

Sygn. akt: KIO 2461/17

## WYROK

z dnia 11 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Konik**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo Usługowe „KOMPAKT” Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu i Zakład Produkcyjno Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu,**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Potęgowo, ul. Kościuszki 5, 76-230 Potęgowo,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infracorr Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (lider), BMB Santech Spółka z ograniczona odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Gdańsku, M-3 Budownictwo Inżynieryjne Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Skarszewach, ELEKTRO-CAL Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Miłobądku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

### orzeka

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Gminie Potęgowo, ul. Kościuszki 5, 76-230 Potęgowo: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o**

udzielenie zamówienia Infracorr Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (lider), BMB Santech Spółka z ograniczona odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Gdańsku, M-3 Budownictwo Inżynieryjne Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Skarszewach, ELEKTRO-CAL Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Miłobądku, **unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo Usługowe „KOMPAKT” Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu i Zakład Produkcyjno Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu **oraz ponowne badanie i ocenę złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infracorr Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (lider), BMB Santech Spółka z ograniczona odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Gdańsku, M-3 Budownictwo Inżynieryjne Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Skarszewach, ELEKTRO-CAL Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Miłobądku;

**2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Potęgowo, ul. Kościuszki 5, 76-230 Potęgowo i:**

**1)** zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo Usługowe „KOMPAKT” Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu i Zakład Produkcyjno Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu** tytułem wpisu od odwołania,

**2)** zasądza od **Zamawiającego Gminę Potęgowo, ul. Kościuszki 5, 76-230 Potęgowo** na rzecz **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo Usługowe „KOMPAKT” Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu i Zakład Produkcyjno Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu** kwotę w wysokości **15 370 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy trzysta siedemdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, kosztów reprezentacji przed Izłą, kosztów podróży oraz kosztów noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Słupsku.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 2461/17**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający – Gmina Potęgowe – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa sieci ciepłowniczej wraz z węzłami cieplnymi w Gminie Potęgowo — Część I”, nr ZP.271.15.2017. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 sierpnia 2017 r. pod numerem 546155-N-2017.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1579 ze zm.) – dalej jako „ustawa Pzp”, wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, dotyczących robót budowlanych.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo Usługowe „KOMPAKT” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu i Zakład Produkcyjno Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu – wniósł w dniu 22 listopada 2017 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami Ustawy polegające na:

1. naruszeniu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez działanie naruszające zasadę równego traktowania wykonawców i niezgodne z obowiązującym przepisami odrzucenie oferty odwołującego i w konsekwencji wadliwe dokonanie wyboru oferty nr 1 złożonej przez Konsorcjum „Potęgowo 2017” w składzie: Lider Konsorcjum — Infracorr Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, BMB Santech Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku, M-3 Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach, ELEKTRO-CAL Sp. z o.o. z siedzibą w Miłobądzu,
2. naruszeniu art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez błędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał, iż cena nie jest rażąco niska, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego, pomimo udzielenia przez Odwołującego wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie i wykazania, iż cena nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu ustawy Pzp,
3. naruszeniu art. 22 ust. 1a ustawy Pzp poprzez niezasadne żądanie od Konsorcjum przedłożenia stosownych (opisanych w załączniku równoważności) dowodów, jak:

certyfikaty, atesty, badania tzn.: kopii badań przewodności cieplnej izolacji przed i po starzeniu zgodnych z wymaganiami normy PN-EN 253:2009+A2:2015, kopii badań CCOT dla systemu surowcowego dla którego wykonano i załączono wyniki badań przewodności cieplnej, kopii badań wytrzymałości na ścinanie osiowe i styczne przed i po starzeniu dla systemu surowcowego dla którego wykonano i załączono wyniki badań przewodności cieplnej i CCOT zgodnych z wymaganiami normy PN-EN 253:2009+A2:2015 i wykonanych przez niezależne laboratorium badawcze posiadające akredytację do badań zespołów rurowych zgodnie z normą PN-EN 253, kopii badań typu złączy mufowych oferowanych w ramach przetargu zgodnych z normą PN-EN 489:2009, podczas gdy żądanie to było przedwczesne w świetle wyjaśnień Zamawiającego do treści SIWZ, zgodnie z którymi „wszelkie badania i obliczenia i dowody na spełnienie równoważności, należało przedkładać przez Wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia na etapie realizacji (nie wraz z ofertą) i będą weryfikowane przez inspektorów nadzoru inwestorskiego i nadzoru budowlanego.”

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty nr 1 złożonej przez Konsorcjum „Potęgowo 2017” w składzie: Lider Konsorcjum — Infracorr Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, BMB Santech Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku, M-3 Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach, ELEKTRO-CAL Sp. z o.o. z siedzibą w Miłobądzu
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenie czynności oceny i badania złożonych ofert.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu niniejszego zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia w toku postępowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, utracił on możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego jakoby Odwołujący nie wykazał, iż zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska, co skutkowało odrzuceniem jego oferty. W ocenie Odwołującego, złożone przez niego, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 września 2017r., pismami z dnia 25 i 26 września 2017r., wyjaśnienia były wyczerpujące. Ponadto, Odwołujący wskazał, że w ww. pismach udowodnił Zamawiającemu, że oferowane przez niego materiały spełniają wymagania Zamawiającego przedstawione w dokumentacji projektowej i załączniku równoważności. Co do wymagań zgodności materiałów z wymaganiami

