

Sygn. akt: KIO 864/20

## WYROK

z dnia 26 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 czerwca 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2020r. przez **wykonawcę R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Refleks Chłodnictwo R. C. z siedzibą w Legionowie, ul. Sienkiewicza 19** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego - Skarb Państwa – Sąd Okręgowy Warszawa-Praga z siedzibą w Warszawie, ul. Poligonowa 3**

**orzeka :**

1. **Oddala odwołanie,**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Refleks Chłodnictwo R. C. z siedzibą w Legionowie, ul. Sienkiewicza 19 i:**
  - 2.1. **zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Refleks Chłodnictwo R. C. z siedzibą w Legionowie, ul. Sienkiewicza 19 tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. **zasądza od wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Refleks Chłodnictwo R. C. z siedzibą w Legionowie, ul. Sienkiewicza 19 na rzecz zamawiającego - Skarb Państwa – Sąd Okręgowy Warszawa-Praga z siedzibą w Warszawie, ul. Poligonowa 3 kwotę 3 600zł. 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 2019 r., poz.1843) 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:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie usługi płukania i osuszania instalacji klimatyzacji VRF wraz z wymianą sprężarek, montażem zaworów i filtrów oraz wymianą czynnika chłodzącego w siedzibie zamawiającego” zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 marca 2020r. nr 527750-N-2020.

W dniu 17 kwietnia 2020r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Coolnext spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wałbrzyska 11 lok. 252 i o odrzuceniu m.in. wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Refleks Chłodnictwo R. C. z siedzibą w Legionowie, ul. Sienkiewicza 19 – dalej odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 z uwagi na to, że cena oferty jest rażąco niska i odbiega o ponad 30% od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w dniu 9 kwietnia 2020r. i wykonawca takie wyjaśnienia złożył w dniu 15 kwietnia 2020r., jednak z analizy złożonych wyjaśnień nie wynika, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, wykonawca nie przedstawił żadnej analizy wyliczonej ceny, a jedynie powołał się na fakt, że firma PROZON zaoferowała odkupienie czynnika przeznaczonego do utylizacji za kwotę wysokości 26 000zł. Odwołujący w ocenie zamawiającego nie uprawdopodobnił, wyliczonej przez siebie ceny jako nie będącej ceną rażąco niską.

W dniu 22 kwietnia 2020r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez właściciela firmy, a kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 kwietnia 2020r.

Odwołujący wniósł odwołanie na:

- 1) Czynność odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego z uwagi na fakt, że złożona przez wykonawcę oferta wbrew twierdzeniom zamawiającego nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) Czynność wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty wykonawcy Coolnext Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że postępowanie zamawiającego w zakresie wskazanym powyżej jest sprzeczne z interesem odwołującego, gdyż rażąco narusza:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 4) i art. 90 ust. 3 ustawy przez dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji kiedy wykonawca precyzyjnie wyjaśnił zamawiającemu w piśmie z dnia 09 kwietnia 2020 r. istotę oszacowania przez siebie ceny w ofercie, która jest

ceną adekwatną w odniesieniu do realiów rynkowych, a nie ceną rażąco niską, w szczególności z uwagi na fakt, iż wykonawca działa na rynku od ponad 22 lat, a przez długoletnią współpracę z dostawcami ma możliwość dużej negocjacji cen na materiały czy urządzenia oraz możliwość pozyskania materiałów czy innych komponentów do wykonywanych prac jest dzięki temu zdecydowanie łatwiejsza, szybsza i tańsza aniżeli dla pozostałych uczestników obrotu, dodatkowo na oferowaną przez wykonawcę cenę wpłynął fakt dysponowania własnym potencjałem kadrowym, o czym mowa w piśmie wykonawcy z dnia 09 kwietnia 2020 r. i dalszej części odwołania.

b) art. 7 ust. 1 ustawy, przez nie zapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z niewłaściwym zastosowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt) 4 i art. 90 ust. 3 ustawy.

Wniósł o:

- 1) Uwzględnienie odwołania w całości.
- 2) Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego
- 3) Dokonanie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
- 4) Zasądzenie zwrotu kosztów postępowania.

Wskazał, iż posiada interes prawny i gospodarczy we wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie. Odwołujący złożył ofertę na wykonanie usługi płukania i osuszania instalacji klimatyzacji VRF wraz z wymianą sprężarek, montażem zaworów i filtrów oraz wymianą w instalacji czynnika R410A w budynku przy ul. Poligonowej 3 w Warszawie.

Pismem z dnia 24 marca 2020 r. został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w szczególności w zakresie metody wykonania, wybranych rozwiązań technicznych, kosztów pracy.

W dniu 09 kwietnia 2020 r. złożył wyjaśnienia, w których szczegółowo wskazał dlaczego jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W wyniku nieuzasadnionego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy, wówczas to oferta odwołującego otrzymałaby największą ilość punktów i uzyskałaby status oferty najkorzystniejszej, w konsekwencji czego odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe zdaniem odwołującego bezsprzecznie dowodzi istnienia interesu (prawnego i gospodarczego) odwołującego i w myśl art. 179 ust. 1 ustawy - legitymuje do wniesienia odwołania.

Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyły jeszcze dwa podmioty: Coolnext Sp. z o.o. i Instal-Pro P. G. .

Odwołujący uważa, że jego oferta nie powinna zostać odrzucona, gdyż nie zawierała rażąco

niskiej ceny. Podkreślił, że oferta trzeciego wykonawcy zawierała cenę zdecydowanie niższą o prawie 50 tysięcy złotych. Dodatkowo w lakonicznym uzasadnieniu odrzucenia oferty nie nadmieniono, iż odwołujący wskazał także inne - podstawowe czynniki powodujące, iż zaproponował taką, a nie inną cenę.

