wymienione w wykazie dostaw zostały wykonane należycie.*

Ustalono także, że analogiczne informacje znalazły się w sekcji III.2.1 ppkt 1.2.1, ppkt 2.1.1 i 2.1.2 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego przez zamawiającego w Dz. U. UE w dniu 27 listopada 2014 r. Nr 2014/S 229-403880.

Ustalono ponadto, iż do SIWZ załączono wzór wykazu dostaw – załącznik nr 4 do SIWZ. We wzorze załącznika znalazło się zastrzeżenie, zgodnie z którym *za jedną dostawę należy uznać dostawę będącą przedmiotem jednej umowy.*

W dalszej kolejności ustalono, że przystępujący celem potwierdzenia omawianego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia złożył wraz z ofertą wykaz dostaw, w którym wymieniono 2 pozycje.

W pozycji 1 wykazu przystępujący podał następujące informacje.

Podmiot, na rzecz którego dostawa została wykonana: ON SEMICONDUCTOR CZECH REPUBLIC s.r.o., Roznov pod Radhostem; Przedmiot zamówienia: SVFUR21402-ONCZ-01-02 PEC numer seryjny 14015; Data wykonania dostawy: od 1.7.2014 do 21.8.2014; Opis zrealizowanej dostawy: Zestaw horyzontalnego pieca wysokotemperaturowego do utleniania suchego, mokrego i procesów wygrzewania płytek półprzewodnikowych, przystosowanych do pracy w pomieszczeniach czystych klasy 1000 lub lepszych, w którym zamontowano co najmniej jeden piec reakcyjny z maksymalną temperaturą procesu co najmniej 1200 °C.

Na potwierdzenie należytego wykonania powyższej dostawy przystępujący załączył protokół akceptacji nr 1/2014 z datą 21.8.2014, sporządzony w języku czeskim wraz z tłumaczeniem ww. dokumentu na język polski. Protokół dotyczy umowy kupna-sprzedaży: 24056484.

W pozycji 2 wykazu dostaw przystępujący podał następujące informacje:

Podmiot, na rzecz którego dostawa została wykonana: ON SEMICONDUCTOR CZECH REPUBLIC s.r.o., Roznov pod Radhostem; Przedmiot zamówienia: SVFUR21402-ONCZ-01-PEC numer seryjny 14014; Data wykonania dostawy: od 1.7.2014 do 25.9.2014; Opis zrealizowanej dostawy: zestaw horyzontalnych pieców wysokotemperaturowych do utleniania suchego, mokrego i procesów wygrzewania płytek półprzewodnikowych, przystosowanych do pracy w pomieszczeniach czystych klasy 1000 lub lepszych, w którym zamontowano co najmniej jeden piec reakcyjny z maksymalną temperaturą procesu co najmniej 1200 °C.

Na potwierdzenie należytego wykonania powyższej dostawy przystępujący załączył protokół akceptacji nr 2/2014 z datą 25.9.2014, sporządzony w języku czeskim wraz z tłumaczeniem ww. dokumentu na język polski. Protokół dotyczy umowy kupna-sprzedaży: 24056484.

Zamawiający wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Za niezasadny uznano zarzut dotyczący niewykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 9.2.1 SIWZ.

Zamawiający w postanowieniach tak ogłoszenia jak i specyfikacji zastrzegł, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się tylko taki wykonawca, który udowodni, że legitymuje się stosowną wiedzą i doświadczeniem. To, jaką wiedza i doświadczeniem należało się wykazać zamawiający sprecyzował w pkt 9.2.1. SIWZ. Z powołanego postanowienia wynikało, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się taki wykonawca, który wykonał w określonym czasookresie co najmniej dwie dostawy obejmujące również instalację i uruchomienie zestawu horyzontalnych pieców wysokotemperaturowych o określonych parametrach.

Celem potwierdzenia tak opisanego warunku należało złożyć wykaz dostaw (pkt 10.1.1. SIWZ), w którym, jak wskazano, należało wymienić ww. dwie dostawy obejmujące również instalację i uruchomienie zestawu horyzontalnych pieców wysokotemperaturowych o określonych parametrach. Zamawiający wskazał także, że wykaz dostaw należy sporządzić zgodnie ze wzorem, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ. Drugim dokumentem, jaki należało przedstawić celem wykazania warunku miały być dowody, których zadaniem było wykazanie faktu należytego wykonania dostaw wymienionych w wykazie (pkt 1.2.2. SIWZ). Analogiczne informacje znalazły się w sekcji III.2.1 ppkt 1.2.1, ppkt 2.1.1 i 2.1.2 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego przez zamawiającego w Dz. U. UE w dniu 27 listopada 2014 r. Nr 2014/S 229-403880.