Zamawiającego przedstawionymi w dokumentacji projektowej i załączniku równoważności, odnosiła się w szczególności treść Szczegółowej specyfikacji technicznej oferowanych materiałów preizolowanych sporządzona przez Zakład Produkcyjno Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu. W treści Specyfikacji wskazano jednoznacznie, iż rury preizolowane będą wykonane wraz z barierą antydyfuzyjną, a jednocześnie z zachowaniem wymaganego współczynnika przewodzenia ciepła izolacji PUR przed starzeniem (nie większego niż 0,024 W/mK). Zatem przeciwne twierdzenie Zamawiającego w tym zakresie również winno zostać, zdaniem Odwołującego, uznane za całkowicie nieuzasadnione. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie nie zaistniały przesłanki do uznania zaoferowanej przez niego ceny za rażąco niską, z uwagi na ceny zaproponowane przez pozostałych uczestników postępowania. Odwołujący podniósł, że oferta wybrana przez Zamawiającego różniła się ceną od oferty Odwołującego o kwotę 115.734,78 zł brutto. Różnica pomiędzy złożonymi ofertami sięgała zatem jedynie około 2% (słownie: dwóch procent) i z tego powodu, w opinii Odwołującego brak podstaw do uznania jej za rażąco niską. Takie niewielkie wahania w przedstawionych ofertach, zdaniem Odwołującego, nie pozwalają uznać, że zaoferowana przez niego cena ma charakter niewiarygodny, nierealistyczny w porównaniu do cen rynkowych. Ponadto Odwołujący przedstawił Zamawiającemu kalkulacje, z których wynikało, iż zamówienie po zaoferowanej cenie nie zostałoby wykonane z zastosowaniem rażąco niskiej ceny.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, przemawiającym za odrzuceniem oferty Odwołującego, przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie dały możliwości oceny, czy zaoferowany materiał spełnia wymagania Zamawiającego określone w dokumentacji projektowej i załączniku równoważności, w szczególności w zakresie: współczynnika przewodzenia ciepła izolacji PUR nie większy niż 0,024 W/mK; czy run- preizolowane będą wykonane wraz z barierą antydyfuzyjną.

Odwołujący podniósł, że dla Zamawiającego jedyną formą udowodnienia ww. okoliczności było przedłożenie stosownych (opisanych w załączniku równoważności) dowodów, jak: certyfikaty, atesty, badania tzn.: kopii badań przewodności cieplnej izolacji przed i po starzeniu zgodnych z wymaganiami normy PN-KN 253:2009+A2:2015, kopii badań CCOT dla systemu surowcowego dla którego wykonano i załączono wyniki badań przewodności cieplnej, kopii badań wytrzymałości na ścinanie osiowe i styczne przed i po starzeniu dla systemu surowcowego dla którego wykonano i załączono wyniki badań przewodności cieplnej i CCOT zgodnych z wymaganiami normy PN-EN 253:2009+A2:2015 i wykonanych przez niezależne laboratorium badawcze posiadające akredytację do badań zespołów rurowych zgodnie z normą PN-KN 253, kopii badań typu złączy mufowych oferowanych w ramach przetargu zgodnych z normą PN-EN 489:2009. W ocenie Wykonawców, rzeczywistą przyczyną odrzucenia ich oferty było nieprzedłożenie ww. badań.

Żądanie Zamawiającego należy jednak, w ocenie Odwołującego, uznać za sprzeczne z treścią SIWZ i wyjaśnień do treści SIWZ udzielonych przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że w toku postępowania do Zamawiającego zwrócono się z następującymi pytaniami:

1. VIII pkt 1 (str. 8) wyjaśnień treści SIWZ: Czy do oferty należy dołączyć badania CCOT na metodę CONTI wraz z barierą dyfuzyjną?
2. VIII pkt 2 (str. 8) wyjaśnień treści SIWZ: Czy należy załączyć do oferty badania współczynnika przewodnictwa ciepła  $X$  nie mniejszy lub równy  $0,024 \text{ W/mK}$  na rurach z barierą dyfuzyjną?
3. VIII pkt 3 (str. 9) wyjaśnień treści SIWZ: Czy do oferty należy dołączyć badania na ścinanie w kierunku stycznym?

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, znajdującymi się na stronie 11 wyjaśnień treści SIWZ: „Wszelkie badania i obliczenia i dowody na spełnienie równoważności, należy przedkładać przez Wykonawcę realizującej przedmiot zamówienia na etapie realizacji (nie wraz z ofertą) (...)” (a zatem po wyborze konkretnej oferty – przypis Odwołującego) „i będą weryfikowane przez inspektorów nadzoru inwestorskiego i nadzoru budowlanego.”.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający jest związany treścią odpowiedzi (wyjaśnień), jakich udziela, ponadto zmiany SIWZ, w tym w postaci wyjaśnień, wiążą i Zamawiającego, i Wykonawców, zaś Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wobec zastosowania się do wyjaśnień Zamawiającego. Mając na względzie powyższe, oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona z tego powodu, że na obecnym etapie postępowania nie przedłożyli dokumentów (dowodów) o spełnieniu warunku równoważności, co do których Zamawiający wyjaśnił, że będą one wymagane dopiero na etapie realizacji (nie wraz z ofertą). Badania nie powinny mieć zatem jakiegokolwiek znaczenia przy rozstrzygnięciu o cenie oferty.

Odwołujący podniósł też, że dysponuje badaniami wymaganymi przez Zamawiającego, o których mowa powyżej, które potwierdzają że zaoferowane przez Odwołującego materiały spełniają wymagania Zamawiającego określone w dokumentacji projektowej i załączniku równoważności oraz wskazał, że badania te zostaną przedłożone przez Odwołującego na rozprawie.

Ponadto, Odwołujący wyjaśnił, że przedstawił Zamawiającemu stanowisko w zakresie stosowanych stawek cenotwórczych, tj. w szczególności kosztów zakupu materiałów, pozostałych elementów preizolowanych mających istotny wpływ na cenę oferty, na potwierdzenie czego załączone zostały faktury i oferty wystawione na rzecz innych Kontrahentów. Za niezasadne w ocenie Odwołującego, należy uznać również twierdzenie Zamawiającego, iż sporządzenie oferty w oparciu o tą samą technologię, co inny

Wykonawca — Erbud Industry Centrum Sp. z o.o., spowoduje niewykonanie przedmiotu zamówienia. Wykorzystanie tożsamej technologii przez Odwołującego nie może zostać uznane za przyczynę do odrzucenia jego oferty.

#### Stanowisko Zamawiającego.

Pismem z dnia 5 grudnia 2017 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, że (zgodnie z ustawą Pzp oraz opinią przedstawioną na stronie Urzędu Zamówień Publicznych („Badanie rażąco niskiej ceny po nowelizacji”) może powziąć wątpliwości co do wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa o mniejszą kwotę niż 30% wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo, iż cena całkowita nie jest niższa niż ustawowy limit.

