

WYROK

z dnia 11 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2016 r. przez **Doosan Babcock Energy Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Ciepło Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna w Katowicach**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego – **Doosan Babcock Energy Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Doosan Babcock Energy Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego **Doosan Babcock Energy Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku** na rzecz **Tauron Ciepło Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach**, kwotę **4 984 zł 20 gr** (słownie: cztery tysiące

dziewięćset osiemdziesiąt cztery złote dwadzieścia groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Ciepło Sp. z o.o. w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Komponent - Remont kapitalny bloku BCF-100 - turbozespół TK-120/13”

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 26 lutego 2016 roku wykonawca Doosan Babcock Energy Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego oraz zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany z mocy ustawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a tym samym brak prawidłowej analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty przystępującego;
3. art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
4. art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, która powinna zostać uznana za odrzuconą i nie powinna podlegać ocenie;
5. art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
6. art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez brak zachowania przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegający na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu;
7. art. 26 ust. 3 w zw. z 24 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wymaganego przez zamawiającego dokumentu zaświadczenia

z ZUS, pomimo iż przedłożony przez przystępującego dokument zawierał błąd polegający na podaniu błędnych danych identyfikujących przystępującego;

8. art. 26 ust. 3 w zw. z 24 ust. 1 pkt 9 ustawy P.z.p poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wymaganego przez zamawiającego dokumentu zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu zbiorowego, pomimo iż przedłożony przez przystępującego zawiera błąd polegający na podaniu błędnego zakresu danych podlegających weryfikacji w Krajowym Rejestrze Karnym;

9. art. 26 ust. 3 w zw. z 24b ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentu listy podmiotów należących grupy kapitałowej przystępującego, zawierającej dane wszystkich podmiotów rzeczywiście należących do tej grupy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane odwołaniem, w szczególności w zakresie wadliwości dokonania przez zamawiającego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej;
3. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu badania i oceny oraz wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w postępowaniu, a w jej wyniku odrzucenie oferty przystępującego ze względu na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę;
5. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku zawartego w punkcie 4 powyżej, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w postępowaniu, w tym w jej ramach, wezwania wykonawcy do złożenia prawidłowych dokumentów: zaświadczenia z ZUS, zaświadczenia z KRK dotyczącego podmiotu zbiorowego oraz listy podmiotów należących do grupy kapitałowej przystępującego;
6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz przystępującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego, według norm przypisanych oraz na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Odwołujący podniósł, że jest uprawniony do wniesienia odwołania albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww.

przepisów ustawy P.z.p interes odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w postępowaniu doznał uszczerbku. Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która została sklasyfikowana jako druga w kolejności, a wyłącznie w wyniku dokonania ww. naruszeń przez zamawiającego oferta odwołującego nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta odwołującego będzie ofertą z najniższą ceną, a przez to uzyska najlepszy wynik w procesie oceny ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego, odwołujący podniósł, że, zgodnie z protokołem postępowania, szacowana przez zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia wynosi 12.915.000,00 złotych brutto.

W postępowaniu złożono następujące oferty cenowe o następujących wartościach:

- i. przystępujący - 8.284.425,15 złotych brutto,
- ii. odwołujący -12.250.800,00 złotych brutto.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) obowiązującej w postępowaniu, kryteriami oceny ofert są cena 90% i gwarancja 10%. Na podstawie powyższych kryteriów zamawiający dokonał punktacji ofert oraz wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, która otrzymała największą liczbę punktów. W dniu 17 lutego 2016 roku zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, o czym poinformował na swojej stronie internetowej oraz zawiadomił wykonawców za pośrednictwem faksu i poczty elektronicznej.

W ocenie odwołującego, opisany powyżej sposób przeprowadzenia oceny oferty odwołującego jest nieprawidłowy i niezgodny z P.z.p. oraz narusza jego uzasadnione interesy.

Odwołujący podkreślił, że cena oferty przystępującego stanowi zaledwie ok. 64% wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez zamawiającego oraz ok. 68% ceny oferty została sklasyfikowana jako druga w kolejności tj. oferty odwołującego. Tak duża rozbieżność pomiędzy wartością oferty przystępującego, a wartością oferty złożonej przez odwołującego, jak również pomiędzy dokonanymi z należytą starannością szacunkami zamawiającego dowodzi, iż cena wykonawcy jest ceną rażąco niską. Wynika to z faktu, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób

rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę, a także pewien zysk.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż obowiązek badania ofert, w stosunku do których istnieje wątpliwość co do ceny wynika również wprost z przepisów Dyrektywy 2004/18/WE. Zgodnie z art. 55 ust. 1 Dyrektywy, jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty odnoszące się do świadczenia wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne. Jak wynika z ust. 2 tego artykułu, przez konsultacje z oferentem, instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody.

Odwołujący podniósł, że z uwagi na ograniczoną i ogólną treść wyjaśnień, zamawiający nie mógł i nie powinien być uznać, że cena oferty wykonawcy nie jest ceną rażąco niską. Zgodnie bowiem z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., złożone przez wykonawcę wyjaśnienia powinny wskazywać na obiektywne czynniki, które pozwalają mu zaoferować cenę niższą niż konkurencja czy szacunki zamawiającego. Dodatkowo, wyjaśnienia dotyczące ceny oferty powinny wyraźnie wskazywać na argumenty potwierdzające realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny. W swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawca musi wykazać, iż różnica pomiędzy ceną ofertową oraz cenami konkurencji bądź też ceną oszacowaną przez zamawiającego jest uzasadniona względami obiektywnymi, które pozwalają na wykonanie zamówienia bez poniesienia straty finansowej lub bez konieczności finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

W ocenie odwołującego, przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia ceny oferty są zdawkowe, wymijające, a przede wszystkim niewyczerpujące w stosunku do zakresu pytań zadanych przez zamawiającego. Co więcej, wyjaśnienia, pomimo precyzyjnie sformułowanych pytań, nie wskazują na konkretne okoliczności, które racjonalnie uzasadniałyby możliwości wykonania tak skomplikowanego przedmiotu zamówienia, w tak krótkim terminie, za cenę zaoferowaną przez przystępującego.