Fakt uzyskania korzystnej oferty na odkupienie czynnika przeznaczonego do utylizacji za kwotę 26.000 zł od firmy PROZON Fundacja Ochrony Klimatu, jak wyraźnie wskazał w piśmie z dnia 9 kwietnia 2020 r. był tylko dodatkowym z czynników decydujących o zaproponowaniu ceny - ale tylko ten z niezrozumiałych względów został przywołany przez zamawiającego. Podstawowymi czynnikami o których odwołujący napisał w wyjaśnieniach, a które zamawiający zupełnie pominął w swym piśmie z dnia 17 kwietnia 2020 r. jest fakt obecności firmy odwołującego ponad 22 lata na rynku, a z racji tego i stałych dostawców możliwość uzyskania niższych cen na materiały i urządzenia. Odwołujący ma też własny zasób kadrowy - 21 pracowników którym płacę co miesiąc, a sam posiadając stosowne uprawnienia i doświadczenie może osobiście nadzorować pracę - przez co nie musi płacić innej osobie za te czynności.

W swym piśmie z dnia 09.04.2020 r. na końcu zawarł również zapis, że jeśli zamawiający będzie miał dalsze wątpliwości może przygotować kosztorys wykonania poszczególnych punktów zamówienia. Zamawiający nie poprosił o dalsze wyjaśnienia, ale odwołujący wykonał kosztorys, który załączył do odwołania, a który w jego ocenie obrazuje dokładnie składniki zaproponowanej ceny.

W ocenie odwołującego jego wyjaśnienia były konkretne, rzetelne i jasne - zaznaczył, iż przepisy nie podają wzoru jak mają wyglądać wyjaśnienia - fakt obecności na rynku od ponad 22 lat potwierdza choćby wydruk z CEIDG - którego odwołujący nie musi składać zgodnie z wytycznymi Urzędu Zamówień Publicznych - poza tym zamawiający znał już firmę odwołującego z innego postępowania, trzy lata temu odwołujący składał temu samemu zamawiającemu podobne wyjaśnienia (o czym poniżej) i wówczas uzyskał zamówienie.

Powyższe w ocenie odwołującego potwierdza wyrok KIO z 12.09.2019 r. KIO 1670/19 KIO 1670/19.

Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną - w ślad za opinią prawną Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą rażąco niskiej ceny - można uznać „ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. 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. Żaden z powyższych elementów definicji rażąco niskiej ceny nie ma miejsca. Przeciwnie odwołujący uważa, że oferta została złożona po starannym wyliczeniu, kalkulacja została wykonana rzetelnie (kosztorys stanowi załącznik do odwołania). Doświadczenie, ilość wykonanych zamówień i instalacji oraz staż na rynku chłodniczym daje rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego przez R. C. .

Termin rażąco niskiej ceny funkcjonuje także w orzecznictwie np. w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 roku, o sygn. akt: XII Ga 88/09 Sądu Okręgowego w Krakowie, w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, o sygn. akt: XIX Ga 3/07, w wyroku Izby z dnia 11 kwietnia 2008 roku, o sygn. akt: KIO/UZP 273/08, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2008 roku, o sygn. akt: KIO/UZP 226/08.

Odwołujący uważa, że w świetle powołanego orzecznictwa zaoferowanie przez niego ceny brutto 410.000 zł za wykonanie zamówienia, należy ocenić jako realistyczne i przystające do sytuacji rynkowej. Zupełnie niezrozumiałe jest stanowisko zamawiającego, w szczególności, zważywszy na fakt, że w wyjaśnieniach wskazano, iż:

- Odwołujący to podmiot działający od ponad 22 lat na rynku, stale współpracujący z producentami urządzeń, nabywający duże ilości urządzeń klimatyzacyjnych i wykonujący wiele umów w zakresie tożsamym z zamówieniem. Dzięki temu firma posiada wysokie rabaty w marży w zakresie nabywania i dalszej odsprzedaży urządzeń klimatyzacyjnych, co znalazło odzwierciedlenie w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu.
- odwołujący posiada wypracowany od lat potencjał techniczny oraz doświadczenie w instalowaniu urządzeń klimatyzacyjnych.
- Wykonywane przez odwołującego stałe umowy serwisowe w zakresie klimatyzacji powodują, iż zatrudnia wykwalifikowaną kadrę pracowników - nie ma więc konieczności dla wykonania zamówienia, aby zatrudniać dodatkowych pracowników.
- Postępowanie o zamówienie publiczne będzie zamówieniem wykonywanym lokalnie (odległość od siedziby odwołującego do miejsca gdzie wykonany ma być przedmiot umowy to ok. 25 km) - co ma istotne znaczenie w sprawie, gdyż nie generuje dodatkowych kosztów związanych z dalekim transportem czy przechowywaniem zakupionych urządzeń do momentu instalacji.

Wymienione powyżej czynniki pozwalają na optymalizację oferty, która znalazła ujście w jej treści.

Spośród 3 ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, które zakwalifikowały się do oceny 1 oscylowała w podobnym poziomie cenowym jak odwołującego (była nawet niższa) - jedynie firma Coolnext Sp. z o.o. zaoferowała cenę, która znacznie odbiega od cen pozostałych 2 ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

Tym samym zdaniem odwołującego nie sposób uznać, aby cena 410.000 zł była rażąco niską ceną w szczególności, że wiele czynników wpływa na skalkulowanie oferty, które zostały wszakże przedstawione zamawiającemu w wyjaśnieniach z dnia 09 kwietnia 2020 r.

Dodatkowo powyższe argumenty uzasadnia sporządzony kosztorys wykonania prac, który zawiera wiele pozycji odnośnie niezbędnych materiałów do wykonania zamówienia, jak również kosztów robocizny. Finalnie kwota wskazana w kosztorysie to 410.000 zł. Jest to kwota, która zawiera wszelkie niezbędne koszty do realizacji zamówienia. Wskazane w kosztorysie ceny są cenami rynkowymi, normalnymi i nieodbiegającymi w żaden sposób od cen, które dyktują także inni uczestnicy branży chłodniczej. Przeciwnie wieloletnie doświadczenia odwołującego i jego personelu pokazuje, że wskazane w kosztorysie ceny, a tym samym w ofercie są cenami, które pozwolą zarobić odpowiednio jak za tego typu zamówienie pieniądze. Tym samym nie ma możliwości, aby zaproponowana cena była rażąco niska. Wypracowanie zysku jest priorytetem.