Zamawiający wyjaśnił, że, analizując ceny ofert, powziął uzasadnione wątpliwości, czy zaoferowane ceny ofert złożonych przez trzech spośród czterech wykonawców gwarantują należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowe zamówienie ma dla niego szczególne znaczenie. Jest to inwestycja kluczowa dla Gminy, na realizację której udało się pozyskać dofinansowanie z Unii Europejskiej. Zamawiający wobec tego szczególnie wnikliwie i z wielką ostrożnością podszedł do weryfikacji ofert. Ze względu na odległość źródła ciepła od odbiorców i związane z tym przesyłowe straty ciepła, o jakości zamówienia i jego cenie świadczą najbardziej parametry zastosowanych tur preizolowanych i do tego w szczególności odniesiono się w wezwaniach do wyjaśnień kierowanych do wykonawców, w tym do Odwołującego. Zastosowanie materiałów niespełniających wymogów Zamawiającego, niesie za sobą ryzyko dużych strat ciepła i niezaspokojenie w pełni potrzeb odbiorów ciepła, a co za tym idzie generowanie większych kosztów zakupu ciepła, które to zostały już określone i wynegocjowane z dostawcą ciepła. Może to też doprowadzić do występowania awarii systemu cieplnego. Biorąc pod uwagę udzielenie zamówienia Odwołującemu ostatecznie może to też doprowadzić do konieczności wstrzymania budowy i zerwania umowy z Wykonawcą. Fakt, iż została wybrana oferta z ceną niewiele różniącą się od ceny zaproponowanej przez Odwołującego nie świadczy o tym, iż cena Odwołującego jest nierealna czy nierynkowa, a jedynie o tym, iż Wykonawca, którego oferta została wybrana udowodnił w sposób należyty, iż cena zaproponowanej oferty nie ma charakteru rażąco niskiej, Odwołujący zaś nie sprostował powyższemu obowiązkowi,

m.in. nie przedkładając stosownych dowodów na wezwanie Zamawiającego. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dowody są niezbędne na potrzeby weryfikacji oświadczeń złożonych przez Wykonawcę. Rolą Wykonawcy jest udowodnienie Zamawiającemu, że cena oferty nie jest rażąco niska. Wykonawca winien też udowodnić w sposób nie budzący wątpliwości zgodność parametrów oferowanego materiału z dokumentacją projektową oraz załącznikiem równoważności, będących treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Złożone wyjaśnienia Odwołującego są, w ocenie Zamawiającego, zbyt lakoniczne, ogólne, niewypełniające treści wezwania, tym samym nie ukazują one wpływu szeregu okoliczności (takich jak jakość zastosowanych materiałów) na cenę. Brakuje też innych, kluczowych elementów istotnie wpływających na cenę m.in. stawek cenotwórczych, tj. kosztu roboczogodziny, kosztów pośrednich, zysku, kosztu zakupu materiałów. W złożonych pismach Odwołujący nie wyjaśnił także wartości pozostałych elementów cenotwórczych w postaci materiałów i urządzeń takich jak: elementy węzłów cieplnych (wymyenniki ciepła, automatyka, liczniki ciepła, stabilizatory), pompy.

Zamawiający wskazał, że musi mieć możliwość weryfikacji wyjaśnień Wykonawcy w oparciu o przedłożone przez niego dowody. Udzielone wyjaśnienia wraz ze stosownymi dowodami winny przekonać Zamawiającego, iż oferta została opracowana w sposób rzetelny, zaproponowane rozwiązania spełniają wymogi określone przez Zamawiającego, a cena oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający stoi na stanowisku, iż Odwołujący powyższych rygorów nie spełnił.

Zamawiający wyjaśnił, iż udzielając pismem z dnia 11 września 2017 roku odpowiedzi na zadane pytania do treści SIWZ zaznaczył jedynie, iż wymagania w zakresie rozwiązań zawarte w tabeli równoważności nie będą musiały być przedstawiane na etapie składania oferty. A contrario, na każdym innym etapie po złożeniu oferty, w tym na etapie oceny ofert, Zamawiający był legitymowany do żądania przedłożenia takowych dokumentów. Jak bowiem zaznaczono Wykonawca winien posiadać dla wszystkich użytych materiałów i urządzeń komplet dokumentów zezwalających na ich stosowanie w budownictwie (wyniki badań, atesty, certyfikaty, deklaracje zgodności i inne dokumenty uzupełniające), które to będą podlegały weryfikacji na etapie realizacji umowy, przy zatwierdzaniu wniosków materiałowych przez nadzór autorski i inwestorski. Z faktu, iż ww. dokumenty będą weryfikowane na etapie realizacji, nie można wnioskować, iż nie istnieje obowiązek ich uprzedniego posiadania. Zamawiający wyjaśnił ponadto, że na etapie przygotowywania ofert przez wykonawców nie mógł z góry przyjąć, że złożone oferty będą wzbudzać uzasadnione podejrzenie o rażąco niskiej cenie, w związku z zastosowaniem materiałów o gorszej niż wymagana jakości. Ponadto wezwanie do przedłożenia wyjaśnień wraz z dowodami nastąpiło po otwarciu ofert, a więc na dalszym etapie postępowania, żądanie przedłożenia

badania i atestów wybranego materiału nastąpiło w innym kontekście, w celu udzielenia kompleksowej odpowiedzi na wezwanie dotyczące wyjaśnienia ceny oferty. Wykonawca musiał posiadać w/w dokumenty, skoro oświadczył, iż materiały spełniają wymagania Zamawiającego. Jednostronne oświadczenie Odwołującego nie może być dowodem w tej sprawie. Twierdzenie Odwołującego, iż posiada wymagane dokumenty i przedłoży je na rozprawie nie może mieć znaczenia.

#### Stanowisko Przystępującego.

W dniu 27 listopada 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Infracorr Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (lider), BMB Santech Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku, M-3 Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach, ELEKTRO-CAL Sp. z o.o. z siedzibą w Miłobądku (dalej jako: „Przystępujący”).