Odwołujący wskazał na nieprawidłowość wyceny przystępującego w zakresie punktu 5.7 Formularza cenowego w związku z pkt. 9 ppkt. 5 załącznika nr 1 do projektu umowy (dokument pod nazwą: 2015_TC_04661_Wzór umowy (zmieniony)) o treści: „Brak szczeliny pomiędzy płytą fundamentową, a tylną częścią korpusu NP i stojakiem łożyskowym nr 3”. Odwołujący podkreślił, że – aby dotrzymać gwarancji braku szczeliny, o której mowa w ww. postanowieniu – należy zdemontować wszystko co się znajduje na omawianej płycie fundamentowej, wykonać prace związane z dopasowaniem płaszczyzny płyty

fundamentowej i dolnych powierzchni przylegania korpusu, a potem ponownie to wszystko zamontować. W ocenie odwołującego czas wymagany do przeprowadzenia ww. prac to ok. 1900 RBG.

Z oferty przystępującego (w tym z wyjaśnień) można natomiast wywnioskować, iż przystępujący przewiduje na wykonanie ww. prac jedynie ok. 292 RBG, co w ocenie odwołującego jest czasem absolutnie nierealnym.

Odwołujący wskazał, iż częścią zakresu prac jest „Odwirowanie, kontrola i ewentualna korekta wyważenia wirnika (na obrotach nominalnych) - z uwzględnieniem transportu wirnika”, odpowiednio dla wirnika WP w punkcie 8.11 cennika a dla wirnika NP w punkcie 9.10. Jeżeli w zakresie prac w postępowaniu wymagane jest wycenienie czynności związanych z odwirowaniem wirników (wyważaniem wysokoobrotowym), należy to zrobić z należytą starannością tak aby podczas realizacji remontu móc w pełni wypełnić swoje zobowiązania wobec zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że wyważanie wysokoobrotowe wykonać można tylko w odpowiednio przygotowanych do tego miejscach. Potrzebne są specjalne, duże bunkry, które w Polsce posiada jedynie GE (Alstom). Poza tym prace te mogą zostać wykonane w Niemczech (Siemens) oraz w Czechach (Skoda).

W ofercie przystępującego na stronach 56-57 zamieszczono informację nt. zakresu prac, jakie przystępujący zamierza podzlecić. Na str. 57 wymieniono: „wyważenie i odwirowanie wirnika na obrotach nominalnych z przepływem prądu przez uzwojenia podczas pomiarów” - jest to pkt. 21.24 cennika - praca wykonywana przez EthosEnergy (zgodnie z wyjaśnieniami i ofertą podwykonawcy). W wykazie brakuje jednak prac związanych z odwirowaniem i wyważeniem wirników WP i NP (pkt 8.11 i 9.10 cennika). W wyjaśnieniach, w załączniku nr 1 wykazano pozycję „Prace warsztatowe na wirnikach wraz z odwirowaniem - wycena Wydziału Regeneracji Wirników Przemysłowych ZRE Katowice S.A. za cenę: 530 000,00 netto (651900,00 brutto), podczas gdy z Formularza ofertowego wynika jedynie kwota 440 000,00 netto.

Odwołujący podkreślił, że przystępujący nie posiada odpowiedniego wyposażenia, aby wykonać te prace we własnym zakresie, a zatem odesłanie w wyjaśnieniach do parku maszynowego jest nieprawdziwe.

Odwołujący podniósł, że dla prac wykazanych w pozycjach 8.11 i 9.10 przystępujący nie wykazał żadnej oferty podwykonawcy. Biorąc pod uwagę metodę przygotowania wyjaśnień, bez wątpienia można uznać, iż przystępujący prace te zamierza wykonać samodzielnie, co biorąc pod uwagę powyższe wyjaśnienia, jest fizycznie niewykonalne. Tym

samym wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę są niespójne, gdyż można wnioskować, iż prac związanych z wyważeniem wysokoobrotowym (odwirowaniem) wirników w ogóle w ofercie nie uwzględniono.

Odwołujący podniósł, że w ofercie przystępującego - UKŁAD OLEJU.SMARUJĄCEGO, łączna wartość brutto ww. prac to: 237 391,23 zł, co daje netto wartość: 194 105,67 zł

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w zestawieniu elementów mających wpływ na cenę oferty przystępującego, stanowiącym załącznik nr 1 do wyjaśnień, przystępujący wskazał, iż wykonanie czyszczenia olejowego będzie kosztowało 157.500 złotych netto (brutto: 193 725,00 zł) (oferta podwykonawcy). W ocenie odwołującego widać tu ewidentną niespójność. Tym bardziej, iż z załączonej do wyjaśnień oferty podwykonawcy - spółki Ecol Sp. z o.o. z 17 grudnia 2015 roku, wynika jednak jednoznacznie, iż koszt tej usługi to 193.000,00 złotych netto, a nie 157.500 złotych netto. Dodatkowo przystępujący przedstawił także korespondencję elektroniczną pochodzącą od ww. podwykonawcy, w której wskazano, iż koszt omawianej usługi to 150.000,00 złotych (po udzieleniu upustu). Korespondencja ta pochodzi jednak z 27 stycznia 2016 roku, a zatem z daty przypadającej na 12 dni po dniu składania ofert w postępowaniu. Wycena usług zaprezentowana w tej korespondencji nie mogła zatem być brana pod uwagę przez przystępującego w momencie składania oferty w postępowaniu, i – biorąc pod uwagę ceny zaoferowane w ofercie – nie była. Zdaniem odwołującego, nie budzi zatem żadnych wątpliwości, iż z opisywanej obniżki wykonawca nie mógł, a przynajmniej nie powinien uwzględnić w swojej ofercie, gdyż na dzień składania ofert, był jedynie w posiadaniu oferty Ecol opiewającej na kwotę 193.000,00 PLN netto. Z powyższego wynika niebudząca wątpliwości niespójność wyjaśnień przystępującego. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia powinny odnosić się do już złożonej oferty i w żaden sposób nie mogą wprowadzać do niej zmian.

Odwołujący wskazał, że zaakceptowanie przez zamawiającego lakonicznych i wymijających wyjaśnień przystępującego, a w efekcie brak odrzucenia oferty wykonawcy stanowi naruszenie przepisu art. 7 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz z zachowaniem zasady obiektywizmu i bezstronności.