Jako dowód odwołujący powołał kosztorys wykonania prac w niniejszym postępowaniu. Powołał też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29 maja 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 466/08. Zaproponowana przez odwołującego cena nie odbiega od realiów rynkowych. Absolutnie nie odbiega od cen obowiązujących na rynku chłodniczym, w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku. Gdyby to nie było dla odwołującego opłacalne nie traciłby czasu na przygotowanie oferty, kosztorysu, a finalnie także odwołania. Dodatkowo oferta od firmy PROZON Fundacja Ochrony Klimatu pozwala na utylizację czynnika za kwotę ok. 26.000 zł, co jest dobrą ceną, również mającą wpływ na końcowy szacunek.

Jako dowód powołał ofertę z PROZON Fundacja Ochrony Klimatu - z dnia 07.04.2020 r. korespondencja e-mail

Co więcej zaznaczył, iż w dniu 18 października 2017 r. ten sam Zamawiający w zbliżonym przedmiotowo postępowaniu nr ZP/INW/6/17/PN również wezwał go do złożenia wyjaśnień rzekomo rażąco niskiej ceny, które to wyjaśnienia złożyłem pismem jak w załączeniu i Zamawiający wybrał go wówczas do zawarcia umowy, umowę wykonał prawidłowo, a ponadto zamawiający przekazał mu referencje pismem z dnia 28 lutego 2018 jak w załączeniu.

Jako dowód powołał pismo zamawiającego w sprawie ZP/INW/6/17/PN z dnia 18.10.2017 r. Wyjaśnienia w zakresie rzekomo rażącej ceny w sprawie ZP/INW/6/17/PN z dnia 20.10.2017r. Referencje zamawiającego z dnia 28.02.2018r.

Niezrozumiałe jest dla odwołującego obecne stanowisko zamawiającego, który jest przecież jednostką Skarbu Państwa więc powinien dbać o rzetelne wydatkowanie środków publicznych, a w konsekwencji niezrozumiałe jest dla niego odrzucenie jego oferty.

W dniu 22 kwietnia 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 23 kwietnia 2020r. zamawiający złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

W dniu 27 kwietnia 2020r. Izba wydała postanowienie w sprawie sygn. akt KIO/W 25/20, w którym uchyliła zakaz zawarcia umowy.

W dniu 30 kwietnia 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3 600zł. oraz o przeprowadzenia dowodów z dokumentów tj.:

- a) pisma zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2020r.
- b) pisma odwołującego z dnia 9 kwietnia 2020r.
- c) dokumentów potwierdzających ustalenie wartości szacunkowej zamówienia w postaci: zapytania ofertowego z dnia 26 marca 2020r. wraz z załącznikiem w postaci notatki służbowej pracownika sądu, e-maili potwierdzających wysłanie zapytania, ofert wykonawców nadesłanych w wyniku zapytania ofertowego, opisu operacji płukania instalacji przedstawionego przez PROZON Fundację Ochrony Klimatu wraz z ofertą, oraz ekspertyzy wykonanej przez firmę COOLNEXT  
- na okoliczność wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, złożonych wyjaśnień oraz należytego wyszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego.

W uzasadnieniu zamawiający podniósł, że wyszacował wartość zamówienia na podstawie zapytania skierowanego do 6 potencjalnych wykonawców, na kwotę 588 923,30zł netto, - 724 375,66zł. brutto. Na skutek zapytania od wykonawców wpłynęły 3 oferty:

1. Coolnext – 585 500zł. netto
2. KlimaTherm – 550 000zł. netto
3. Frigo-Term – 631 270zł. netto.

Odwołujący złożył ofertę na 410 000zł. podczas, gdy wartość oferty najkorzystniejszej wyniosła 658 050zł. brutto. Cena całkowita oferty odwołującego była niższa o więcej niż 30% wartości szacunkowej powiększonej o podatek od towarów i usług. Zamawiający pismem z dnia 9 kwietnia 2020r. zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia i odwołujący odpowiadając w dniu 9 kwietnia 2020r. podał, że jego cena nie jest najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu. Jej wysokość wynika z długiego stażu prowadzenia działalności gospodarczej, co umożliwia wynegocjowanie dogodnych cen na wymianę podzespołów. Ponadto odwołujący wskazał, że może po preferencyjnej cenie pozyskać czynnik chłodniczy, a prace wykonywane będą przy wykorzystaniu kadr, którymi odwołujący sam dysponuje. Zamawiający podniósł, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na swoje twierdzenia, więc zamawiający uznał, że odwołujący nie podołał ciężarowi udowodnienia, że oferowana przez niego cena nie jest

rażąco niska, co skutkowało odrzuceniem oferty. Odwołujący dopiero w odwołaniu złożył szczegółowy kosztorys, który również budzi wątpliwości zamawiającego. Z przedstawionego kosztorysu wynika, że płukanie 25 układów instalacji klimatyzacji VRF metodą zalewową czynnikiem chłodniczym – odwołujący wykona za kwotę 4 000zł.. Czynność ta polega na płukaniu czynnikiem HFC R407, którego parametry są zgodnie z normą AHRI 700. Instalacji nie można płukać czynnikiem, który znajdował się w instalacji podczas jej eksploatacji. Każdy obieg jest napełniany nowym czynnikiem, aby nie rozprowadzać zanieczyszczeń, które zostały z nim „porwane” z innego układu, co jednoznacznie wynika z „Ekspertyzy”. Instalacja jest napełniana czynnikiem w fazie ciekłej do momentu „przelania” instalacji, następnie zostaje podłączone specjalistyczne urządzenie, które zamyka obieg czynnika zanieczyszczenia zwiększając ciśnienie impulsami, włącza czynniki do instalacji jednocześnie separując zanieczyszczenia, które zostały przez niego „porwane” z instalacji. Zanieczyszczenia takie jak olej, osad po lutowaniu bez osłony azotowej, cząsteczki stałe, zostają wypłukane z obiegu i odseparowane w odstojniku. Z powyższego według zamawiającego wynika, że dla płukania niezbędny jest nowy czynnik R407 oraz specjalistyczne urządzenie, zaś ceny oferowane na rynku za wykonanie ww. zakresu są dużo wyższe niż w kosztorysie odwołującego. Na potwierdzenie tego świadczą oferty pozyskane przez zamawiającego od firm: PROZON na kwotę 127 950zł. netto, KlimaTherm – na kwotę 150 000zł. netto, i Coolnext na kwotę – 229 344zł. netto.