W piśmie procesowym z dnia 6 grudnia 2017 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie przedstawił przekonujących dowodów, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Treść złożonych przez niego wyjaśnień w aktach sprawy cechuje wysoki poziom ogólności, abstrahujący całkowicie od zakresu, w jakim zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień. Wniesione przez niego odwołanie również nie zawiera żadnych nowych dowodów lub twierdzeń, które mogłyby skutecznie podważyć słuszność powziętej przez zamawiającego decyzji. Nie sposób przypisać znaczenia dowodowego oświadczeniom złożonym w zakresie rażąco niskiej ceny przez samego odwołującego, a do tego sprowadza się treść ofert złożonych w innych realiach faktycznych na rzecz osób trzecich. Zakładając nawet, że oferty te zostały przyjęte i faktycznie wykonane (czego nie można stwierdzić na podstawie złożonych przez odwołującego materiałów), nie sposób wywodzić z tych okoliczności faktu, że oferta odwołującego ma rynkowy charakter. Zamawiający nie ma bowiem możliwości stwierdzenia, czy przedmiotowe transakcje były choćby porównywalne z jego zamówieniem z uwagi na wolumen dostawy, termin jej realizacji, aktualną dostępność materiałów itp. Zwrócić ponadto należy uwagę na rozbieżności ilościowe, jakie zachodzą pomiędzy treścią oferty odwołującego dla jednej z firm, a wystawioną na jej rzecz fakturą. Nie sposób ponadto pominąć faktu, iż przedstawione przez odwołującego oferty nie dotyczą dostaw realizowanych w reżimie PZP. Ponadto, nawet gdyby przypisać tymże materiałom znaczenie dowodowe, stwierdzić należy, że dotyczą one wyłącznie części kosztów materiałowych, podczas gdy zamówienie publiczne dotyczy budowy sieci ciepłowniczej. Kompleksowe wykonanie tego zadania generuje innego rodzaju koszty, co do których odwołujący nie zajął stanowiska. przedmiotem Postępowania jest budowa sieci ciepłowniczej, między innymi z

materiałów preizolowanych, wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem 22 sztuk węzłów cieplowniczych - a nie tylko i wyłącznie dostawa materiałów preizolowanych.

Wobec powzięcia przez zamawiającego - w wyniku złożonych przez wykonawcę wyjaśnień odnośnie do rażąco niskiej ceny - wątpliwości co do poprawności złożonej przez odwołującego oferty, miał on prawo i obowiązek wezwać go do złożenia stosownych wyjaśnień i przedstawienia dowodów na tą okoliczność. Nawet bowiem jeżeli by przyjąć, że wyjaśnienia odwołującego i załączone do nich materiały pozwalały na stwierdzenie, że jego cena nie jest rażąco niska, to pozostawałoby to bez znaczenia z punktu widzenia konieczności odrzucenia jego oferty. Oferta opiewająca na odmienny od wymaganego przedmiot zamówienia lub jego elementy siłą rzeczy opiewać będzie na inną cenę. Stojąc na tym stanowisku, zamawiający wezwał wykonawcę do przedstawienia stosownych dowodów w trybie wyjaśnień z art. 87 ust. 1 PZP. Odwołujący, powołując się na naruszenie art. 22 ust. 1a PZP w żaden sposób nie wskazał, dlaczego żądane przez zamawiającego atesty postrzega jako nieproporcjonalny dowód spełnienia przez jego ofertę wymogów SIWZ. Sama taka teza jest kuriozalna w kontekście zamieszczenia w załączniku równoważności wykazu przedmiotowych atestów. Ani odwołujący, ani inni uczestnicy postępowania, nie wnieśli zastrzeżeń do takowego rozwiązania, a w konsekwencji upoważnili zamawiającego do żądania stosownych dokumentów. Podnieść ponadto należy, że mamy do czynienia z atestami i certyfikatami osób trzecich- niezależnych instytucji badawczych uprawnionych do wydawania stosownych zaświadczeń. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, dlaczego na etapie złożenia oferty nie dysponował tymi materiałami. Twierdzenie, jakoby zamawiający nie miał prawa żądać przedmiotowych materiałów na etapie złożenia oferty jest bezzasadne w kontekście sprokurowanych przez odwołującego wątpliwości co do treści jego oferty. W standardowej sytuacji i braku takowych wątpliwości zamawiający istotnie wymagałby ich przedstawienia dopiero na etapie realizacji umowy. W wyjątkowych realiach sprawy miał on jednak wszelkie prawo wymagać, aby wyjaśnienia wykonawcy poparte były dowodami.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, oraz przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem ubiegającym się

o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Izba uznała również skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infracorr Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (lider), BMB Santech Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku, M-3 Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach, ELEKTRO-CAL Sp. z o.o. z siedzibą w Miłobądzu.

Jak wynika z akt postępowania pismem z dnia 11 września 2017 r. Zamawiający udzielając odpowiedzi w części I pytań, na pytanie nr 5 (str. nr 2 pisma) do treści SIWZ: „Prosimy o wskazanie czy na etapie składania ofert Zamawiający wymaga przedstawienia dokumentów potwierdzających równoważność oferowanych przez Wykonawców rozwiązań wg wymagań przedstawionych przez Zamawiającego w tabelach równoważności?” wskazał, że: „Zamawiający nie wymaga od Wykonawców przedstawienia na etapie składania ofert rozwiązań wg wymagań przedstawionych przez Zamawiającego w tabelach równoważności. Jednocześnie Zamawiający informuje, że Wykonawca winien posiadać dla wszystkich użytych materiałów i urządzeń komplet dokumentów zezwalających na ich stosowanie w budownictwie (wyników badań, atestów, certyfikatów, deklaracji zgodności i innych dokumentów uzupełniających), które będą podlegały weryfikacji na etapie realizacji umowy, przy zatwierdzaniu wniosków materiałowych przez nadzór inwestorski i autorski.” Następnie w części VIII, odpowiadając na pytanie nr 4 (str. 11 pisma) Zamawiający wyjaśnił, że: „Wszelkie badania i obliczenia i dowody na spełnienie równoważności, należy przedkładać przez Wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia na etapie realizacji (nie wraz z ofertą) i będą weryfikowane przez inspektorów nadzoru inwestorskiego i nadzoru autorskiego”.

W dniu 19 września 2017 r. odbyło się otwarcie ofert. W Części I, będącej przedmiotem rozpoznania w niniejszym postępowaniu odwoławczym zostały złożone trzy oferty, przez następujących wykonawców:

- Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infracorr Sp. z o.o. (lider), BMB Santech Sp. z o.o. sp.k., M-3 Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o., ELEKTRO-CAL sp. z o.o. – cena ofertowa brutto: 6.435.684,78 zł;
- Odwołującego – cena ofertowa brutto: 6.319.950,00 zł;
- ERBUD INDUSTRY Centrum sp. z o.o. – cena ofertowa brutto: 6.459.162,27 zł;
- ISOPLUS Polska sp. z o.o. – cena ofertowa brutto: 8.215.437,57 zł.

Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosiła 8.018.913,00 zł.

Pismem z dnia 22 września 2017 r. Zamawiający skierował do Odwołującego pismo zatytułowane „Wezwanie do wyjaśnień i uzupełnień oraz zawiadomienie o poprawieniu omyłek w ofercie”, z treści którego wynika m.in., że „Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 w nawiązaniu do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści i ceny złożonej oferty, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny, (...) Zamawiający wzywa w szczególności do wyjaśnienia ceny oferty pod kątem zastosowanych do wyceny materiałów, mających najistotniejsze znaczenie dla wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji projektowej i załączniku równoważności. Wykonawca zobowiązany jest do szczegółowego przedstawienia opisu zastosowanych do wyceny rur preizolowanych. Należy wykazać, czy rury preizolowane będą wykonane wraz z barierą antydyfuzyjną, a jednocześnie współczynnik przewodzenia ciepła izolacji rur PUR nie będzie większy niż 0,024 W/mK. Wykonawca zobowiązany jest udowodnić, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia oraz spełniają wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez Zamawiającego. Zamawiający wymaga dostarczenia opisu wraz z dowodami.” W piśmie Zamawiający poinformował również Odwołującego o treści art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi udzielonej pismem z dnia 25 września 2017 r., Odwołujący wskazał, co następuje. Zaoferowana przez Odwołującego cena zawiera wszystkie niezbędne elementy wskazane przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że kalkulując cenę wziął pod uwagę koszty wykonania określonych robót, koszty materiałów, jak również koszty logistyczne, operacyjne oraz robocizny, a także zysk ustalony na należyтым poziomie. Odwołujący wyjaśnił, że korzystny wpływ na wysokość ceny oferty ma prowadzona przez niego polityka zatrudnienia, gdyż Odwołujący dysponuje stałą, doświadczoną i wyspecjalizowaną kadrą pracowniczą, a także zatrudnia pracowników na umowę o pracę i dba o ich warunki pracy wobec czego nie musi przeprowadzać dodatkowych rekrutacji i nie ponosi kosztów związanych z wdrażaniem nowych pracowników w obowiązki. Odwołujący zatrudnia 42 pracowników na umowę o pracę, których wynagrodzenie jest nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo w wysokości minimalnej stawki godzinowej. W ofercie ujęto też pracowników wyspecjalizowanych, zarabiających powyżej minimalnego wynagrodzenia za pracę. Cena oferty uwzględnia również obowiązkowe obciążenia finansowe pracodawcy związane z wynagrodzeniem pracowników, tj. część składek na obowiązkowe ubezpieczenie emerytalne i rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, składki na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Odwołujący oświadczył też, że zastosowane do wyceny materiały są zgodne z wymaganiami określonymi w dokumentacji projektowej i

załączniku równoważności. Odwołujący wycenił materiały zgodne z załączonym do wyjaśnień opisem – szczegółową specyfikacją techniczną oferowanych materiałów preizolowanych, ofertą nr TT/27225/P2017 z dnia 13.09.2017 r. przygotowaną przez partnera konsorcjum oraz zgodnie z ofertą nr 6335 z dnia 12.09.2017 r. sporządzoną na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący oświadczył też, że zastosowane materiały i urządzenia przeznaczone do wykonania węzłów cieplowniczych są zgodne z dokumentacją projektową oraz wymaganiami z załącznika równoważności. Odwołujący wskazał też, że w skład konsorcjum wchodzi Zakład Produkcyjno – Usługowy Międzyrzecz POLSKIE RURY PREIZOLOWANE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu, który jest producentem oferowanych przez Odwołującego materiałów preizolowanych, odpowiedzialnym za dostawę kompletu materiałów preizolowanych systemu ZPU Międzyrzecz Sp. z o.o. spełniających wymagania zamawiającego określone w SIWZ. Odwołujący wskazał, że budowane przez niego relacje handlowe pozwalają na uzyskanie korzystnych cen towarów i usług. Ponadto Odwołujący ma stabilną sytuację finansową, ma również otwartą linię kredytową w banku, na prowadzone roboty. Odwołujący podniósł też, że cena oferty, która uplasowała się na drugiej pozycji była wyższa od ceny ofertowej Odwołującego jedynie o 115734,78 zł. Ceny pozostałych ofert również były zbliżone. W celu potwierdzenia należytego skalkulowania ceny Odwołujący załączył do wyjaśnień szczegółową specyfikację zastosowanych materiałów preizolowanych, wyjaśnienie Członka konsorcjum – firmy ZPU Międzyrzecz sp. z o.o., dotyczące wyceny dostawy materiałów preizolowanych, a także wskazał, że cena ta obejmuje wszystkie elementy wskazane w SIWZ. Do wyjaśnień tych Odwołujący załączył m.in. pismo członka konsorcjum – firmy ZPU Międzyrzecz sp. z o.o. z dnia 29 września 2017 r. wraz z załącznikami, tj.

1. Szczegółową specyfikacją techniczną oferowanych materiałów preizolowanych, wraz z oświadczeniem ZPU Międzyrzecz sp. z o.o.;
2. Ofertą nr TT/27225/P/2017 z dnia 13.09.2017 r.;
3. Ofertami firmy ZPU Międzyrzecz Sp. z o.o. składanymi dla innych kontrahentów;
4. Bilansem, rachunkiem zysków i strat za 2015 r. oraz aktualnym sprawozdaniem o przychodach, kosztach i wyniku finansowym za drugi kwartał 2017 r.;
5. Ofertami zakupu rur stalowych wraz z przykładowymi atestami hutniczymi.