Odwołujący stwierdził, że – z uwagi na powyższe - zamawiający, zgodnie art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., winien był odrzucić ofertę przystępującego jako zawierającą cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia lub z uwagi na fakt, iż złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający powyższego nie uczynił, przez co doszło do naruszenia ww. przepisów ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania przystępującego do złożenia prawidłowego zaświadczenia z ZUS, odwołujący wskazał, że zamawiający nie wezwał przystępującego do złożenia prawidłowego zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek, mimo że jako wnioskodawca w ww. zaświadczeniu został wskazany podmiot działający pod firmą ZRE KATOWICE S.A. Odwołujący podkreślił, że – zgodnie z wpisem w Krajowym Rejestrze Sądowym – firma przystępującego brzmi: „Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A.”, a użycie skrótu „ZRE KATOWICE S.A ” jest nieuprawnione w świetle obowiązujących przepisów, w szczególności KSH. Nie tylko bowiem wprowadza w błąd, ale dodatkowo poddaje w wątpliwość fakt, czy dokument został wydany dla właściwego podmiotu.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający winien był zatem w pierwszej kolejności zweryfikować, czy zaświadczenie zostało wydane dla przystępującego oraz czy zawiera prawidłowe informacje. Po analizie winien był stwierdzić, że przedłożony przez przystępującego dokument nie jest prawidłowy i wezwać do złożenia właściwych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Nie sposób bowiem przyjąć, że zamawiający może uwzględnić dokumenty tylko częściowo prawidłowe lub zawierające tylko część wymaganych przez niego informacji albo identyfikujące tylko częściowo wykonawcę, którego dokumenty dotyczą. Byłoby to bowiem sprzeczne z zasadą przejrzystości i formalizmu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wszystkie dane w przedkładanych zamawiającemu dokumentach winny być w całości prawidłowe i niebudzące żadnych wątpliwości. Zdaniem odwołującego, należy również pamiętać, że prawidłowe określenie nazwy podmiotu ma dla jego identyfikacji szczególnie istotne znaczenie. Jednocześnie, nawet gdyby uznać, że wystarczające jest właściwe podanie numeru NIP i REGON, można byłoby analogicznie akceptować dokumenty, które zawierają prawidłowy NIP ale nieprawidłowy REGON, prawidłową nazwę, ale nieprawidłowy NIP itd., co mogłoby prowadzić do oczywistych nieprawidłowości.

Ponadto, jak jednoznacznie wskazuje się w doktrynie: „Z brzmienia art. 305 § 2 k.s.h. wynika; że dopuszczalność skrótu firmy w obrocie można odnosić tylko do dodatku ("S.A. "). Nie mogą być skracane korpusy. Wypada podkreślić, że w komentowanym przepisie mowa jest o używaniu w obrocie. Pojęcie obrotu odnosić należy do obrotu stricte gospodarczego, jak i wszelkich stosunków poza takim obrotem. Obrotem jest więc każda sprawa ze stosunków pozaspółkowych. Dotyczy to w szczególności wpisów do ksiąg wieczystych, wpisów do rejestrów administracyjnych, zezwoleń i koncesji, a także oznaczenia stron w

postępowaniu cywilnym i administracyjnym, występowania przed organami państwowymi czy samorządowymi"

Konkludując, odwołujący stwierdził, że przystępujący przedstawił dokument zawierający nieprawidłowe informacje, a tym samym niewłaściwy, co powinno skutkować wezwaniem go przez zamawiającego do złożenia wymaganego przez zamawiającego dokumentu, a w braku dokonania uzupełnienia, wykluczeniem przystępującego z postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania przystępującego do złożenia prawidłowego dokumentu zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego wydawanego dla podmiotu zbiorowego, odwołujący wskazał, że w rubryce zakres danych wskazano „czy dane Spółki ZRE Katowice S.A. są zagrożone w Krajowym Rejestrze Karnym”. Trudno jednoznacznie stwierdzić co oznacza to sformułowanie. Przedłożony dokument nie może być zatem uznany za prawidłowy. Zgodnie bowiem z treścią analizowanego dokumentu zostało potwierdzone, iż przystępujący nie figuruje w Kartotece Podmiotów zbiorowych Krajowego Rejestru Sądowego w zakresie danych mieszczących się w odpowiedzi na pytanie „czy dane Spółki ZRE Katowice SA są zagrożone w Krajowym Rejestrze Sadowym (punkt 5 zaświadczenia). Zakres żądanych danych nie potwierdza zatem, że wykonawca nie spełnia przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że – podobnie jak w przypadku zaświadczenia z ZUS – przystępujący posłużył się w sposób nieuprawniony skrótem. W związku z powyższym zamawiający winien był wezwać przystępującego do złożenia prawidłowych dokumentów, czego nie uczynił.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia kompletnej listy grupy kapitałowej przystępującego, odwołujący wskazał, że przystępujący nie złożył kompletnej listy grupy kapitałowej, do której należy. Odwołujący wskazał bowiem dwie spółki niewyróżnione w przedłożonej liście, a które *de facto* znajdują się w grupie kapitałowej przystępującego. Jest to spółka Turboland - Diagnostyka Turbin Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz spółka. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KORD Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie. Przedłożenie niepełnej listy, tak jak uczynił to przystępujący w postępowaniu, skutkuje koniecznością wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 b ust. 3 ustawy P.z.p., po wyczerpaniu procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Zamawiający zaniechał jednak wezwania do uzupełnienia listy, a zatem w sposób niebudzący wątpliwości naruszył przepisy ustawy P.z.p. w tym zakresie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 marca 2016 roku wniósł o::

1. Odrzucenie odwołania z uwagi na brak doręczenia zamawiającemu załączników do odwołania z 26 lutego 2016 roku.
2. Na wypadek nieuwzględnienia wniosku wskazanego w pkt 1 - oddalenie odwołania w całości z uwagi na brak podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających zarzuty i żądania odwołującego.
3. Zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 3.600 zł, wraz z pozostałymi kosztami, w tym związanych z dojazdem na rozprawę w oparciu o stosowny wykaz i dokumenty, które zostaną przedstawione na rozprawie, zgodnie z treścią § 3 pkt. 2 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.
4. Przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w ramach uzasadnienia pisma na okoliczności w nim zakreślone.

Zamawiający wskazał, że z uwagi na niedochowanie warunków formalnych wniesienia odwołania, odwołanie winno zostać odrzucone. Co prawda, w istocie znaczna część załączników stanowi dokumentację przetargową znaną zamawiającemu, niemniej już w odniesieniu do załączników nr 14 i 15, nie są to dokumenty, które zamawiający posiada z urzędu. Nie jest też rolą zamawiającego kompletowanie dokumentacji celem rozeznania zarzutów merytorycznych odwołującego.

W zakresie zarzutu braku odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę, zamawiający podniósł, że – wbrew bowiem wyrażonemu przez odwołującego stanowisku, przepisy art. 90 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. – nie ustanawiają bynajmniej domniemania rażąco niskiej ceny w sytuacji w której zamawiający wzywa wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. do wyjaśnień w przedmiocie złożonej oferty. Należy bowiem odróżnić sytuację, w której zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., od ustawowego domniemania rażąco niskiej ceny.

W ocenie zamawiającego, odwołujący pomija istotną okoliczność, że to, czy cena jest rażąco niska, nie zależy od wezwania przez zamawiającego, ale od okoliczności, czy umożliwi ona wykonawcy w sposób należyty zrealizować zamówienie.

Zamawiający podniósł, że odwołujący w swojej argumentacji pomija okoliczność, iż to na odwołującym ciąży obowiązek wykazania, iż cena wskazana w kontestowanej przez niego ofercie budzi wątpliwości: Podobnie należy ocenić kwestie związaną z zarzutem

odwołującego, iż przesłane przez przystępującego wyjaśnienia nie są wyczerpujące, gdyż nie stanowią odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytania, jakkolwiek odwołujący w swym piśmie zaniechał przytoczenia kluczowej z punktu widzenia stawianego zarzutu argumentacji, to jest nie wskazał, w czym wyraża się ów brak wyczerpującego charakteru wyjaśnień., w szczególności z jakich powodów zamawiający nie powinien był na podstawie przedłożonych wyjaśnień uznać, że zaproponowana przez przystępującego cena jest prawidłowa.

W ocenie zamawiającego, samą różnicą ceny pomiędzy wykonawcami, nie stanowi podstawy uznania, że oferowana cena jest rażąco niska. W końcu różnice w oferowanych cenach stanowią element rywalizacji rynkowej między oferentami. Podobnie, nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja odwołującego, iż wykonywanie podobnej działalności przez podmioty rywalizujące w przetargu, winno skutkować oferowaniem cen na podobnym poziomie. Taka teza jest zaprzeczeniem wolnej konkurencji i poszukiwania przez wykonawców zgodnych z prawem metod na obniżenie kosztów realizacji, przy jednoczesnym zachowaniu jakości wykonywanych usług. Zamawiający zauważył, że w przypadku, w którym w postępowaniu zgłoszono jedynie dwie oferty, trudno mówić o rzetelnym porównaniu złożonych ofert, również z uwagi na tak specyficzny i specjalistyczny przedmiot zamówienia.

Podobnie, w ocenie zamawiającego, wartość szacunkowa nie może być *a priori* brana pod uwagę jako miernik rażąco niskiej ceny,

Zamawiający podniósł, że odwołujący zupełnie abstrahuje od okoliczności, iż jeżeli wykonawca wykaże, że zaproponowana przez niego cena jest ceną rynkową, pozwalającą na prawidłowe wykonanie zamówienia, bez znaczenia pozostają złożone przez innych wykonawców oferty. Nie ma wszak przesłanek do przyjęcia, że wykonawca potrafiący skonstruować ofertę za znacznie niższą cenę niż pozostali oferenci, ma ponosić negatywne skutki optymalizacji prowadzonej przez siebie działalności. Gołosłowne pozostają przy tym zaprezentowane w pkt 11 odwołania twierdzenia odwołującego, który twierdzi, że za zaoferowaną cenę przystępujący nie jest w stanie należycie zrealizować zamówienia, skoro argumentacja odwołującego zawarta w pkt. 30-39 odwołania nie odnosi się do całości oferty, lecz jedynie zaledwie do kilku składników ceny zaoferowanej przez przystępującego.

Zamawiający wskazał, że przystępujący, w odpowiedzi na pismo zamawiającego z 25 stycznia 2016 roku, pismem z 28 stycznia 2016 udzielił wyjaśnień w przedmiocie sposobu kalkulacji zaproponowanej przez siebie oferty. W udzielonych wyjaśnieniach wskazano na następujące podstawy wyliczenia ofert:

- oferty podwykonawców na poszczególne zakresy prac,
- posiadany przez przystępującego park maszynowy oraz infrastrukturę techniczną,
- przyjęte stawki godzinowe oraz ilość roboczogodzin dla danego zakresu.

Zamawiający zauważył, że realność którejkolwiek z ofert podwykonawców nie została zakwestionowana przez odwołującego, w stosunku do żadnej z ofert nie został podniesiony zarzut iż jest ona zaniżona, podobnie nie zostały zakwestionowane stawki roboczogodzin przyjęte przez przystępującego. W ocenie zamawiającego, nie można jednocześnie, jak to czyni odwołujący, czynić przystępującemu zarzutu, że nie ustosunkował się on do wszystkich z podanych przez zamawiającego czynników mogących mieć wpływ na zaproponowaną, cenę. Jest bowiem oczywiste, że przystępujący ustosunkował się jedynie do tych przyczyn, które miały wpływ na zaproponowaną przez niego cenę. Treść zapytania skierowanego przez zamawiającego w zakresie składników cenotwórczych stanowiło powtórzenie przepisów ustawy, wobec czego, jeśli inne czynniki aniżeli wskazane w zapytaniu miały wpływ na cenę, to przystępujący je wskazał.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący pomija okoliczność, iż o tym, czy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę są wyczerpujące, decyduje przede wszystkim charakterystyka danego przedmiotu zamówienia. W zależności bowiem od tego, co jest przedmiotem zamówienia, inaczej są ukierunkowane wyjaśnienia. Nie zawsze bowiem wykonawca może przedstawić jednoznaczne dowody na poparcie zasadności przyjętych przez siebie kalkulacji. W okolicznościach niniejszej sprawy takie kalkulacje zostały przez przystępującego przedstawione, wobec tego tym bardziej wątpliwym pozostaje kwestionowanie przez odwołującego wskazanych wyjaśnień. Zamawiający podkreślił, że jedyne konkretne zarzuty odnoszące się do rzekomo nierzetelnych wyliczeń, odnoszą się tylko do pkt 5.7 formularza cenowego, jakkolwiek wymaga zauważenia, że w komunikacie nr 5 zamawiający dopuścił różne metody wykonania prac opisanych w tym punkcie.

Zamawiający stwierdził, iż znanych jest kilka metod usunięcia usterki, o której mowa w pkt 5.7:

- zastosowanie materiałów kompozytowych wypełniających powstałą szczelinę - bez demontażu kadłuba i stojaka,
- zainstalowanie dodatkowych elementów przenoszących siły ze stojaka na fundament— bez demontażu kadłuba i stojaka,
- demontaż i ponowny montaż/korekta położenia kadłuba NP oraz stojaka nr 3S

- regulacja położenia kadłuba i stojaka śrubami regulacyjnymi podparć sprężynowych kondensatora -bez demontażu kadłuba i stojaka.

Ostateczna decyzja o przyjętej metodzie wykonania naprawy należy do wykonawcy, zaś z uwagi na pozostawiony wybór sposobu naprawy, przyjęta ilość roboczogodzin nie mogła wzbudzić wątpliwości zamawiającego, albowiem, zgodnie z jego wiedzą, wykazana ilość roboczogodzin wystarczy do wykonania tej części prac.

Zamawiający stwierdził także, iż przeprowadził weryfikację wyjaśnień poprzez porównanie stawek roboczogodzin przystępującego ze stawkami roboczogodzin określonymi w zawartych przez zamawiającego w ostatnich latach umowach na realizację robót: o podobnym charakterze (wymagających wysoko wykwalifikowanej kadry pracowników), a także w otrzymanych kosztorysach na realizację robót. Z dokonanych przez zamawiającego ustaleń wynika, iż stawki przyjęte przez przystępującego są wyższe niż stawki funkcjonujące na rynku wykonawców takich robót, co stanowi kolejny argument wskazujący na okoliczność, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska.

W ocenie zamawiającego, nie sposób również uznać za uzasadnioną treść zarzutu zawartego w pkt 32-37, odnoszącego się do podanych przez odwołującego cen w zakresie pkt 8.11, 9.10 i 21.24 formularza cenowego. Po pierwsze, odwołujący w zupełnie błędny sposób zakłada, że skoro przystępujący nie przedłożył oferty, to oznacza to, że będzie wykonywał te prace samodzielnie. Nie sposób bowiem racjonalnie założyć, że już na obecnym etapie przystępujący ma wybranych podwykonawców dla wszystkich zakresów, jakie ma zamiar zlecić podwykonawcom. Ponadto zaoferowane przez przystępującego stawki są wyższe aniżeli stawki odwołującego.

Zdaniem zamawiającego, bez znaczenia pozostają również zarzuty sformułowane w odniesieniu do pkt 18 formularza cenowego zawarte w pkt 38-39 odwołania. Odwołujący sam przyznaje w odwołaniu, że załączona oferta podwykonawcy jest niższa aniżeli wartość wskazana w formularzu cenowym, zaś oferta podwykonawcy nie jest kwestionowana przez odwołującego. Wobec powyższego, już z tego powodu nie można mówić, aby oferta w tym zakresie była rażąco niska. Co więcej, w swojej ofercie odwołujący wycenił owe prace na kwotę 188.000 złotych, zatem różnica pomiędzy przedmiotowymi zakresami to jedynie ok. 5%. Przedstawiona przez przystępującego oferta kwotowa w korespondencji elektronicznej jest natomiast kolejnym potwierdzeniem, że przedmiotowe prace można wykonać jeszcze niższym kosztem aniżeli po kosztach wskazanych w ofercie przystępującego. Wszak procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny nie służy wprost do wykazania przez przystępującego, jakie koszty będzie ponosił przy wykonaniu zamówienia, lecz w jaki sposób

skalkulowana została cena. Wszystkie przedłożone przez przystępującego dokumenty potwierdzają realność cen przyjętych do oferty.

Zamawiający w toku badania zweryfikował również, czy podawane przez odwołującego pod wątpliwość ceny ofertowe przystępującego dotyczące punktów 5.7, 8.1.1, 9.10 i 18 arkusza kalkulacyjnego mogłyby mieć realny wpływ na ew. zmianę oceny ofert przez komisję przetargową. W wyniku przeprowadzonej symulacji ustalili, iż kwestionowane przez odwołującego ceny przystępującego mają wartość mniejszą niż 10% wartości jego oferty i nawet, gdyby przystępujący przyjął ceny równe cenom odwołującego dla ww. prac, to oferta przystępującego nadal byłaby bardziej korzystna finansowo dla zamawiającego.

Zamawiający wskazał też, iż porównanie formularza cenowego przystępującego i odwołującego wykazało, iż w wielu pozycjach odwołujący zaoferował ceny nawet kilkukrotnie niższe od cen przystępującego, a łączna wartość tej różnicy wynosi ponad 1.500.000,00

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wezwania przystępującego do uzupełnienia zaświadczenia z ZUS oraz Krajowego Rejestru Karnego, zamawiający podniósł, że odwołujący błędnie jednak interpretuje zasadę formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Formalizm ten, wyrażający się koniecznością dokonywania odpowiednich czynności zarówno przez wykonawców, jak i zamawiającego, nie jest bowiem celem, lecz jedynie środkiem służącym realizacji zadań jakie ustawodawca postawił zamawiającym w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Postawione zarzuty nie dotyczą w swej istocie treści przedłożonych dokumentów, lecz ich formy. Nie dotyczą braku spełnienia przez przystępującego wymogów udziału w postępowaniu, lecz jedynie wadliwości dokumentów, jakie przedłożył przystępujący.