Zamawiający wskazał, że usunięcie usterek wskazanych w tabeli zostało przez odwołującego wycenione na kwotę 2 800zł. Zamawiający wskazał, że usunięcie usterek montażowych polegać powinno na przerobieniu części odpływów, usunięciu nieszczelności na śrubunkach, oraz częściowym przerobieniu instalacji freonowej (miedź). Z ekspertyzy wynika, że koszt usunięcia usterek montażowych to kwota 34 250zł. W ocenie zamawiającego biorąc pod uwagę ceny rynkowe i zakres prac nie jest możliwe wykonanie ww. zakresu za kwotę wskazaną przez odwołującego w kosztorysie. Zamawiający odniósł się także do montażu zaworów odcinających na linii cieczowej wraz z wkładem filtra o charakterystyce osuszająco – odkwaszającej. Odwołujący zaoferował wykonanie tych czynności za 20 160zł. Netto. Z informacji wskazanych w ofertach zamawiający ustalił, że firma KlimaTherm wyceniła wykonanie tego zakresu na 45 000zł. netto, a ekspertyza na 56 040zł. netto.

Odnosząc się do osuszania 25 układów instalacji klimatyzacji VRF pompą próżniową, to odwołujący wliczył w to robociznę, natomiast z oferty przedstawionej przez PROZON wynika, że jest to kwota 65 000zł., a z ekspertyzy 11 360zł. netto.

Zamawiający wskazał, że odwołujący wycenił napełnianie 25 układów instalacji klimatyzacji nowym olejem chłodniczym z utylizacją na 36 300zł. natomiast z notatki ze spotkania z 20 marca 2020r. wynika, że firma KlimaTherm, która jest generalnym przedstawicielem firmy Fujitsu w Polsce wyceniła ten zakres robót na kwotę 60 000zł. netto. Napełnienie 25 układów



klimatyzacji VRF nowym czynnikiem R410A odwołujący wycenił na 123 250zł., zaś z wyżej opisanej notatki wynika, że firma KlimaTherm wyceniła tę czynność na kwotę 150 000 – 180 000zł. netto. W ocenie zamawiającego nie jest możliwe wykonanie ww. zakresu za cenę zaoferowaną przez odwołującego biorąc także pod uwagę ofertę firmy PROZON, która określiła cenę wykonania przedmiotowego zakresu na 145 000zł.,netto. W ocenie zamawiającego lakoniczne wyjaśnienia odwołującego nie zostały poparte żadnymi dowodami i są niewystarczające do uznania, że zaoferowane ceny są realne i dają możliwość wykonania zamówienia. Zamawiający powołał stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r. sygn. akt V Ca 2214/06, a także wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1443/08 i wyrok z dnia 29 stycznia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1746/09.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. notatki służbowej z dnia 20 marca 2020r. z rozeznania rynku, oferty PROZON z dnia 24 kwietnia 2020r., opisu operacji płukania instalacji, notatki służbowej z dnia 20 marca 2020r. ze spotkania w siedzibie KlimaTherm, oferty firmy PROZON z dnia 23 kwietnia 2020r. , odpowiedzi na zapytanie ofertowe od KlimaTherm z dnia 30 marca 2020r., odpowiedzi na zapytanie ofertowe od Frigo-Term z dnia 30 marca 2020r., oferty cenowej nr CS/04/03/2020 ver. 1 firmy Coolnext, zapytań ofertowych z dnia 26 marca 2020r. wysłanych do Coolnext, KlimaTherm, Klimax, Ko-Mat, Eletromix, Frigo-Term wraz z opisem zakresu usługi, w tym tabelą usterek i dokumentacją zdjęciową, ekspertyza firmy Collnext, siwz wraz z załącznikami, złożonych ofert, wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy skierowanego do odwołującego, udzielonych wyjaśnień, informacji o wyniku postępowania, kosztorysu złożonego do odwołania, oferty firmy PROZON, pisma zamawiającego w sprawie ZP/INW/6/17/PN z dnia 18.10.2017 r., wyjaśnień w zakresie rażącej ceny w sprawie ZP/rNW/6/17/PN z dnia 20.10.2017r., referencje zamawiającego z dnia 28.02.2018r.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z notatki służbowej z dnia 20 marca 2020r. z rozeznania rynku wynika, że na przedstawione przez zamawiającego zapytanie ofertowe wpłynęły 3 oferty:

1. Coolnext – 585 500zł. netto z czasem realizacji do 50 dni roboczych,
2. KlimaTherm - 550 000zł. netto z czasem realizacji do 45 dni roboczych,
3. Frigo-Term o 631 270zł. netto z czasem realizacji do 49 dni kalendarzowych.

W notatce wskazano na propozycję zakupu nowego czynnika R410A, którą uzasadniono informacjami zawartymi w ekspertyzie.

Z oferty PROZON z dnia 24 kwietnia 2020r. wynika, że firma zaoferował płukanie 25 układów za cenę 127 950zł.

Z opisu operacji płukania instalacji nie wynika, kto ten opis przygotował, przebieg procesu jest

zgodny z przedstawionym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, a zaletami płukania instalacji są :

1. Pozbycie się przepracowanego oleju oraz wilgoci zalegających w układzie,
2. Odkwaszenie układu z oleju oraz pozostałych zanieczyszczeń,
3. Oczyszczenie układu rur z nagaru powstałego w wyniku lutowania bez osłony azotowej,
4. Oczyszczenie układu z zanieczyszczeń cząsteczek stałych,
5. Podczas płukania możliwe jest wskazanie serwisowi słabych punktów obiegu,

Z notatki służbowej z dnia 20 marca 2020r. ze spotkania w siedzibie KlimaTherm wynika, że koszt związany ze sprężarkami to 51 600zł., koszt 1450 kg czynnika chłodniczego R410A – 150 -180 tys. zł. netto, płukanie 25 układów instalacji klimatyzacji VRF metodą zalewową czynnikiem chłodniczym oraz osuszanie układów – 150 tys. zł., filtry i zawory 0 45 000zł., nowy olej chłodniczy – 60 000zł., próby szczelności 5 000zł., robocizna 100 000zł.