Pismem z dnia 5 października 2017 r. Zamawiający ponownie, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w nawiązaniu do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień. Zamawiający w treści wezwania wskazał, że: „Wykonawca pismem z dnia 22 września 2017 r. został zobowiązany do wyjaśnienia powodów zaofertowania ceny oferty. Zamawiający wezwał w szczególności do wyjaśnienia ceny oferty pod kątem zastosowanych do wyceny materiałów, mających najistotniejsze

znaczenie dla wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji projektowej i załączniku równoważności. Wykonawca został zobowiązany do szczegółowego przedstawienia opisu zastosowanych do wyceny rur preizolowanych. Należało wykazać, czy rury preizolowane będą wykonane wraz z barierą antydyfuzyjną, a jednocześnie współczynnik przewodzenia ciepła izolacji PUR nie będzie większy niż 0,024 W/mk. Wykonawca zobowiązany został udowodnić, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia oraz spełniają wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez Zamawiającego. Zamawiający wymaga dostarczenia opisu wraz z dowodami. Przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie dają możliwości oceny, czy zaoferowany materiał spełnia wymagania Zamawiającego określone w dokumentacji projektowej i załączniku równoważności, w szczególności w zakresie:

- Współczynnika przewodzenia ciepła izolacji PUR nie większy niż 0,024 W/mK;
- Czy rury preizolowane będą wykonane wraz z barierą antydyfuzyjną.

W celu udowodnienia powyższego niezbędne jest przedłożenie stosownych (opisanych w załączniku równoważności) dowodów, jak: certyfikaty, atesty, badania, tzn.:

- Kopii badań przewodności cieplnej izolacji przed i po starzeniu zgodnych z wymaganiami normy PN-EN 253:2009+A2:2005;
- Kopii badań CCOT dla systemu surowcowego dla którego wykonano i załączono wyniki badań przewodności cieplnej;
- Kopii badań wytrzymałości na ścinanie osiowe i styczne przed i po starzeniu dla systemu surowcowego dla którego wykonano i załączono wyniki badań przewodności cieplnej i CCOT zgodnych z wymaganiami normy PN-EN 253:2009+A2:2005 i wykonanych przez niezależne laboratorium badawcze posiadające akredytację do badań zespołów rurowych zgodnie z normą PN-EN 253;
- Kopii badań typu złączy mufowych oferowanych w ramach przetargu zgodnych z PN-EN 489:2009.

Pozostałe badania wynikające z tabeli równoważności oraz obliczenia statyczne sieci cieplnej zgodne z PN-EN 13941, Zamawiający będzie wymagał przed dostawą elementów na budowę.” W dalszej części pisma Zamawiający zgodził się z Odwołującym, że zgodnie z udzielonymi do SIWZ wyjaśnieniami wszelkie badania, atesty, certyfikaty, deklaracje zgodności i inne dokumenty uzupełniające będą podlegały weryfikacji na etapie realizacji umowy, przy zatwierdzaniu wniosków materiałowych przez nadzór autorski i inwestorki. Zamawiający wskazał jednocześnie na wymóg, zgodnie z którym wykonawca miał posiadać dla wszystkich użytych materiałów i urządzeń komplet dokumentów zezwalających na ich stosowanie w budownictwie. W wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający zażądał dowodu jedynie do materiału najbardziej cenotwórczego i wpływającego na jakość przedmiotu

zamówienia. Zamawiający wskazał ponadto, że zarówno w świetle orzecznictwa KIO jak i treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, dowody są niezbędne w celu weryfikacji oświadczeń złożonych przez Wykonawcę.

Pismem z dnia 11 października 2017 r. Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie udzielił wyjaśnień i załączył do nich pismo z dnia 10 października 2017 r. W piśmie z dnia 10 października 2017 r. wykonawca wskazał, że w pierwszych wyjaśnieniach dokładnie wskazał jakie materiały zostały uwzględnione w cenie oferty, w piśmie tym przedstawiono szczegółowy opis zastosowanych do wyceny materiałów preizolowanych, potwierdzających spełnienie wymagań SIWZ, w szczególności potwierdzono, że zostały wycenione rury preizolowane z barierą antydyfuzyjną i o współczynniku przewodzenia ciepła izolacji PUR nie większym niż 0,024 W/mK, które na etapie realizacji będą potwierdzone badaniem wykonanym przez niezależne laboratorium badawcze posiadające ważną akredytację. Ponadto w piśmie z dnia 26 września 2017 r. zostało złożone oświadczenie, że oferowane wyroby preizolowane spełniają wszystkie wymagania techniczne i jakościowe określone w SIWZ oraz że wszelkie badania i dowody na spełnienie równoważności zostaną przedłożone na etapie realizacji zamówienia. W cenie ryczałtowej oferty uwzględniono również ewentualne zmiany powołanych w SIWZ Norm, jakie mogą wystąpić w okresie realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał też, że w jego ocenie żądanie przez Zamawiającego na tym etapie postępowania badań i dowodów potwierdzających równoważność oferowanych materiałów jest niezgodne z SIWZ oraz stanowi jej istotną zmianę.

Pismem z dnia 17 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oferty Odwołującego, podając następujące uzasadnienie. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, gdyż nie udowodnił, że oferowane przez niego materiały spełniają wymagania Zamawiającego przedstawione w dokumentacji projektowej i załączniku równoważności w szczególności w zakresie:

- Współczynnika przewodzenia ciepła rur PUR nie większy niż 0,024 W/mK;
- Czy rury preizolowane będą wykonane wraz z barierą antydyfuzyjną.