Zamawiający podkreślił, że zarówno zaświadczenie z ZUS, jak i z Krajowego Rejestru Karnego, są dokumentami wydawanymi przez organy państwowe, zatem, kwestionując przedłożone przez przystępującego dokumenty, odwołujący kwestionuje prawidłowość działania organów państwowych. Co więcej, w sposób nieuprawniony wiąże odwołujący formalizm postępowania z brakiem obowiązku weryfikacji merytorycznej przez zamawiającego przedłożonych dokumentów. Zamawiający wskazał, że celem przedłożenia czy to zaświadczenia z ZUS, czy to zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego jest weryfikacja konkretnej okoliczności, tj. ustalenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania (oczywiście z uwzględnieniem konieczności wezwania do uzupełnienia dokumentów). Stąd też zamawiający, otrzymując dokumenty i oświadczenia od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, winien sprawdzić, czy na podstawie przedstawionych dokumentów możliwe jest przesądzenie, iż nie istnieją podstawy do wykluczenia .wykonawcy. Jeśli zaś przedstawione dokumenty potwierdzają, że wykonawca

może ubiegać się o udzielenie zamówienia, brak jest podstaw do żądania innych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Zamawiający zauważył, że bez znaczenia dla okoliczności sprawy pozostają przytoczone przez odwołującego w pkt 51 odwołania stanowiska dotyczące sposobu posługiwania się przez przedsiębiorcę własną firmą. Istotą omawianej sprawy nie jest bowiem bierne posługiwanie się firmą przystępującego, lecz przesądzenie okoliczności, iż przedłożone dokumenty pozostają w zgodzie z przepisami ustawy P.z.p. W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający stwierdził, że przedłożone dokumenty dowodzą, iż w postępowaniu brak jest podstaw do wykluczenia przystępującego z postępowania. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 16 ust. 3 ustawy z 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej, przedsiębiorcę (a takim niewątpliwie przystępujący jest) identyfikuje się za pomocą numeru identyfikacji podatkowej, zatem składając wniosek do ZUS w przedmiocie niezalegania ze składkami, jako dane identyfikujące zgodnie z obowiązującymi należy uznać numer identyfikacji podatkowej, który to numer został podany w odniesieniu do przystępującego w sposób prawidłowy, a co za tym idzie, przedłożone zaświadczenie dotyczy przystępującego i tym samym uznać należy, że przystępujący w sposób prawidłowy złożył wymagany dokument. Nie ma bowiem podstaw do twierdzenia, iż osoba dokonująca czynności materialno-techniczne w postaci uzyskania danych z zasobów ZUS w sposób nieprawidłowy dokonała identyfikacji przystępującego (tj. nie posłużyła się numerem NIP), a co za tym idzie, że przystępujący nie przedłożył stosownego zaświadczenia. Zamawiający stwierdził, że przedłożone przez przystępującego zaświadczenie z ZUS jest wystarczające w świetle przepisów prawa zamówień publicznych.

W przypadku zarzutu dotyczącego zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego, zamawiający zwrócił uwagę na sposób pozyskiwania informacji z tego rejestru. Po pierwsze, w przypadku zapytania skierowanego do Krajowego Rejestru Karnego bez wątplenia w sposób prawidłowy oznaczono dane wnioskującego o pozyskanie informacji. Wątpliwości odwołującego wynikają z oznaczenia zakresu informacji o jakie wnioskował przystępujący. We wniosku, jako podstawę żądanych danych, wskazano art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy P.z.p., a jako że art. 6 ustawy o KRK nie upoważnia zamawiających do żądania danych o wykonawcach, nie może budzić wątpliwości, że wykonawca Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. wnioskował ..o udzielenie informacji o sobie, ponieważ nie wykazał, aby był uprawniony do uzyskania informacji. na temat innych podmiotów, Po drugie, zgodnie z § 3 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 7 lipca 2015 roku w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. 2015 poz. 1025), podmioty składające wniosek o udzielenie danych identyfikuje się na podstawie danych z Krajowego Rejestru Sądowego (które to dane zostały prawidłowo określone we wniosku), zaś § 9 ust. 2 tego rozporządzenia

stanowi, że gdy istnieją rozbieżności między danymi z KRS a danymi z wniosku, informacje o tych rozbieżnościach umieszcza się we wniosku. W niniejszej sytuacji takiej informacji brak, zatem brak wątpliwości co do podmiotu, którego dotyczy zapytanie. Po trzecie, zamawiający zauważył, że odwołujący w przedłożonym przez siebie zaświadczeniu z KRK określił zakres żądanych informacji jako „pełny”. Ustawa ani rozporządzenie nie określają takiego zakresu informacji. Zamawiający podkreślił, że nie można utożsamiać zakresu żądanych informacji z podmiotem, który o te informacje występuje. Legitymację do wystąpienia z wnioskiem o uzyskanie informacji z KRK określa bowiem ustawa, a w praktyce podstawa prawna wniosku, która zostaje wskazana na stosownym wniosku. Natomiast zakres informacji odnosi się w tym przypadku nie do określenia podmiotu, którego informacje dotyczą, lecz charakteru informacji o jakie wnioskuje. Nie można bowiem, tak jak to czyni odwołujący, w sposób wybiórczy, oderwany od innych regulacji prawnych, określać sposobu uzyskiwania informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Powyższe świadczy zatem jednoznacznie o okoliczności, iż wskazanie zakresu żądanych informacji ma charakter wtórny w stosunku do samego prawidłowego oznaczenia wnioskodawcy, określenie zakresu informacji jest dotąd bowiem nieistotne, dopóki, nie jest ono określone w sposób zawężający względem wymogów z ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu w przedmiocie braku wezwania przystępującego do uzupełnienia listy podmiotów z grupy kapitałowej, zamawiający wskazał, iż na podstawie przedstawionych przez odwołującego odpisów KRS nic sposób stwierdzić, aby zarówno Turbolab-Diagnostyka Turbin sp. z o.o. (zapewne omyłkowo określona w odwołaniu jako Turboland), jak również Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KORD sp. z o.o. należały do tej samej grupy kapitałowej co Zakłady Remontowe Energetyki S.A. w Katowicach.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 5 ustawy P.z.p., o przynależności do grupy kapitałowej decyduje kwalifikacja dokonana wedle ustawy z 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako u.o.k.i.k.). Art. 4 pkt 14 u.o.k.i.k, definiujący pojęcie grupy kapitałowej, odwołuje się do posiadania pośredniej lub bezpośredniej kontroli nad innym przedsiębiorcą. I choć sam przepis art. 4 pkt 14 u.o.k.i.k, takiego bezpośredniego odesłania nie zawiera, to jednak przyjęć należy, że chodzi tu o kontrolę, o której mowa w art. 4 pkt 4 u.o.k.k., czyli możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Formy wywierania bezpośredniego lub pośredniego wpływu na przedsiębiorcę opisane w powołanym przepisie opierają się co do zasady na posiadaniu bezpośrednio lub pośrednio bądź to większości głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy czy też zgromadzeniu wspólników, bądź to uprawnieniu do powoływania większości członków zarządu bądź to na tzw. unii personalnej. Nie stanowi podstaw do uznania, iż przedsiębiorcy należą do tej samej grupy kapitałowej, posiadanie jakichkolwiek

udziałów lub akcji, w przeciwnym razie przedsiębiorca posiadający drobny udział w kapitale zakładowym kilku przedsiębiorców tworzyłby „swoją własną” grupę kapitałową.