Z oferty firmy PROZON z dnia 23 kwietnia 2020r. wynika, że osuszenie 25 układów to koszt 65 000zł., zakup czynnika 1450kg – 145 000zł.,

Z odpowiedzi na zapytanie ofertowej od KlimaTherm z dnia 30 marca 2020r. wynika, że łączny koszt wykonania prac to 550 tys. zł. netto.

Z odpowiedzi na zapytanie ofertowe od Frigo-Term z dnia 30 marca 2020r. wynika, że wykonawca jest w stanie wykonać usługę za 631 270zł. netto.

Z oferty cenowej nr CS/04/03/2020 ver. 1 firmy Coolnext wynika, że wykonawca jest w stanie wykonać usługę za 585 500zł. netto,

Z zapytań ofertowych z dnia 26 marca 2020r. wysłanych do Coolnext, KlimaTherm, Klimax, Ko-Mat, Eletromix, Frigo-Term wraz z opisem zakresu usługi, w tym tabelą usterek i dokumentacją zdjęciową wynika do kogo zamawiający skierował zapytania oraz to, że załącznik nr 1 odpowiadał opisowi przedmiotu zamówienia.

Zamawiający poza ceną i okresem gwarancji jako jedno z kryteriów oceny ofert ustanowił termin wykonania zamówienia o wadze 30. Wskazał, że najwyższą liczbę punktów w tym kryterium przyzna za wykonanie zamówienia w terminie 45 dni od daty podpisania protokołu wprowadzenia na obiekt, 20 pkt. za wykonanie w terminie 50 dni, 10 pkt. za wykonanie w terminie 55 dni, 0 pkt. za wykonanie w terminie 60 dni. Wskazanie terminów wykraczających poza termin najkrótszy i najdłuższy miało skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający w załączniku nr 2 do siwz opisał przedmiot zamówienia w następujący sposób:

W celu właściwego wykonania usługi Wykonawca zobowiązany jest do:

1. Opróżnienia 24 układów instalacji klimatyzacji VRF z czynnika R410A wraz z utylizacją – ok. 1300 kg.

2. Płukania 25 układów instalacji klimatyzacji VRF metodą zalewową czynnikiem chłodniczym – odpowiednim, do przeprowadzenia takiej czynności, urządzeniem.
3. Usunięcia usterek wskazanych w tabeli poniżej.
4. Montażu zaworów odcinających na linii cieczowej wraz z wkładem filtra o charakterystyce osuszająco-odkwaszającej:
  - a. zawór cieczowy – 48 szt.;
  - b. filtr wymienny skręcany – 48 szt.;
  - c. króćce pomiarowe przed i za filtrem.
5. Wymiany 8 szt. sprężarek w jednostkach zewnętrznych w układach:
  - a. PK7A (adres chłodniczy 8):
    - AJY126UBTF/T000007 – sprężarka nr 1;
    - AJY126LBTF/T000640 – sprężarka nr 1 (inwerter) oraz 2 i 3.
  - b. PK9A (adres chłodniczy 11):
    - AJY126LBTF/T000660 – sprężarka nr 1 (inwerter) oraz 2 i 3.
  - c. PK20 (adres chłodniczy 23):
    - AJY90UATF/T000467 – sprężarka nr 1.
6. Wykonania prób szczelności 25 układów instalacji klimatyzacji VRF – suchym azotem – zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz potwierdzenia tej czynności Protokołem z próby szczelności dla każdego układu.
7. Osuszenia 25 układów instalacji klimatyzacji VRF pompą próżniową posiadającą następujące minimalne parametry:
  - a. ciśnienie końcowe: 0,05 - 20 hPa (mbar);
  - b. nominalna prędkość pompowania 50 Hz: 3 – 1600 m<sup>3</sup>/h;
  - c. nominalna prędkość pompowania 60 Hz: 4,8 – 1800 m<sup>3</sup>/h.
8. Napełnienia 25 układów instalacji klimatyzacji VRF nowym olejem chłodniczym (48 jednostek zewnętrznych) – zgodnie z wytycznymi producenta. Przed napełnieniem instalacji nowym olejem chłodniczym, Wykonawca prześle Zamawiającemu protokół z badania próbki dostarczonego oleju.
9. Wykonawca zobowiązany jest do utylizacji zużytego oleju chłodniczego.
10. Wykonania procesu próżni 25 układów instalacji klimatyzacji VRF oraz potwierdzenia tej czynności protokołem.
11. Napełnienia 25 układów instalacji klimatyzacji VRF nowym czynnikiem R410A – łącznie 1450 kg. Przed napełnieniem instalacji nowym czynnikiem, Wykonawca prześle Zamawiającemu protokół z badania próbki dostarczonego czynnika.
12. Uruchomienia 25 układów klimatyzacji VRF oraz potwierdzenia tej czynności Protokołem z uruchomienia dla każdego układu.

13. Montaż 48 szt. tabliczek/naklejek na każdej jednostce zewnętrznej z informacją o ilości i rodzaju czynnika.

14. Zamawiający zamieścił tabelę znanych zamawiającemu usterek dotyczącą 28 pomieszczeń, w których stwierdzono usterki tj. nieprawidłowy odpływ skroplin, wyciek oleju, nieszczelność rur, nieprawidłowe nakręcenie nakrętek, zbyt krótkie filtry, nieprawidłowo wykonany syfon, zły spadek, urwany lub uszkodzony króciec, nieprawidłowe podłączenia.

Jako załącznik nr 3 do siwz przedstawiono ekspertyzę z dnia 9 marca 2020r. wykonana przez firmę COOLNEXT – wykonawcę obecnie wybranego, który po przeprowadzeniu prób i analiz przedstawił następujące wnioski:

Niewłaściwy skład chemiczny powstał w wyniku wystąpienia nieszczelności instalacji. Następnie była napełniana odciągniętym, nieprzebadanym czynnikiem, a brakującą ilość uzupełniano nowym czynnikiem.

Przekroczona dopuszczalna ilość gazów nieskrapających jest efektem pozostałości azotu i powietrza w skutek nieprawidłowo przeprowadzonego procesu próżni.

Zawilgocenie czynnika to następstwo nieprawidłowego zabezpieczenia zdemontowanych urządzeń i instalacji, a także z długo trwającej naprawy nieszczelności oraz z źle wykonanego procesu próżni.

Przekroczenie wartości wysokowrzących czyli zaolejenie czynnika przekraczające dopuszczalną wartość w skutek złej gospodarki olejowej instalacji.

Pozostałości stałe w postaci opiłków Cu to rezultat niepoprawnego demontażu instalacji freonowej (miedzianej).

Obecność wilgoci w oleju, w ilościach większych niż dopuszczalna (olej do sprężarek chłodniczych 0,01% = 100 ppm) dla danego rodzaju oleju, może świadczyć o przedostawaniu się wilgoci do instalacji chłodniczej co być spowodowane przez:

- nieszczelny układ instalacji freonowej (długi czas naprawy z atmosfery),
- źle zabezpieczone urządzenia i instalacje freonowa przy demontażu, (skutkuje to zawilgoceniem urządzeń i instalacji, prace remontowe które trwały podczas demontażu dodatkowo negatywnie wpływały na warunki otoczenia wytwarzając kolejne różnego rodzaju zanieczyszczenia),
- źle przeprowadzanego procesu próżni, którego głównym zadaniem jest osuszenie układu,
- użycie zawilgoconego czynnika chłodniczego w momencie napełniania (uzupełniania) podczas napraw.

Uszkodzenia elektryczne silnika elektrycznego oraz uszkodzenia mechaniczne elementów sprężarki to dwie zasadnicze przyczyny awarii sprężarek. W każdej z wykazujących uszkodzenie sprężarek stwierdzono problemy związane ze smarowaniem. Zanieczyszczenia instalacyjne w postaci pozostałości opiłków miedzianych oraz nalotu powstałego w procesie lutowania wpływają na nieefektywny proces smarowania elementów ruchomych sprężarki.

Niski poziom oleju i jego brak w korpusie sprężarki powoduje zatarcie się i zablokowanie wału napędowego sprężarki. Problemy z nieefektywnym smarowaniem mogą wynikać z nieprawidłowej gospodarki olejowej w systemie.

Porównanie średnic rur instalacji freonowej porównując wymiary między projektem budowlanym, projektem powykonawczym a własnymi pomiarami, znaleziono 13 odstępstw. Na projekcie budowlanym podane niektóre średnice są większe niż na projekcie powykonawczym. Natomiast rzeczywiste pomiary w kilku przypadkach przedstawiają mniejsze/większe średnice niż zakładali to projektanci, a to z kolei zostało porównane z DTR urządzeń (gdzie stwierdzono osiem różnych pomiarów). Zmniejszenia średnic rur instalacji freonowej negatywnie wpływają na pracę systemu. Powoduje to zmniejszenie ilości przepływającego czynnika i oleju chłodniczego, co może przyspieszać proces eksploatacji urządzeń a nawet powodować ich awarie. Konieczne jest przeprowadzenie prac naprawczo/modernizacyjnych niezbędnych do prawidłowego działania systemów klimatyzacyjnych. W celu przewrócenia 100% składu czynnika, tj. pozbycie się wilgoci, gazów nieskrapających się oraz zaolejania należy zregenerować czynnik chłodniczy. By pozbyć się oleju, ciał stałych (opiłki Cu), które zostały wprowadzone do układu wskutek nieprawidłowego demontażu i montażu instalacji freonowej bądź powstałe w wyniku mechanicznego uszkodzenia sprężarki oraz odkwaszenie po spaleniu sprężarek, oczyszczenie z nagaru powstałego w wyniku lutowania bez osłony azotowej. Nie można w 100% stwierdzić kiedy doszło do zanieczyszczenia, czy w trakcie budowy budynku, czy przy wykonywaniu przebudowy. W celu zabezpieczenia instalacji, jednostek wew., zew. oraz sprężarek od zanieczyszczeń jest montaż zaworów wraz z filtrami w każdym z systemów. Wykonanie prób szczelności każdego z układów. Następnym a zarazem podstawowym procesem jest wykonanie odpowiedniej próżni. Osuszanie układu ma na celu usunięcie wilgoci zalegającej w układzie przez co mamy pewność, że układ po napełnieniu czynnikiem chłodniczym będzie sprawnie chodził, co gwarantuje zmniejszenie występowania awarii. Poprzez osuszanie układu usuwamy wilgoć z instalacji, poprzez napełnienie instalacji suchym azotem, który absorbuje wilgoć z instalacji, następnie zostaje podłączona próżnia, która również ma na celu usunięcie resztek zalegającej wilgoci. Stwierdzono różnice między projektem budowlanym a projektem powykonawczym odnośnie różnych średnic rur miedzianych, błędne oznaczenie tras rurociągów na poszczególnych piętrach oraz w kilku przypadkach źle zaznaczone miejsca pionów i przejść przez dach. W celu spełnienia obowiązujących przepisów odnośnie instalacji i urządzeń pracujących z czynnikami chłodniczymi (f-gazy). należy uzupełnić dokumentację i przestrzegać iż po pewnych pracach muszą być zakończone odpowiednimi protokołami (dokumentami) tj.: Uzupełnienie dokumentacji w postaci protokołów :

- z prób szczelności poszczególnych układów klimatyzacyjnych,

- z pomiarów elektrycznych,
- z uruchomienia ,
- z kontroli szczelności.

Rejestracja urządzeń w systemie CRO wraz z założeniem karty urządzenia. Ekspertyzę przeprowadzono w miejscach dostępnych, jak również należy pamiętać, że urządzenia są kilkunastoletnie. W znaczącym stopniu wyeksploatowane. Dostęp do części, które mają zagwarantować producenci jest na poziomie 10-15 lat, później może być utrudniony dostęp a w efekcie końcowym niemożliwy.

Izba ponadto ustaliła, że Coolnext w ekspertyzie zawarł kosztorys prac koniecznych do wykonania.

W postępowaniu wpłynęły 3 oferty odwołującego z ceną 410 000zł. Coolnext z ceną 658 050zł. i trzeciego wykonawcy z ceną 362 991,61zł. Wszyscy wykonawcy zaoferowali 45 dniowy termin wykonania zamówienia. Z informacji o wyniku postępowania wynika, że zamawiający wybrał Coolnext i tylko ta oferta podlegała ocenie ofert, co oznacza, że trzecia oferta tak jak oferta odwołującego została odrzucona. Zamawiający wyszacował wartość zamówienia na kwotę 724 375,66zł. brutto.