W celu udowodnienia powyższego niezbędne było przedłożenie stosownych (opisanych w załączniku równoważności) dowodów, jak certyfikaty, atesty, badania. Dowodów tych nie dostarczono. Zdaniem Zamawiającego jakość wycenionych materiałów ma bezpośrednie przełożenie na cenę oferty. Zamawiający zaznaczył, że w wezwaniu do wyjaśnień zażądał dowodów jedynie do materiału najbardziej cenotwórczego i najbardziej wpływającego na jakość przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że na etapie przygotowywania ofert nie mógł z góry przyjąć, że złożone oferty będą wzbudzać uzasadnione podejrzenie o rażąco niskiej cenie w związku z zastosowaniem materiałów o gorszej niż wymagana

jakości. Zamawiający wskazał, że ponadto Odwołujący nie załączył innych dowodów, gdyż w wyjaśnieniach brak stawek cenotwórczych tj. kosztów roboczogodziny, kosztów pośrednich, zysku, kosztu zakupu materiałów, są to składniki mające istotny wpływ na cenę. Ponadto brakuje innych cen materiałów i urządzeń, mających istotny wpływ na cenę oferty jak elementy węzłów cieplnych, (wymienniki ciepła, automatyka, liczniki ciepła, stabilizatory), pompy. W pierwszych swoich wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że jest producentem węzłów cieplnych ale nie udowodnił cen urządzeń i podzespołów służących do produkcji węzłów. Ponadto Zamawiający wskazał, że Odwołujący sporządził ofertę w oparciu o tę samą technologię co wykonawca Erbud Industry Centrum sp. z o.o., w związku z czym istnieją uzasadnione wątpliwości, czy oferowany materiał spełnia wymagania Zamawiającego, skoro wiadomo (na podstawie dokumentów przedłożonych przez Erbud Industry Centrum sp. z o.o.) iż rury preizolowane nie spełniają podstawowego parametru przewodności cieplnej przed starzeniem, jest 0,0244 W/mK, winno być max. 0,0240 W/mK, ponadto brak informacji o barierze antydyfuzyjnej a wartość przewodności cieplnej po starzeniu 0,0268 W/mK wskazuje, że rury tej bariery nie posiadają. Zamawiający wskazał, że po ponownym wezwaniu do wyjaśnień obaj wykonawcy, tj. Odwołujący oraz Erbud złożyli oświadczenia producenta rur preizolowanych, tj. ZPU Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane (podpisane przez tą samą osobę) o spełnianiu wymagań Zamawiającego. Z badań preizolowanych zespołów rurowych przedłożonych przez Erbud wynika przewodność cieplna przed starzeniem 0,0244 W/mK, przewodność cieplna po starzeniu 0,0268 W/mK. Wykonawca Erbud nie przedstawił innych dowodów. Zamawiający wskazał, że powyższe parametry mają istotny wpływ na cenę oraz świadczą o zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający dalej wskazał, że określił parametry tak, aby budowany system cieplny był kompatybilny z istniejącym systemem na terenie Potęgowa. Według wiedzy Zamawiającego parametry te spełniają min. 3 firmy, działające na terenie tj. Logstar, Isoplus Polska, Finpol. Zamawiający wskazał, że wykonawca powinien udowodnić zgodność parametrów oferowanego materiału z dokumentacją projektową oraz załącznikiem równoważności. Wyjaśnienia Odwołującego są natomiast zbyt ogólne, niewypełniające treści wezwania, tym samym nie ukazują one wpływu pewnych okoliczności (jak jakość zastosowanych materiałów) na cenę. Brakuje też innych istotnych elementów wpływających na cenę. Zamawiający wskazał, że udzielone wyjaśnienia wraz z dowodami winny go przekonać iż oferta została opracowana w sposób rzetelny i cena oferty nie jest rażąco niska, natomiast Odwołujący tego nie udowodnił.

#### **Izba zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wezwania do wyjaśnień, skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego, datowane na 22 września 2017 r. i 5 października 2017 r., skierowane zostały w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w nawiązaniu do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać w tym miejscu należy, że stosownie do treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Natomiast zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie punktów od 1) do 5) wskazanych w treści tego przepisu ustawy Pzp.

Jak wynika z porównania treści ww. przepisów ustawy Pzp, zamawiający korzystając z procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dąży do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Z przepisu tego wprost wynika, że w tym celu zamawiający zwraca się do wykonawcy o wyjaśnienia. Zamawiający nie ma zatem podstaw, do żądania w tym trybie jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie treści złożonej oferty. Natomiast jeśli chodzi o procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, służyć ma ona uzyskaniu przez zamawiającego od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zatem w ramach procedury wyjaśnienia ceny zamawiający ma możliwość zwrócenia się do wykonawcy zarówno o wyjaśnienia jak i dowody, ale takie które dotyczą wyliczenia ceny lub kosztu. Innymi słowy, wyjaśnienia i dowody przedstawione przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mają odnosić się do ceny lub kosztu i potwierdzać, że nie są one rażąco niskie.

Jak wynika z treści wezwań do wyjaśnień skierowanych przez Zamawiającego do Odwołującego z dnia 22 września 2017 r. i 5 października 2017 r., a także, co potwierdził Zamawiający w toku rozprawy, Zamawiający dążył do uzyskania od Odwołującego „dowodów cenowych jak i jakościowych”. Zamawiający wezwał Odwołującego w szczególności do wyjaśnienia ceny oferty pod kątem zastosowanych do wyceny materiałów, mających najistotniejsze, zdaniem Zamawiającego, znaczenie dla wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji projektowej i załączniku równoważności. Wykonawca został zobowiązany do szczegółowego przedstawienia opisu zastosowanych do wyceny rur preizolowanych. Należało wykazać, czy rury preizolowane będą wykonane wraz z barierą antydyfuzyjną, a jednocześnie współczynnik przewodzenia

ciepła izolacji PUR nie będzie większy niż 0,024 W/mk. Wykonawca zobowiązany został udowodnić, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia oraz spełniają wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez Zamawiającego. W celu udowodnienia powyższego niezbędne było, zdaniem Zamawiającego, przedłożenie stosownych (opisanych w załączniku równoważności) dowodów, jak: certyfikaty, atesty, badania, wymienione w treści pisma z dnia 5 października 2017 r.