Dostrzeżenia wymagało również, że sporny wymóg, zgodnie z którym „za jedną dostawę należy uznać dostawę będącą przedmiotem jednej umowy”, pojawił się dopiero we wzorze załącznika nr 4 do SIWZ.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że przystępujący wykonał na rzecz swego kontrahenta ON SEMICONDUCTOR CZECH REPUBLIC s.r.o. dwie dostawy różnych zestawów pieców. Zestaw pieców o numerze seryjnym 14015 zrealizowano 21.8.2014 r., zaś zestaw pieców o nr seryjnym 14014 – 25.09.2014 r. Sporny nie był również fakt, że obie dostawy zrealizowano w wykonaniu jednej, tej samej umowy kupna-sprzedaży nr 24056484.

W tej sytuacji rozstrzygnięcie sporu wymagało przesądzenia, jakie znaczenie należało przypisać wymogowi zgodnie z którym „za jedną dostawę należy uznać dostawę będącą przedmiotem jednej umowy” w sytuacji, gdy wymóg ten nie znalazł się w treści warunku opisanego w SIWZ ani w ogłoszeniu, a jedynie we wzorze dokumentu, jaki należało zamawiającemu złożyć.

Dostrzeżenia wymaga, że dokonywanie opisu sposobu oceny warunku (art. 22 ust. 3 ustawy Pzp), czyli konkretyzacji warunku z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie jest obowiązkiem zamawiającego. To on bowiem decyduje, czy w okolicznościach danej sprawy stawianie warunku jest niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia. Jeśli zaś opis nie zostanie dokonany, to zamawiający nie ma prawa domagać się dokumentów potwierdzających

spełnienie nieopisanego warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby nie można twierdzić, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikał z żądania złożenia określonego dokumentu. Jest wręcz przeciwnie. To opisanie warunku udziału w postępowaniu otwiera możliwość żądania dokumentu na jego potwierdzenie. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców tylko dokumentów niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania. Ponadto przepis art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w sposób wyraźny odróżnia 2 odrębne elementy jakie zawiera specyfikacja istotnych warunków zamówienia: warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) oraz wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). Wreszcie inna jest funkcja obu elementów. Opis warunku określa przedmiot dowodzenia, cel w jakim dokument należy złożyć. Z kolei wymagany dokument to jedynie środek, który ma służyć dowodzeniu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że sporny wymóg, któremu nie odpowiadało doświadczenie wykazane przez przystępującego, nie był objęty treścią warunku. Uznano zatem, że przystępujący, legitymując się doświadczeniem w należyтым wykonaniu dwóch dostaw zestawów pieców zrealizowanych na podstawie jednej umowy, wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 9.2.1. SIWZ.

Izba nie była związana oświadczeniem zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie o uwzględnieniu omawianego zarzutu. Wzięto pod uwagę, że oświadczenie zamawiającego nie miało cech oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów w całości, o którym mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż odnosiło się tylko do jednego z kilku zarzutów podniesionych w odwołaniu. Po drugie, analogicznego oświadczenia nie złożył przystępujący po jego stronie, którego sfery interesów również dotyczy ww. rozstrzygnięcie Izby. Po trzecie zaś, nawet gdyby uznać oświadczenie zamawiającego za przyznanie spornej okoliczności faktycznej, tak jak wywodził w odpowiedzi na odwołanie – to przyznanie to - jak ustalono w analizowanej sprawie - budziło wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Wobec powyższego zarzut uznano za niezasadny.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie miało charakter merytoryczny, zatem musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego, która podlegała odrzuceniu. Naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, miało zatem wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie zarzutów, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Co do konieczności odrębnego wypowiedzenia się przez Izbę w sentencji wyroku co do zarzutów, które uznano za chybione, podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca 142/11, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt II Ca 1481/13), postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2014 r., sygn. akt V Ca 1603/14, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14), które stwierdzając brak w pisemnej sentencji orzeczenia Izby rozstrzygnięcia o oddalonych żądaniach uznawały, że w tej części orzeczenie nie istnieje.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący: