

WYROK
z dnia 28 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ATUT Sp. z o.o., ul. Sosnowa 25, 40-467 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **RNT Sp. z o.o., Firma TIMLER Zakład Elektroniki Budowlanej i Przemysłowej inż. el. M.T., ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ATUT Sp. z o.o., ul. Sosnowa 25** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ATUT Sp. z o.o., ul. Sosnowa 25** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego ATUT Sp. z o.o., ul. Sosnowa 25** na rzecz **Lubelskiego Węgla Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów** kwotę 3 600 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

I. Lubelski Węgiel „BOGDANKA” spółka akcyjna w Puchaczowie (zwana dalej na zamówienia Zamawiającym), prowadzi postępowanie wykonanie publicznego
pn. Opracowanie projektu technicznego, zakup, dostawa i montaż urządzeń oraz monitorowania uruchomienie i rozruch fabrycznie systemu parametrów nowego technologicznych, sterowania urządzeniami i wizualizacji kopalnianej sieci rurociągów przeciwpożarowych w Lubelskim Węglu „Bogdanka” S.A.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia

7 kwietnia 2016 r., poz. 2016/S 068-119118. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 15 lipca 2016 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe ATUT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mysłowicach (dalej: Odwołujący) wniosło odwołanie, w którym zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3) Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie, w przypadku w którym Konsorcjum podlegało wykluczeniu z Postępowania z uwagi na przedłożenie nieprawdziwego wzoru deklaracji zgodności UE dotyczącego Zespołu Odcinająco-Regulującego RZRE-1;
 2. art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie, w przypadku w którym Konsorcjum podlegało wykluczeniu z Postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na brak możliwości wprowadzenia Zespołu Odcinająco-Regulującego RZRE-1 do obrotu z uwagi na nie zapewnienie jakości produkcji Zespołu oraz jego elementu tj. separatora RSI-1 lub RSI-2;
 3. art. 89 ust. 1 pkt 5) w związku z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez ich niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Konsorcjum pomimo tego, że została ona złożona przez podmiot podlegający wykluczeniu z postępowania;
-
4. art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Konsorcjum pomimo tego, że nie odpowiadała ona części III SIWZ Rozdział V4 pkt 2 lit. c) oraz części III SIWZ Rozdział VII w zw. z Rozdziałem VI pkt 1 ppkt 13) części I SIWZ;
 5. art. 7 ust. 1 i 3 i art. 8 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 oraz art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny;
 6. art. 21 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie powołania biegłego dla oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego;
 7. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzućenia oferty Konsorcjum zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji albowiem kolejne postępowania Konsorcjum stanowiły wyraz utrudnienia dostępu do rynku za wszelką cenę;

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności poprzez nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności oceny ofert;

b. wykluczenie Konsorcjum RNT sp. z o.o. (lider) oraz TIMLER Zakład Elektroniki Budowlanej i Przemysłowej M.T. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) Prawa zamówień publicznych oraz odrzućenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) Prawa zamówień publicznych;

ewentualnie o

c. odrzućenie oferty Konsorcjum RNT sp. z o.o. (lider) oraz TIMLER Zakład Elektroniki Budowlanej i Przemysłowej M.T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 4) Prawa zamówień publicznych;

a nadto, ewentualnie

d. unieważnienie zaproszenia do aukcji elektronicznej i unieważnienie aukcji elektronicznej;

e. powtórzenie zaproszenia do aukcji elektronicznej i przeprowadzenie aukcji z udziałem wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu i wyboru najkorzystniejszej oferty;

ewentualnie, wobec przyjęcia, że Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, nakazanie Zamawiającemu

f. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Opracowanie projektu technicznego, zakup, dostawa i montaż urządzeń oraz uruchomienie i rozruch fabrycznie nowego systemu monitorowania parametrów technologicznych, sterowania urządzeniami i wizualizacji kopalnianej sieci rurociągów przeciwpożarowych w Lubelskim Węglu „Bogdanka” S.A.

Odwołujący uzasadnił zarzuty podniesione w odwołaniu w następujący sposób:

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum z uwagi na przedłożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwej informacji mającej wpływ lub mogącej mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, Odwołujący podnosił, że na wezwanie Zamawiającego, Konsorcjum przedłożyło wzór deklaracji zgodności dotyczący Zespołu Odcinająco-Regulującego RZRE-1 zawierający informację, że Jednostka Opiniująca Atestująca i Certyfikująca Wyroby Test sp. z o.o. zapewnia jakość produkcji. Tymczasem, jak wynika z pism Jednostki z dnia 22 czerwca 2016 r. informacja ta jest nieprawdziwa, albowiem Jednostka nie zapewniła jakości produkcji ani w odniesieniu do Zespołu Odcinająco-Regulującego RZRE-1 ani w odniesieniu do produkowanego przez RNT separatora iskrobezpiecznego RSU1 oraz separatora światłowodowego RSI-2 wchodzącego (zgodnie z kartą katalogową) w skład tego zespołu.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum poprzez przedłożenie wzoru deklaracji udzieliło nieprawdziwej informacji co do tego, że w/w zespół spełnia wymogi przewidziane dla urządzeń przeznaczonych do pracy w przestrzeniach zagrożonych wybuchem oraz że może je wprowadzać do obrotu.

Odwołujący wyjaśniał, że dla zrozumienia istoty naruszenia konieczne jest wskazanie czego dotyczy podana informacja i jakie ma ona znaczenie. W tym celu przypominał, że zgodnie z Ustawą o systemie oceny zgodności każdy wyrób przed wprowadzeniem na rynek UE musi zostać poddany tzw. procedurze oceny zgodności przewidzianej w dyrektywie, której podlega. W przypadku wielu dyrektyw procedury przewidują również, obok oceny zgodności wyrobu z wymaganiami zasadniczymi, konieczność przeprowadzenia oceny systemu jakości przez wybraną jednostkę notyfikowaną. Taka sytuacja zachodzi między innymi w przypadku

urządzeń przeznaczonych do pracy w przestrzeniach zagrożonych wybuchem, dla których podstawowe wymagania zawarto w dyrektywie 2014/34/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej (ATEX - Atmospheres Explosibles) (Dyrektywa ATEX) transponowanej do polskiego porządku prawnego Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 6 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej. Podobnie jak ustawa o systemie oceny zgodności, Dyrektywa ATEX w art. 6 przewiduje obowiązki producenta (czyli podmiotu, który wytwarza produkt lub zleca jego zaprojektowanie i wytworzenie a następnie oferuje go pod własną nazwą lub znakiem towarowym - art. 2 pkt 12 Dyrektywy ATEX). W ust. 2 tego przepisu, przewidziano, że producenci sporządzają dokumentację techniczną i zlecają przeprowadzenie odpowiedniej procedury oceny zgodności. W razie wykazania zgodności produktu, producenci wystawiają deklarację zgodności. Jak wynika z przedłożonego przez Konsorcjum wzoru deklaracji zgodności, RNT sp. z o.o. zadeklarowało, że Zespół Odcinająco-Regulujący RZRE-1 pozytywnie przeszło procedurę oceny zgodności. Zgodnie z art. 13 ust. 1 lit. b) ppkt (i) tiret drugi Dyrektywy ATEX i złożonym dokumentem, Zespół Odcinająco-Regulujący RZRE-1 jako urządzenie elektryczne grupy I, kategorii M2 miało przejść procedurę oceny zgodności polegającą na:

- a. procedurze badania typu UE (procedura sprowadza się do zbadania przez jednostkę notyfikowaną „prototypu” urządzenia pod względem spełnienia norm), oraz
- b. procedurze zgodności z typem w oparciu o zapewnienie jakości produktu (procedura sprowadza się do weryfikacji przez jednostkę notyfikowaną sposobu produkcji urządzenia - tzn. powielania „prototypu” - tak aby każdy egzemplarz spełniał normy, które spełniał „prototyp”)

Wniosek o przeprowadzeniu przez RNT sp. z o.o. wymaganej oceny zgodności, wyprowadzić należy z treści sporządzonego i złożonego przez RNT sp. z o.o. wzoru deklaracji, z której wynika, że procedura zgodności z typem w oparciu o zapewnienie jakości produktu została przeprowadzona i zatwierdzona przez Jednostkę Opiniującą, Atestującą i Certyfikującą Wyroby Test sp. z o.o.

Wbrew zawartym w treści w/w dokumentu informacjom, zdaniem Odwołującego, RNT sp. z o.o. nie przeprowadziło jednak badania zgodności z typem tego urządzenia, albowiem (zgodnie z pismem z dnia 22 czerwca 2016 r.) Jednostka nie zatwierdziła jakości produktu zespołu przez RNT sp. z o.o.

Przedstawiona wyżej wadliwość ma w ocenie Odwołującego istotne znaczenie dla wyniku postępowania. Nie może bowiem ująć uwagi, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy, który podał nieprawdziwą informację co do tego, że produkowany

przez niego zespół został poddany procedurze oceny zgodności z typem (tzn. że Jednostka zatwierdziła jakość produkcji), a zatem że spełnia wymogi przewidziane dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej. W świetle przywołanych przepisów, jasnym jest dla Odwołującego, że o spełnieniu tych wymogów decydowało przeprowadzenie kompletnej procedury oceny zgodności, czyli zgodności typu UE i zgodności z typem w oparciu o zatwierdzony system jakości produkcji. Nieprzeprowadzenie którejkolwiek z tych procedur oznacza, że ocena zgodności nie została przeprowadzona, a w konsekwencji, że produkt nie spełnia zasadniczych wymagań zdrowia i bezpieczeństwa (art. 14 ust. 1 Dyrektywy ATEX). W konsekwencji, RNT sp. z o.o. nie może wystawić deklaracji zgodności dla gotowego produktu oraz nie może go wprowadzać do obrotu.

Nadto Odwołujący wyjaśniał istotę posługiwania się tzw. wzorem deklaracji zgodności (a nie deklaracją zgodności). Otóż, praktyka wystawiania wzorów deklaracji zgodności UE wykształciła się w toku postępowań przetargowych. Zamawiający w przetargu dokonują bowiem oceny oferty, w tym oceny oferowanych produktów mających być przedmiotem dostawy. Ocena przeprowadzana jest pod kątem spełnienia wymogów podanych przez Zamawiającego. W przypadku prowadzonego Postępowania, swoje wymogi dotyczące zasowy sterowanej elektrycznie (zespołu odcinająco-regulującego) Zamawiający określił w części III SIWZ w Rozdziale V4 oraz w Rozdziale VII w zw. z Rozdziałem VI pkt 1 ppkt 13) części I SIWZ. Z podanych punktów wynika, że Zamawiający wymagał przedłożenia dokumentów (deklaracji zgodności) potwierdzających przeznaczenie produktu do zastosowania w zakładach górniczych w miejscach, gdzie może wystąpić zagrożenie wybuchem metanu lub pyłu węglowego. Dowodem, że oferowany produkt spełnia te kryteria jest właśnie deklaracja zgodności UE. Z uwagi na to, że w praktyce - co do zasady - nie ma możliwości przedłożenia deklaracji zgodności UE dotyczącej wyprodukowanego już urządzenia z oznaczeniem daty, numeru fabrycznego, partii lub serii zgodnie Załącznikiem nr X do Dyrektywy ATEX (zakup lub produkcja tych urządzeń realizowana jest przecież po wygranej przetargu) producenci przedkładają tzw. wzór deklaracji zgodności UE dotyczący danego urządzenia bez tych danych. W miejscu w/w danych wpisuje zaś „XXX” lub (...). Dopiero po wyprodukowaniu konkretnego urządzenia objętego dostawą wystawiana jest deklaracja zgodności UE zawierająca informacje odnoszące się do konkretnego urządzenia (nr fabryczny, seria, partia).

Znaczenie wzoru deklaracji zgodności jest więc takie, że potwierdza że oferowany przez wykonawcę produkt spełnia wymogi przewidziane np.: dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej, a nie że będzie je spełniał, a w konsekwencji, że produkt może zostać wyprodukowany i dostarczony Zamawiającemu. W konsekwencji nie ma możliwości wystawienia wzoru deklaracji zgodności

UE dla produktu, który jeszcze nie przeszedł oceny zgodności. Oczywistym jest, że taki dokument nie potwierdzałby spełnienia norm bezpieczeństwa i byłby dla Zamawiającego

całkowicie beзуyteczny. Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla którego, Zamawiający wzywając wykonawcę oczekiwałby przedłożenia wzoru deklaracji zgodności UE urządzenia, którego oceny zgodności nie przeprowadzono. W takim przypadku jako wzór deklaracji zgodności UE należałoby w zasadzie przekazać Zamawiającemu Załącznik nr X do Dyrektywy ATEX, który wskazuje co deklaracja powinna zawierać. Zasady wystawiania wzoru deklaracji zgodności są jasne zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców, o czym świadczą wzory deklaracji przedłożone przez pozostałych wykonawców.

Z ostrożności Odwołujący obok w/w zarzutu postawił zarzut ewentualny zaniechania wykluczenia Konsorcjum z uwagi na niespełnienie wymogów lub zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że nie spełniała wymogów SIWZ z uwagi na fakt, że wobec informacji udzielonej przez Jednostkę produkt oferowany przez Konsorcjum nie mógł być zastosowany w zakładach górniczych w miejscach, gdzie może wystąpić zagrożenie wybuchem metanu lub pyłu węglowego.

Odnosnie zarzutu zaniechania udostępnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny Odwołujący podnosił, że dwukrotnie zwracał się do Zamawiającego o udostępnienie mu wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum w sprawie oferowanej ceny. Zamawiający odpowiedział Odwołującemu się w dniu 7 lipca 2016 r., że na podstawie art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych odmawia udostępnienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez Konsorcjum z uwagi na fakt, że zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący przywoływał przepisy prawa obowiązujące w tym względzie i podnosił, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Tym samym informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawnymi tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Odwołujący kwestionował, jakoby Konsorcjum wykazało zasadność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa pełnej treści złożonych wyjaśnień. W związku z powyższym Odwołujący wnosil o utrzymanie niejawnosci wyjaśnień Konsorcjum wyłącznie w zakresie danych podwykonawców, z którymi Konsorcjum współpracuje oraz załączonych do wyjaśnień oferty (o ile takie w ogóle zostały załączone).

Odnosnie zarzutu zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę, z uwagi na fakt, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie zostały Odwołującemu udostępnione, Odwołujący z ostrożności podnosił zarzut, że wyjaśnienia dotyczące ceny zostały przez Zamawiającego potraktowane jako czynność *pro forma*, skutkiem czego nie

doszło do odrzucenia oferty zawierającą rażąco niską cenę. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający niewłaściwie ocenił wyjaśnienia Konsorcjum uznając cenę za usprawiedliwioną.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucał, że Zamawiający zbagatelizował fakt, że Konsorcjum nie jest producentem tylko jednego z istotnych urządzeń i zespołów systemu, a nadto nie jest producentem oprogramowania. Z treści Załącznika nr 6 do oferty wynika, że Konsorcjum jest producentem jedynie zasuw sterowanej elektrycznie - czyli zespołu RZRE-1 (przy czym zasuwą i tak złożona jest z napędu elektrycznego produkcji AUMA oraz elementu zaworowego produkcji BRAY). Tymczasem przepływomierze, przetworniki temperatury oraz zasilacze iskrobezpieczne Konsorcjum miało zakupić od swojego konkurenta - ELEKTROMETAL S.A. oraz Inżynierii Maszyn Klimatycznych i Urządzeń Specjalnych sp. z o.o.

W świetle powyższego, wyjaśnienia w ocenie Odwołującego wymagało, czy Konsorcjum oferujące urządzenia produkcji ELEKTROMETAL S.A. oraz Inżynierii Maszyn Klimatycznych i Urządzeń Specjalnych sp. z o.o. („IMKIUS”) mogło złożyć ofertę o prawie 2.000.000 zł niższą od oferty Konsorcjum ELEKTROMETAL S.A. i IMKIUS. Z raportu z aukcji elektronicznej wynika bowiem, że Konsorcjum ELEKTROMETAL i IMKIUS nie wykonało żadnego postępowania oferując ostatecznie cenę 3.610.050,00 zł, tymczasem Konsorcjum - będąc de facto pośrednikiem ELEKTROMETAL S.A. i IMKIUS - obniżyło cenę o 57%. W tym miejscu zaznaczyć trzeba, że pomimo, że spółki ELEKTROMETAL S.A. oraz RNT sp. z o.o. są powiązane osobowo poprzez Panią M.W.-S. (córkę Prezesa Zarządu), która równocześnie zasiada w radzie nadzorczej ELEKTROMETAL S.A. oraz posiada połowę udziałów spółki RNT Sp. z o.o. (drugim współnikiem oraz Prezesem Zarządu RNT jest mąż Pani M.W.-S. - Pan S.S.) trudno zarzucać aby Konsorcjum ELEKTROMETAL i IMKIUS celowo nie brało udziału w aukcji a ofertę złożyło jedynie na wypadek braku dostatecznej liczby ofert. Należy zatem zakładać, że cena zaofertowana przez

Konsorcjum ELEKTROMETAL i IMKIUS miała swoje uzasadnienie ekonomiczne. W konsekwencji, szczegółowej weryfikacji wymagało czy pośrednik urzędów będzie w stanie dostarczyć urządzenia po cenie niższej niż ich producent bez poniesienia straty oraz bez zewnętrznego finansowania (polegającego np.: na nabywaniu urządzeń od spółki powiązanej bez marży lub poniżej kosztów ich wytworzenia). Przypomnieć trzeba, że w wyroku KIO 1562/11 Izba wskazała, że „Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać”.

Podobnie Zamawiający niewłaściwie zdaniem Odwołującego zaakceptował, że Konsorcjum zaoferowało cenę niższą od producentów oprogramowania (ATUT i SOMAR S.A.) w sytuacji gdy nie dysponuje w pełni autorskim oprogramowaniem. Odwołujący

wyjaśniał, że według wiedzy Odwołującego, Konsorcjum posiada jedynie status integratora Pakietu ASIX (produkcji ASKOM). Oznacza to, że oprogramowanie SAURON realizowane jest na bazie oprogramowania ASKOM, prawdopodobnie na podstawie licencji.

W ocenie Odwołującego, uszło również uwadze Zamawiającego, że rozwiązanie technologiczne proponowane przez Konsorcjum nie mogło generować dodatkowych istotnych oszczędności. Z analizy harmonogramu rzeczowo-finansowego wynika bowiem, że konkurenci ATUT oferują technologię wymagającą zastosowania niemal 20 sterowników więcej niż ATUT. Tymczasem szacunkowa wycena jednego sterownika wynosiła około 20 tys. zł.

Niedostatecznie dużo uwagi Zamawiający przyłożył również do kwestii dokonywanej wyceny zamówienia oraz ceny wyjściowej Konsorcjum. Przypomnieć trzeba, że wartość zamówienia wymagała rozpytania rynku. Skoro po ogłoszeniu przetargu Zamawiający postanowił w trybie art. 40 ust. 5a PZP powiadomić znanych sobie wykonawców: Carboautomatyka S.A., Somar S.A., ABB sp. z o.o. oraz RNT sp. z o.o. należy zakładać że wycena zamówienia opierała się również na podstawie kalkulacji w/w przedsiębiorców. W konsekwencji ustalono wartość zamówienia na kwotę 4.011.868,77 zł brutto, która to wartość odpowiadała wstępnym ofertom Konsorcjum (3.528.631,38 zł) oraz SOMAR S.A. (4.612.500,00 zł). Należy zakładać że przedstawiona wycena przewidywała potencjał obniżki w toku aukcji. Sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego byłoby jednak składanie oferty o ponad 57% wyższej od pierwotnej.

Odwołujący zwracał uwagę, że o ile w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności zamawiającego, o tyle czynności takie podejmowane są w oparciu o informacje dostępne zamawiającemu, które zgodnie z przepisami ustawy mógł i powinien uzyskać w ramach udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 PZP, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań, dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie - co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty - a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, to Konsorcjum w ramach swoich wyjaśnień składanych Zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinno podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny. Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku

jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, stanowisko o konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomija się również uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący z ostrożności kwestionował również „Jakość” wyjaśnień złożonych

Zamawiającemu, wskazując że nie realizowały one postulatów, że wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Wbrew treści art. 90 ust. 2 PZP Konsorcjum nie udowodniło, iż oferowana cena nie jest rażąco niska. Odwołujący zaś jedynie z ostrożności (z uwagi na brak dostępu do wyjaśnień) zgłosił wnioski dowodowe zmierzające do zakwestionowania złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień.

Odwołujący dostrzegał, że w kontekście podnoszonego zarzutu konieczne są dodatkowe wyjaśnienia Odwołującego. Bezsprzecznym bowiem jest, że Odwołujący zaproponował cenę wyższą od ceny Konsorcjum o wartość postąpienia (10.000 zł). Okoliczność ta jest jednak bez znaczenia dla oceny wyjaśnień Konsorcjum. Należy zauważyć, że PZP nie zawiera definicji legalnej „ceny rażąco niskiej”. Za orzecznictwem przyjmuje się jednak, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”. Przytoczona definicja słusznie indywidualizuje wykonawcę. Podstawowa wiedza ekonomiczna jest wystarczająca dla stwierdzenia, że ta sama cena może być ceną wiarygodną dla producenta, a niewiarygodną dla pośrednika. Podobnie ta sama cena może być ceną realistyczną przy zastosowaniu jednej technologii, a ceną nierealistyczną przy zastosowaniu innej (droższej). Wydaje się, że dostrzega to również ustawodawca, o czym świadczy art. 90 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. W przepisie tym ustawodawca de facto podpowiada, jakie okoliczności mogą stanowić wyjaśnienie dla oferowanej przez wykonawcę ceny, w tym wskazuje na wybrane rozwiązanie techniczne lub wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy. Wymienione przykładowo okoliczności odnoszone są do konkretnej oferty i konkretnego wykonawcy. Wobec czego nie powinno budzić wątpliwości, że ta sama cena lub cena niewiele wyższa może być ceną rażąco niską w stosunku do jednego z wykonawców, a nie być nią w stosunku do drugiego. Pogląd przeciwny podważałby sens udzielanych wyjaśnień.

Odwołujący podnosił również zarzut naruszenia art. 21 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez brak powołania biegłego do oceny wyjaśnień przedłożonych przez Konsorcjum. W ocenie ATUT Zamawiający zobowiązany był szczegółowo przeanalizować wyjaśnienia Konsorcjum i w tym celu zaciągnąć wiedzy specjalnej z dziedziny księgowości,

finansów, ekonomii, rachunkowości. Zgodnie bowiem z powyższym przepisem, jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych. Przepis ten wprowadzie posługuje się zwrotem „może”, lecz - zdaniem Odwołującego - w pewnych okolicznościach powołanie biegłego staje się obowiązkiem zamawiającego. Będzie tak w szczególności w przypadku, gdyby zaniechanie powołania biegłego prowadziło do rezultatu sprzecznego z podstawowymi zasadami lub celami zamówień publicznych, albo gdyby bierność zamawiającego prowadziła do rezultatu niesprawiedliwego lub sprzecznego z zasadami współżycia społecznego. Podstawowym i niedoznającym wyjątków obowiązkiem zamawiającego jest udzielenie zamówienia wykonawcy wyłonionemu zgodnie z przepisami ustawy. Przeciwna wykładnia art. 21 ust. 4 Prawa zamówień publicznych prowadziłaby do sytuacji, w których ustawodawca nakazywałby udzielać zamówienia zgodnie z przepisami ustawy tylko wówczas, gdyby nie wymagało ono wiadomości specjalnych, gdyż w takim wypadku to nie ustawa, ale zamawiający, często powodowany zawinionym pośpiechem lub niedbalstwem, mógłby zupełnie dowolnie i arbitralnie decydować czy udzielić zamówienia zgodnie z przepisami ustawy, czy też nie. Byłoby to niezgodne z unijnym prawem zamówień publicznych, gdyż żadna z dyrektyw zamówieniowych nie przyznaje zamawiającemu prawa do zaniechania rzetelnego przeprowadzenia postępowania z tego powodu, że podjęcie decyzji o dokonaniu lub niedokonaniu danej czynności wymaga wiadomości specjalnych. Także art. 7 ust. 3 ustawy PZP nie przewiduje wyjątku w sytuacji, gdy udzielenie zamówienia z zachowaniem równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga wiadomości specjalnych.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Zamawiający, który nie powołuje biegłego w zakresie oferty z rażąco niską ceną w istocie zrównuje sytuację takiego wykonawcy z sytuacją podmiotów, które prawidłowo i rzetelnie skalkulowały oferty, co narusza tym samym zasadę równego traktowania wykonawców.

Ponadto Odwołujący podnosił, że złożenie oferty przez Konsorcjum w toku aukcji elektronicznej było czynem nieuczciwej konkurencji określonym przepisami art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Pierwszy z tych przepisów

stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie natomiast z art. 15 ust. 1 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: - pkt 1 - sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum zaniżyło oferowaną przez siebie cenę w toku aukcji, do poziomu poniżej rentowności.

Odnosząc się do czynu opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, wskazać należy, że do stwierdzenia popełnienia tego czynu konieczne jest wykazanie łącznego wystąpienia następujących przesłanek: utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu, działanie w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący wskazuje na fakt, że jest to kolejny przetarg w którym KNT (pośrednik) za wszelką cenę dąży do pozbawienia ATUT (producenta) zamówienia. Sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wynika natomiast ze złożonych wyjaśnień.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: RNT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i M.T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma TIMLER Zakład Elektroniki Budowlanej i Przemysłowej inż. el. M.T., których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący albo Konsorcjum).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucał naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3) Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie, w przypadku w którym Konsorcjum podlegało wykluczeniu z Postępowania z uwagi na przedłożenie nieprawdziwego wzoru deklaracji zgodności UE dotyczącego Zespołu Odcinającego-Regulującego RZRE-1.

Tak sformułowanego zarzutu nie można uwzględnić, ponieważ „wzór deklaracji” przedstawiony przez Przystępującego nie może być w ocenie Izby oceniany pod względem „prawdziwości”. Prawda, zgodnie z klasyczną definicją, to właściwość sądu polegająca na zgodności z faktycznym stanem rzeczy, którego sąd (zdanie oznajmujące) dotyczy. W przypadku „wzoru” może on nie posiadać wszystkich wymaganych elementów, być

niepełny czy błędny, ale nie może być prawdziwy czy fałszywy (nieprawdziwy). Niewłaściwy wzór dla danej deklaracji może być wzorem innej deklaracji, i nie posiada cech pozwalających na ocenę, czy jest prawdziwy, czy nie. W konsekwencji zarzut odwołania w tym zakresie należało oddalić.

Izba nie mogła również podzielić argumentacji zawartej w odwołaniu, iż wzór deklaracji załączony przez Przystępującego świadczy o tym, iż „podał nieprawdziwą informację co do tego, że produkowany przez niego zespół został poddany procedurze oceny zgodności z typem (tzn. że Jednostka zatwierdziła jakość produkcji), a zatem że spełnia wymogi przewidziane dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej.”. Odwołujący w ocenie Izby wyciąga zbyt daleko idące wnioski z treści wzoru deklaracji, nieprzewidziane przez Zamawiającego w SIWZ. Nie było sporne, że przedmiotem zamówienia jest urządzenie, które dopiero zostanie wyprodukowane, więc wywody Odwołującego w zakresie „wzoru deklaracji” są co najmniej przedwczesne – badaniu

będzie bowiem podlegało urządzenie po jego wyprodukowaniu.

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych oraz – w konsekwencji - art. 89 ust. 1 pkt 5) w związku z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez ich niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Konsorcjum pomimo tego, że została ona złożona przez podmiot podlegający wykluczeniu z postępowania, poprzez jego niezastosowanie, w przypadku w którym Konsorcjum podlegało wykluczeniu z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na brak możliwości wprowadzenia Zespołu Odcinająco-Regulującego RZRE-1 do obrotu z uwagi na niezapewnienie jakości produkcji Zespołu oraz jego elementu tj. separatora RSI-1 lub RSI-2.

W ocenie składu orzekającego zarzut ten jest oczywiście bezzasadny, ponieważ Zamawiający nie postawił żadnego warunku udziału w postępowaniu związanego z „możliwością wprowadzenia Zespołu Odcinająco-Regulującego RZRE-1 do obrotu z uwagi na niezapewnienie jakości produkcji Zespołu oraz jego elementu tj. separatora RSI-1 lub RSI-2”. W przepisach Prawa zamówień publicznych można dostrzec podstawowy podział wymagań, stawianych przez Zamawiającego, na podmiotowe i przedmiotowe. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, postawionych przez Zamawiającego. Odwołujący, zapytany na rozprawie przez skład orzekający, czy Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu związany z możliwością skarżoną w przedmiotowym zarzucie, odpowiedział, że nie, Zamawiający nie postawił takiego warunku.

Nie powinno budzić wątpliwości, iż niespełnienie warunków udziału w postępowaniu prowadzi do wykluczenia wykonawcy z postępowania, natomiast niespełnienie wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia – prowadzi do odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ. Kwestionowany przez Odwołującego wzór deklaracji (o ile w ogóle był wymagany przez Zamawiającego - o czym dalej w uzasadnieniu), miałby potwierdzać posiadanie przez oferowany przedmiot właściwości oczekiwane przez Zamawiającego. W konsekwencji ewentualne niezapewnienie „możliwości wprowadzenia Zespołu Odcinająco-Regulującego RZRE-1” skutkowałoby odrzuceniem oferty na podstawie art. 8 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, a nie wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Konsorcjum pomimo tego, że nie odpowiadała ona części III SIWZ Rozdział V4 pkt 2 lit. c) oraz części III SIWZ Rozdział VII w zw. z Rozdziałem VI pkt 1 ppkt 13) części I SIWZ Izba uznała za nieuzasadniony.

Powyższy zarzut Odwołujący wywodził z tej samej okoliczności, co pozostałe zarzuty odwołania - jego zdaniem Przysępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił wzór deklaracji zgodności, który w ocenie Odwołującego jest co najmniej wadliwy, czego konsekwencją powinno być odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Izba w całości podzieliła argumentację Zamawiającego i nie mogła się zgodzić z wywodami Odwołującego.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w sposób dalece niedoskonały określił w SIWZ dokumenty, jakie należy złożyć w celu potwierdzenia, że ofertowane urządzenia spełniają wymogi SIWZ. Zamawiający nie wymienił ich w sposób enumeratywny, ale za pomocą zespołu odesłań, przy uwzględnieniu odpowiedzi na pytania wykonawców zadane do SIWZ. Analiza postanowień SIWZ prowadzi do ustalenia (które zasadniczo nie było sporne), że Zamawiający ostatecznie żądał jedynie dwóch dokumentów, które wskazał – jedynie przykładowo - w załączniku nr 6 do SIWZ, to jest „DTR” i karty katalogowej. Niejasne i niejednoznaczne postanowienia SIWZ nie mogą obciążać wykonawcy.

Po drugie, trzeba podkreślić, że Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie zażądał „wzoru deklaracji zgodności”. Odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych może podlegać tylko ta oferta, której treść nie jest zgodna z treścią SIWZ. Ta niezgodność musi być istotna i oczywista; przyczyną odrzucenia oferty nie może być dokument, którego Zamawiający nie zażądał w SIWZ. Wezwanie do uzupełnienia

dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie może konwalidować

braku określenia oczekiwanych dokumentów w SIWZ. Wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie może określać nowych dokumentów, niewymaganych wcześniej w SIWZ.

W konsekwencji rację ma Zamawiający, że dokument wymieniony w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, wobec braku w tym zakresie podstawy w SIWZ, ma charakter wyłącznie informacyjny, a jego brak nie mógł stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Po trzecie, sam Odwołujący wyjaśniał istotę posługiwania się tzw. wzorem deklaracji zgodności (a nie deklaracją zgodności), opisując praktykę posługiwania się takim wzorem, i wskazywał m.in., iż „w miejscu w/w danych wpisuje zaś „XXX” lub (...). Dopiero po wyprodukowaniu konkretnego urządzenia objętego dostawą wystawiana jest deklaracja zgodności UE zawierająca informacje odnoszące się do konkretnego urządzenia (nr fabryczny, seria, partia)”. Zasadniczo na taką praktykę Odwołujący nie przedstawił w ocenie Izby żadnych przekonujących dowodów, a z jego wywodów wprost wynika, że żadne przepisy nie określają jak ma wyglądać „wzór deklaracji zgodności”. Zatem, gdyby nawet zaakceptować argumentację Odwołującego i przyjąć, że Zamawiający wymagał załączenia do oferty wzoru deklaracji zgodności, to wobec braku określenia, co miałyby się w takim wzorze znaleźć – wystarczyłoby złożenie samego niewypełnionego szablonu dokumentu.

Odwołujący podnosił również zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażącej ceny oraz zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Przystępującego, a mianowicie: naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 i art. 8 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 oraz art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny; naruszenie art. 21 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie powołania biegłego dla oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji albowiem kolejne postąpienia Konsorcjum stanowiły wyraz utrudnienia dostępu do rynku za wszelką cenę.

Skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego i stwierdził, że nie doszło do wykazywanych przez Odwołującego naruszeń.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Ostateczne ceny zaoferowane przez Przystępującego i Odwołującego w toku aukcji różniły się o 10 000 zł (co nie było sporne, Odwołujący sam tą okoliczność podnosił w odwołaniu).
2. Obaj wykonawcy zostali przez Zamawiającego wezwani do wyjaśnień odnośnie ceny i obaj utajnili swoje wyjaśnienia.

Wobec takich ustaleń, Izba stwierdziła, że oferty Odwołującego i Przystępującego były na tym samym poziomie cenowym, a ewentualne zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień Przystępującego nie ma wpływu na wynik postępowania. Wbrew wywiadowi Odwołującego w odwołaniu, niewielka różnica w ostatecznie zaoferowanych cenach ma znaczenie dla ustalenia, jak ukształtował się poziom cen rynkowych zaoferowanych w postępowaniu, co z kolei jest jedną z przesłanek prowadzących do oceny, czy zaoferowano cenę rażąco niską.

Odwołujący powoływał się w odwołaniu na „podstawową wiedzę ekonomiczną”, z której ma wg niego wynikać, że „ta sama cena może być ceną wiarygodną dla producenta, a niewiarygodną dla pośrednika”. Jeżeli nawet dopatrywać się takiej reguły, to nie ma ona zdaniem składu orzekającego charakteru bezwzględniego, zależy od stosowanej polityki cenowej, wysokości marż, kosztów wprowadzenia prototypu do obrotu i kosztów produkcji. Zdaniem Izby okoliczność, że Przystępujący nie jest producentem przedmiotu zamówienia nie może w konsekwencji przesądzać o tym, że podlega odrzuceniu z powodu zaoferowania

rażąco niskiej ceny.

O rażąco niskiej cenie nie może też decydować różnica pomiędzy ceną ofertową, a ceną zaoferowaną ostatecznie w toku aukcji elektronicznej – Odwołujący sam obala ten argument w swoich utajnionych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, twierdząc, że cena ofertowa oferowana jest na wysokim poziomie właśnie po to, aby w toku aukcji elektronicznej zachować margines na postąpienia.

W ocenie Izby Zamawiający po zapoznaniu się z wyjaśnieniami zarówno Odwołującego, jak i Przystępującego, nie miał obowiązku powoływać biegłego do oceny tych wyjaśnień. Ocena złożonych wyjaśnień nie wymagała wiadomości specjalnych, a przepisy Prawa zamówień publicznych nie nakładają na Zamawiającego obowiązku powołania biegłego do oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Skoro brak takiego obowiązku, nie można stwierdzić zarzucanego przez Odwołującego naruszenia.

Odwołujący w odwołaniu wnosił o przeprowadzenie dowodów zeznań świadka I.A. - Wiceprezesa Zarządu Jednostki na okoliczność, że RNT sp. z o.o. nie złożyło do Jednostki wniosku o przeprowadzenie oceny jakości produkcji w odniesieniu do Zespołu Odcinającego Regulującego RZRE-1 i separatora RSI-1 oraz RSI-2 produkowanych przez RNT sp. z o.o.,

a nadto że Jednostka nie prowadziła oceny zgodności z typem.

Izba oddaliła ten wniosek dowodowy, ponieważ w ocenie Izby jest nieskorelowany z podniesionymi zarzutami. Ponadto należy podkreślić, że postępowanie przed Izbą, tak samo jak postępowanie o udzielenie zamówienia, jest postępowaniem formalnym, opartym o pisemne dokumenty, a postępowanie dowodowe prowadzi się do zamknięcia rozprawy, do momentu, w którym skład orzekający uzna sprawę za dostatecznie wyjaśnioną. Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego powinni dążyć do udowodnienia swoich twierdzeń na podstawie dokumentów, a nie zeznań świadków.

Odwołujący wnosił również o dopuszczenie w ramach postępowania dowodowego zeznań świadków J.D. (wezwanie na adres: RNT sp. o.o., ul. Stawowa 71, 43- 400 Cieszyn) oraz M.T. (wezwanie na adres: Zakład Elektrotechniki Budowlanej i Przemysłowej inż. M.T., ul. Św. Heleny 23, 33-300 Nowy Sącz) na okoliczność: kalkulacji ceny oferowanej przez Konsorcjum oraz ustalenia, jakie czynniki stanowiły dla tego wykonawcy podstawę do zaniżenia podczas aukcji elektronicznej ceny o ponad 57% w odniesieniu do ceny sprzed aukcji; ustalenia czy oferowana przez Konsorcjum cena pokrywa wszystkie koszty niezbędne do poniesienia celem należytego wykonania zamówienia; ustalenia że cena, która została zaoferowana przez Konsorcjum podczas aukcji elektronicznej stanowiła cenę poniżej kosztów wykonania zamówienia przez Konsorcjum, które nie było producentem żadnego z istotnych elementów zamawianego systemu oraz oprogramowania.

Izba oddaliła powyższy wniosek zawarty w odwołaniu, z argumentacją, jak powyżej. Trudno też wyobrazić sobie, co ustne zaznania przedstawicieli Przystępującego miałyby wnieść nowego do sprawy, poza dokumentami złożonymi przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza ocenia zgodność podjętych przez Zamawiającego czynności z przepisami Prawa zamówień publicznych; czynności Zamawiającego są podejmowane w oparciu o dokumenty składane w postępowaniu.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....
.....

.....