Z pisma zamawiającego z 9 kwietnia 2020 r. (omyłkowa data 24 marca 2020r.) wraz z potwierdzeniem przesłania pisma z dnia 9 kwietnia 2020 r. wynika, że wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, kosztów pracy, których przyjęta wartość do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej. Zamawiający wskazał, że na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej i że zaoferowana cena jest realna i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji

Z pisma Odwołującego z 9 kwietnia 2020 r.; wynika, że złożył wyjaśnienia wskazujące to, że w postępowaniu została złożona oferta jeszcze o około 10% tańsza od oferty odwołującego, na 22 letnie doświadczenie i systematyczny wzrost zysków i obrotów, posiadany wykwalifikowany potencjał kadrowy zatrudniony na umowy o pracę, możliwość dużej negocjacji cen na materiały czy to urządzenia tj. czynnik, zawory, filtry, części zamienne. Dodatkowo odwołujący wskazał, że otrzymał ofertę od firmy Prozon, z której wynika odkupi ona czynnik przeznaczony do utylizacji za cenę 26 000zł. Odwołujący jest w stanie zrealizować zamówienie własnym potencjałem instalatorów, serwisantów, a nadzór nad robotami będzie wykonywany przez właściciela firmy. Odwołujący wskazał, że w razie wątpliwości jest w stanie przygotować kosztorys.

Trzeci wykonawca był wzywany do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, ale nie złożył wyjaśnień i dlatego jego oferta została odrzucona.

Z kosztorysu odwołującego załączonego do odwołania wynika, że zaoferował :

1. Opróżnienia 24 układów instalacji klimatyzacji VRF z czynnika R410A wraz z utylizacją – ok. 1300 kg. – za 0zł. – wykazując zysk firmy +26 000zł.
2. Płukania 25 układów instalacji klimatyzacji VRF metodą zalewową czynnikiem chłodniczym – odpowiednim, do przeprowadzenia takiej czynności, urządzeniem – za 4000zł.
3. Usunięcia usterek wskazanych w tabeli poniżej – 2 8000zł.
4. Montażu zaworów odcinających na linii cieczowej wraz z wkładem filtra o charakterystyce osuszająco-odkwaszającej:
  - a. zawór cieczowy – 48 szt. – za 7 200zł.
  - b. filtr wymienny skręcany – 48 szt.; za 12 000zł.
  - c. króćce pomiarowe przed i za filtrem – 960 zł...
5. Wymiany 8 szt. sprężarek w jednostkach zewnętrznych w układach:
  - a. PK7A (adres chłodniczy 8):
    - AJY126UBTF/T000007 – sprężarka nr 1 za 7 935zł.
    - AJY126LBTF/T000640 – sprężarka nr 1 (inwerter) oraz 2 i 3 – za 23 805zł.
  - b. PK9A (adres chłodniczy 11):
    - AJY126LBTF/T000660 – sprężarka nr 1 (inwerter) oraz 2 i 3 – za 23 805zł.
  - c. PK20 (adres chłodniczy 23) :
    - AJY90UATF/T000467 – sprężarka nr 1. – za 7 935zł.,
6. Wykonania prób szczelności 25 układów instalacji klimatyzacji VRF – suchym azotem – zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz potwierdzenia tej czynności Protokołem z próby szczelności dla każdego układu – wliczone w robociznę
7. Osuszenia 25 układów instalacji klimatyzacji VRF pompą próżniową posiadającą następujące minimalne parametry – wliczone w robociznę
  - a. ciśnienie końcowe: 0,05 - 20 hPa (mbar);
  - b. nominalna prędkość pompowania 50 Hz: 3 – 1600 m<sup>3</sup>/h;
  - c. nominalna prędkość pompowania 60 Hz: 4,8 – 1800 m<sup>3</sup>/h.
8. Napełnienia 25 układów instalacji klimatyzacji VRF nowym olejem chłodniczym (48 jednostek zewnętrznych) – zgodnie z wytycznymi producenta. Przed napełnieniem instalacji nowym olejem chłodniczym, Wykonawca przekaże Zamawiającemu protokół z badania próbki dostarczonego oleju 34 800zł.
9. Wykonawca zobowiązany jest do utylizacji zużytego oleju chłodniczego – za 1 500zł.
10. Wykonania procesu próżni 25 układów instalacji klimatyzacji VRF oraz potwierdzenia tej czynności protokołem – wliczone w robociznę,

11. Napełnienia 25 układów instalacji klimatyzacji VRF nowym czynnikiem R410A – łącznie 1450 kg. Przed napełnieniem instalacji nowym czynnikiem, Wykonawca przekaże Zamawiającemu protokół z badania próbki dostarczonego czynnika – za 123 250zł

12. Uruchomienia 25 układów klimatyzacji VRF oraz potwierdzenia tej czynności Protokołem z uruchomienia dla każdego układu – wliczone w robociznę

13. Montaż 48 szt. tabliczek/naklejek na każdej jednostce zewnętrznej z informacją o ilości i rodzaju czynnika – 480zł.

Razem Materiały : 250 470zł., Razem koszt wykonania prac – 82 863zł. Razem 333 333zł. z VAT 410 000zł.

Z korespondencji mailowej pomiędzy odwołującym a PROZON wynika, że odwołujący ma do zaoferowania 1300kg czynnika, a PROZON może go odkupić za 20zł/kg.

Z pisma zamawiającego z 18 października 2017r. r. wynika, że wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej przytaczając treść art. 90 ust. pkt 1-4 ustawy.