Zamawiający stwierdził, iż nie można formułować twierdzenia, by ZRE Katowice posiadało ww. uprawnienia. W przypadku Turbolab--Diagnostyka Turbin sp. z o.o. ZRE Katowice posiada połowę, ale nie większość udziałów w spółce, a zatem nie została spełniona przesłanka określona w art 4 ust. 4 pkt 1 u.o.k.i.k., podobnie jeśli chodzi o Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KORD sp. z o.o Wykonawca posiada zaledwie 18% udziałów w Spółce.

Zamawiający stwierdził, iż nawet gdyby lista podmiotów należących do grupy kapitałowej złożona przez przystępującego była niepełna, nie mogłoby to skutkować uwzględnieniem odwołania. Pamiętać bowiem należy, że zgodnie z art. 192 ust. 2 p.z.p. uwzględnienie odwołania jest możliwe li tylko w sytuacji, w której uchybienie przepisom miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W okolicznościach niniejszej sprawy, z uwagi na fakt, iż jest jedynie dwóch wykonawców biorących udział w postępowaniu, jest rzeczą oczywistą, że w postępowaniu nie brak udziału inni wykonawcy, którzy choćby potencjalnie mieli należeć do grupy kapitałowej wykonawcy ZRE Katowice

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie poprzez przekazanie do publikacji ogłoszenia o zamówieniu w dniu 20 listopada 2015 roku. Zgodnie z postanowieniami s.i.w.z., kryteriami oceny ofert są cena 90% i gwarancja 10%.

Szacowana przez zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia wynosi 12.915.000,00 złotych brutto.

W postępowaniu złożono następujące oferty cenowe o następujących wartościach:

- i. przystępujący - 8.284.425,15 złotych brutto,
- ii. odwołujący -12.250.800,00 złotych brutto.

W toku postępowania zamawiający wezwał przystępującego pismem z dnia 25 stycznia 2016 roku do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej w ofercie ceny. Pismem z 28 stycznia 2016 roku przystępujący złożył wyjaśnienia w przedmiocie sposobu

skalkulowania oferty. W dniu 17 lutego 2016 roku zamawiający dokonał wyboru oferty. Jako oferta najkorzystniejsza wybrana została oferta przystępującego.

Przystępujący złożył wraz z ofertą zaświadczenie z ZUS. Przystępujący w ww. zaświadczeniu został wskazany podmiot działający pod firmą ZRE KATOWICE S.A.

Przystępujący złożył wraz z ofertą zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego wydawanego dla podmiotu zbiorowego. W rubryce zakres danych wskazano: „czy dane Spółki ZRE Katowice S.A. są zagrożone w Krajowym Rejestrze Karnym”. Na zaświadczeniu widnieje adnotacja, iż podmiot nie figuruje w Krajowym rejestrze Karnym.

Przystępujący złożył listę podmiotów grupy kapitałowej. Nie umieścił na niej podmiotów: Turbolab - Diagnostyka Turbin Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KORD Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

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

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

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje.

Izba stwierdziła, iż w rozpoznawanej sprawie zamawiający zasadnie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Cena oferty przystępującego stanowi ok. 64% wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez zamawiającego oraz ok. 68% ceny oferty odwołującego.

Jednocześnie odwołujący zakwestionował tylko niektóre pozycje formularza cenowego, zatem Izba stwierdziła, iż zarzut rażąco niskiej ceny dotyczy jedynie wskazanych w odwołaniu pozycji i rozpoznała odwołanie w granicach podniesionego zarzutu.

Odnosząc się do pozycji 5.7 formularza cenowego - „Brak szczeliny pomiędzy płytą fundamentową, a tylną częścią korpusu NP i stojakiem łożyskowym nr 3”, Izba stwierdziła, iż odwołujący oparł swój zarzut na technologii wykonania zadania, którą sam przyjął konstruując ofertę. Odwołujący nie uwzględnił, iż zamawiający dopuścił rozmaite sposoby zlikwidowania szczeliny, o czym poinformował wszystkich wykonawców.

Zamawiający podniósł, iż istnieje co kilka metod wykonania wskazanej części zamówienia, w tym:

- zastosowanie materiałów kompozytowych wypełniających powstałą szczelinę - bez demontażu kadłuba i stojaka,
- zainstalowanie dodatkowych elementów przenoszących siły ze stojaka na fundament— bez demontażu kadłuba i stojaka,
- demontaż i ponowny montaż/korekta położenia kadłuba NP oraz stojaka nr 3S
- regulacja położenia kadłuba i stojaka śrubami regulacyjnymi podparć sprężynowych kondensatora - bez demontażu kadłuba i stojaka.

Odwołujący nie zakwestionował stanowiska zamawiającego. Nie odniósł się także do metody likwidacji usterki, jaką zamierza zastosować przystępujący. Przyjęta przez odwołującego kalkulacja dotyczy metody bardzo praco- i czasochłonnej i – co za tym idzie – bardziej kosztownej. Brak ustosunkowania się do technologii przyjętej przez przystępującego

jest równoznaczne z przyjęciem, iż odwołujący nie udowodnił w tym zakresie podnoszonego zarzutu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego układu oleju smarującego, Izba wskazuje, iż przystępujący mógł – w warunkach danego postępowania – posłużyć się dowodami, powstałym po terminie składania ofert. Podnieść należy, iż w warunkach prowadzonej działalności gospodarczej nie sposób wymagać od wykonawców, by na etapie przygotowywania oferty gromadzili wszystkie dokumenty, które – być może – będą obowiązani złożyć zamawiającemu w celu wykazania, iż zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska. Oczywistym jest, że gros ustaleń pomiędzy wykonawcami i ich podwykonawcami, odbywa się w formie bezpośrednich negocjacji, niekoniecznie potwierdzonych pisemnym dowodem. Dla oceny postawionego zarzutu istotne jest, iż przystępujący był w stanie potwierdzić, iż zaproponowana przez niego wartość jest realna.

Nie mniej istotny jest fakt, iż zakwestionowana przez odwołującego wartość jest nieznaczną wobec wartości zamówienia oraz zaoferowanej ceny. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż zarzut rażąco niskiej ceny winien dotyczyć całej ceny a nie jej poszczególnych składników. Oczywistym jest przy tym, iż ocena zarzutu nierzadko polega na badaniu wartości pojedynczych pozycji, ale badanie to nie powinno odbywać się w oderwaniu od ogólnej ceny oferty. W ocenie Izby wartość wskazanej pozycji nie wpływa na cenę w sposób, który przesądzałby o jej rażąco niskim charakterze.

Podobnie należy ocenić podniesiony zarzut w zakresie pkt 8.11, 9.10 i 21.24 formularza cenowego. Zakwestionowane przez odwołującego pozycje, z uwagi na ich niewielką wysokość w stosunku do ceny oferty, nie uzasadniają stwierdzenia, iż przystępujący zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z 24 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wymaganego przez zamawiającego dokumentu zaświadczenia z ZUS, pomimo iż przedłożony przez przystępującego dokument zawierał błąd polegający na podaniu błędnych danych identyfikujących przystępującego, należy uznać za bezpodstawny.

W myśl art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 października 1995 roku o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników (Dz. U. z 2012 roku, poz. 1314 ze zm.), identyfikatorem podatkowym jest NIP – w przypadku podmiotów podlegających obowiązkowi ewidencyjnemu, o którym mowa w art. 2. W myśl art. 2 ust. 1 wskazanej ustawy, osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które na podstawie odrębnych ustaw są podatnikami, podlegają obowiązkowi ewidencyjnemu.

Stosownie do art. 12a, przepisy dotyczące podatników, stosuje się odpowiednio do płatników podatków i płatników składek ubezpieczeniowych.

Z powyższego wynika, iż NIP jest ustawowym identyfikatorem podmiotów będących płatnikami składek ubezpieczeniowych. Zasadniczym elementem przedłożonego przez przystępującego zaświadczenia z ZUS jest zatem jego NIP, nie zaś skrót firmy. Tym samym fakt posłużenia się w zaświadczeniu zakwestionowanym skrótem pozostaje bez wpływu na identyfikację przystępującego i informacje zawarte w zaświadczeniu.

Izba uznała za niezasadny art. 26 ust. 3 w zw. z 24 ust. 1 pkt 9 ustawy P.z.p poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wymaganego przez zamawiającego dokumentu zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu zbiorowego, pomimo iż przedłożony przez przystępującego zawiera błąd polegający na podaniu błędnego zakresu danych podlegających weryfikacji w Krajowym Rejestrze Karnym

Zgodnie z art. 20 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 24 maja 2000 roku o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2015, poz. 1036 ze zm.), informacja o podmiocie zbiorowym, sporządzona na podstawie danych zgromadzonych w Rejestrze, zawiera dane o podmiocie zbiorowym w zakresie objętym zapytaniem lub wnioskiem albo stwierdzenie, że podmiot zbiorowy nie figuruje w Rejestrze.

Przystępujący przedłożył zaświadczenie z KRK dotyczące informacji o podmiocie zbiorowym z adnotacją, iż podmiot ten nie figuruje w Rejestrze. Fakt nieumieszczenia podmiotu w rejestrze oznacza, iż wobec danego podmiotu nie orzeczono kary, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy P.z.p., tj. zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, bez względu na zakres wskazany we wniosku.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z 24b ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentu listy podmiotów należących grupy kapitałowej przystępującego, zawierającej dane wszystkich podmiotów rzeczywiście należących do tej grupy.

Ze złożonych przez odwołującego odpisów z KRS Turbolab - Diagnostyka Turbin Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz Przedsiębiorstwa Wielobranżowego KORD Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, wynika, że – w przypadku Turbolab--Diagnostyka Turbin sp. z o.o. przystępujący posiada połowę udziałów w spółce, a w Przedsiębiorstwie Wielobranżowym KORD sp. z o.o - 18% udziałów w Spółce.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 5 ustawy P.z.p., o przynależności do grupy kapitałowej decyduje kwalifikacja dokonana wedle ustawy z 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. Art. 4 pkt 14 ustawy definiujący pojęcie grupy kapitałowej, odwołuje się do posiadania pośredniej lub bezpośredniej kontroli nad innym przedsiębiorcą. Należy zgodzić się z zamawiającym, że - choć sam przepis art. 4 pkt 14 u.o.k. takiego bezpośredniego odesłania nie zawiera - to jednak przyjęć należy, że chodzi tu o kontrolę, o której mowa w art. 4 pkt 4 u.o.k.k., czyli możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Formy wywierania bezpośredniego lub pośredniego wpływu na przedsiębiorcę opisane w powołanym przepisie opierają się co do zasady na posiadaniu bezpośrednio lub pośrednio bądź to większości głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy czy też zgromadzeniu wspólników, bądź to uprawnieniu do powoływania większości członków zarządu bądź to na tzw. unii personalnej. Nie stanowi podstaw do uznania, iż przedsiębiorcy należą do tej samej grupy kapitałowej, posiadanie jakichkolwiek udziałów lub akcji, w przeciwnym razie przedsiębiorca posiadający drobny udział w kapitale zakładowym kilku przedsiębiorców tworzyłby „swoją własną” grupę kapitałową.

W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił, iż wskazane podmioty należą do tej samej grupy kapitałowej, co przystępujący, poprzestając jedynie na wykazaniu, że przystępujący jest właścicielem części udziałów we wskazanych podmiotach. W ocenie Izby, z uwagi na wskazane wyżej przepisy ustawy, nie jest to wystarczające dla stwierdzenia przynależności do tej samej grupy kapitałowej.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....