Z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wprost wynika, co zostało też potwierdzone przez Zamawiającego podczas rozprawy, że na decyzji Zamawiającego zaważyła okoliczność nie przedstawienia przez Odwołującego dowodów wymaganych przez Zamawiającego a potwierdzających, że zostały mu zaoferowane materiały zgodne z SIWZ, w tym z załącznikiem równoważności, jak bowiem wynika z uzasadnienia: „Wykonawca, pomimo dwukrotnego wezwania z dnia 22.09.2017 oraz 5.10.2017, nie udowodnił, że oferowane przez niego materiały spełniają wymagania Zamawiającego przedstawione w dokumentacji projektowej i załączniku równoważności, co ma bezpośrednie przełożenie na cenę. (...) Przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie dają możliwości oceny, czy zaoferowany materiał spełnia wymagania Zamawiającego określone w dokumentacji projektowej i załączniku równoważności (...)”.

Zamawiający zaznaczył, że w wezwaniu do wyjaśnień zażądał dowodów jedynie do materiału najbardziej cenotwórczego i najbardziej wpływającego na jakość przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że na etapie przygotowywania ofert nie mógł z góry przyjąć, że złożone oferty będą wzbudzać uzasadnione podejrzenie o rażąco niskiej cenie w związku z zastosowaniem materiałów o gorszej niż wymagana jakości. Natomiast podczas rozprawy Zamawiający wprost wskazał, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień powinien był przedłożyć zarówno dowody cenowe jak i jakościowe. Dowody jakościowe nie zostały przez Odwołującego przedłożone w odpowiednim terminie.

W tym miejscu wskazać należy, że „dowody jakościowe”, których żądał Zamawiający w toku procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co wynika również wprost z treści powołanych wyżej pism, to w istocie dowody na potwierdzenie spełniania wymagań opisanych w załączniku równoważności. Natomiast dowody te, jak z kolei wynika z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania do treści SIWZ, pismem z dnia 11 września 2017 r., należało przedkładać na etapie realizacji przedmiotu zamówienia (nie wraz z ofertą).

Wobec powyższego, w ocenie Izby, Zamawiający prowadząc wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w sposób nieuprawniony żądał od Odwołującego dowodów, co do których wypowiedział się w toku postępowania, że będzie ich żądał dopiero na etapie realizacji zamówienia. Nie ma przy tym znaczenia twierdzenie Zamawiającego, zgodnie z

którym dowody te nie były przez niego żądane na etapie oferty, lecz dopiero na etapie wyjaśnień i w zupełnie innym kontekście. W tym miejscu Izba podkreśla, że Zamawiający jest związany postanowieniami udzielonych wyjaśnień do treści SIWZ i nie może od nich odstępować np. usprawiedliwiając się stosowaniem procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dostrzega, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie załączył innych dowodów, gdyż w wyjaśnieniach brak stawek cenotwórczych tj. kosztów roboczogodziny, kosztów pośrednich, zysku, kosztu zakupu materiałów, a w ocenie Zamawiającego, są to składniki mające istotny wpływ na cenę. Zamawiający wskazał, że w pierwszych swoich wyjaśnieniach Odwołujący wyjaśnił, że jest producentem węzłów cieplnych ale nie udowodnił cen urządzeń i podzespołów służących do produkcji węzłów.

W tym miejscu wskazać należy, że stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba podziela wyrażony w orzecznictwie pogląd, że przy ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień należy uwzględnić treść wezwania wystosowanego przez zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający dwukrotnie kierował wezwania do Odwołującego. W ocenie Izby wezwania te były bardzo precyzyjne, innymi słowy Zamawiający zainteresowany był uzyskaniem określonych informacji, na co wskazują sformułowania użyte w wezwaniach: „Zamawiający wzywa w szczególności do wyjaśnienia ceny oferty pod kątem zastosowanych do wyceny materiałów, mających najistotniejsze znaczenie dla wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji projektowej i załączniku równoważności. Wykonawca zobowiązany jest do szczegółowego przedstawienia opisu zastosowanych do wyceny rur preizolowanych. Należy wykazać, czy rury preizolowane będą wykonane wraz z barierą antydyfuzyjną, a jednocześnie współczynnik przewodzenia ciepła izolacji rur PUR nie będzie większy niż 0,024 W/mK. Wykonawca zobowiązany jest udowodnić, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia oraz spełniają wymagania dotyczące wydajności lub funkcjonalności określone przez Zamawiającego. Zamawiający wymaga dostarczenia opisu wraz z dowodami.” (vide: wezwanie z dnia 22 września 2017 r.) oraz „W celu udowodnienia powyższego niezbędne jest przedłożenie stosownych (opisanych w załączniku równoważności) dowodów, jak: certyfikaty, atesty, badania (...)” (vide: pismo z dnia 5 października 2017 r.). Zdaniem Izby wobec tak sformułowanych żądań Zamawiającego co do treści spodziewanych przez niego wyjaśnień i dowodów, nie można podzielić stanowiska Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu w wyżej przywołane okoliczności. Skoro bowiem

w pierwszych wyjaśnieniach Zamawiający dopatrywał się braków, o których mowa w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, to powinien był - skoro zdecydował się na drugie wezwanie - wezwać Odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień w tym zakresie. Skoro jednak tego nie zrobił, lecz swoją uwagę w drugim wezwaniu skoncentrował na żądaniu tylko dowodów na potwierdzenie jakie materiały zostały zaoferowane i wycenione, to domniemywać można, że wcześniejsze wyjaśnienia w zakresie w jakim zostały mu udzielone były dla niego wystarczające, a brakowało mu tylko tych informacji i dowodów, o które wezwał Odwołującego kierując do niego drugie wezwanie. Gdyby przyjąć inaczej, należało by uznać, że drugie wezwanie było bezcelowe. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że w toku rozprawy Odwołujący wyjaśnił, że jako producent nie ma kosztów rodzajowych np. roboczogodziny, materiałów, kosztów stałych, kosztów zmiennych, nie prowadzi takiej analityki, stąd też nie jest w stanie takich kosztów wskazać i musiałby, na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tworzyć dodatkowe kalkulacje, których na co dzień nie posiada i nie prowadzi.

W tych okolicznościach odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1) 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....