Z pisma Odwołującego z 20 października 2017r. r.; wynika, że złożył wyjaśnienia wskazujące na 19 letnie doświadczenie, stałą współpracę z producentami urządzeń, nabywanie dużych ilości urządzeń klimatyzacyjnych, wykonywanie wielu umów o tożsamym z zamówieniem zakresie, posiadania wysokich rabatów w marży, dokonywaniu dalszej odsprzedaży urządzeń, wypracowany potencjał techniczny oraz posiadany wykwalifikowany potencjał kadrowy, fakt, że zamówienie należy do zamówień lokalnych – 25 km od siedziby odwołującego, stosowanie stawek wynagradzania wyższych niż minimalne, należyte wykonanie wcześniejszych zamówień, nieposiadanie zaległości płatniczych, w tym z tytułu ZUS, podatków oraz fakt, że firma Prozon odkupi czynnik przeznaczony do utylizacji za cenę 26 000zł.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4) i art. 90 ust. 3 ustawy przez dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji kiedy wykonawca precyzyjnie wyjaśnił zamawiającemu w piśmie z dnia 09 kwietnia 2020 r. istotę oszacowania przez siebie ceny w ofercie, która jest ceną adekwatną w odniesieniu do realiów rynkowych, a nie ceną rażąco niską



Zarzut nie potwierdził się. Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie kwestionował zasadności wezwania przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na cenę. Niewątpliwie odwołujący złożył te wyjaśnienia. Sporna natomiast stała się pomiędzy stronami ocena tych wyjaśnień przeprowadzona przez zamawiającego. Izba wskazuje, że niezamknięty katalog okoliczności, na które może się w wyjaśnieniach powołać wykonawca zawiera art. 90 ust. 1 ustawy, który wskazuje takie czynniki mające wpływ na cenę przykładowo jak oszczędności metody wykonania czy wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia i w tym zakresie odwołujący wskazał, że posiada stałą współpracę z producentami urządzeń, nabywa duże ilości urządzeń klimatyzacyjnych, wykonuje wielu umów o tożsamym z zamówieniem zakresie, posiada wysokich rabatów w marży, dokonuje dalszej odsprzedaży urządzeń, posiada wypracowany potencjał techniczny oraz wykwalifikowany potencjał kadrowy, zamówienie należy do zamówień lokalnych – 25 km od siedziby odwołującego i firma Prozon odkupi od niego czynnik przeznaczony do utylizacji za cenę 26 000zł. Izba stwierdza, że wszystkie te okoliczności mogą przekładać się na obniżenie ceny ofertowej, jednakże poza odkupem czynnika do utylizacji w wyjaśnieniach odwołujący nie wskazał żadnych wartości oszczędności, jakie osiągnął ze wskazanych okoliczności przy kalkulacji ceny ofertowej. Izba zwraca także uwagę na to, że ustawodawca przy wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej nie zezwolił wykonawcom jedynie na przedstawienie wyjaśnień, ale także zobowiązał wykonawców do udowodnienia twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach – vide art. 90 ust. 2 – obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Ten ciężar dowodowy potwierdza także art. 190 ust. 1a, który wprowadza odwrócony ciężar dowodu przy zarzutach zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Tym samym w obecnym stanie prawnym wykonawca chcąc, aby jego wyjaśnienia zostały przez zamawiającego uznane za wystarczające nie może już poprzestać jedynie na swoich twierdzenia, ale powinien twierdzenia te udowodnić przedstawiając dowody na współpracę z producentami, nabywanie dużej ilości urządzeń, posiadane rabaty, wykonywanie wielu umów, czy posiadanie potencjału technicznego czy kadrowego. Odwołujący jednak w tym zakresie poprzestał jedynie na własnych twierdzeniach. Odwołujący również w wyjaśnieniach powołał się na stosowanie stawek wynagrodzenia wyższych niż minimalne, należyte wykonanie wcześniejszych zamówień, nieposiadanie zaległości płatniczych, w tym z tytułu ZUS, podatków, jednak nie wykazał jakie stawki wynagrodzenia stosuje, ani ile osób przewidział do realizacji przedmiotowego zamówienia i jakie stawki wynagrodzenia w ramach poszczególnych stanowisk przewidział. Tym samym w ocenie Izby nie można uznać, że twierdzenie odwołującego zostało w tym zakresie wykazane. Co do braku zaległości podatkowych i w innych opłatach publicznoprawnych, to niewątpliwie dobrze świadczy o wykonawcy, że takich zaległości nie posiada, jednak taki fakt powinien być normą, a istnienie zaległości, czy odroczenia płatności świadczeń wyjątkiem, więc taka teza

odwołującego w ocenie Izby nie pozwala na uznanie, że jest to znaczący czynnik wpływający na obniżenie ceny. Odwołujący dopiero na etapie odwołania przedstawił kalkulację cenową, która pozwoliła na ocenę sposobu obliczenia ceny, jednakże złożenie tej kalkulacji na obecnym etapie nie może wpłynąć na ocenę czynności zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W dacie odrzucenia oferty odwołującego zamawiający bowiem tą kalkulacją nie dysponował, tym samym nie miał możliwości ustalenia, czy kalkulacja zawiera wszystkie niezbędne koszty do realizacji zamówienia i czy koszty te są realne. Jak wynika z wniesionej odpowiedzi na odwołanie, również przedstawiona przez odwołującego kalkulacja nadal budzi wątpliwości zamawiającego, tym samym nie byłaby rozstrzygającym dowodem w postępowaniu wyjaśniającym cenę oferty odwołującego. Co najwyżej, gdyby odwołujący zdecydował się przedstawić tę kalkulację wraz z wyjaśnieniami stworzyłby szansę na ewentualne uszczegółowienie wyjaśnień, w drodze dalszego dopytania przez zamawiającego. Taka sytuacja jednak nie miała miejsca w postępowaniu i Izba na podstawie ustaleń stanu faktycznego doszła do przekonania, że prawidłowa była ocena wyjaśnień odwołującego dokonana przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Izba bowiem podziela stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, do czego był zobowiązany w myśl art. 90 ust. 2 ustawy. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy i postanowiła zarzut oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, przez nie zapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z niewłaściwym zastosowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy

Zarzut nie potwierdził się. Zarzut ten opierał się na tezie, że oferta odwołującego została nieprawidłowo odrzucona z postępowania. Izba, jak wynika z uzasadnienia rozstrzygnięcia zarzutu poprzedzającego, nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w związku z czynnością odrzucenia oferty odwołującego. Skoro zatem podstawa faktyczna zarzutu nie potwierdziła się, zarzut należało oddalić. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zasady równego traktowania lub uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 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), obciążając odwołującego kosztami uiszczzonego wpisu oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu kwoty 3 600zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego na podstawie złożonego rachunku z ograniczeniem do kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie.

**Przewodniczący:**

.....