

Sygn. akt: KIO/UZP 738/10

WYROK
z dnia 12 maja 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

**Członkowie: Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., 28-300 Jędrzejów, ul. Przemysłowa 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Staszowski, 28-200 Staszów, ul. Świerczewskiego 7** protestu z dnia 9 kwietnia 2010 r.

przy udziale wykonawcy **BEST Construction Sp. z o.o., 35-211 Rzeszów, ul. M. Reja 12** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., 28-300 Jędrzejów, ul. Przemysłowa 8

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., 28-300 Jędrzejów, ul. Przemysłowa 8,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., 28-300 Jędrzejów, ul. Przemysłowa 8.**

Uzasadnienie

Powiat Staszowski, ul. Świerczewskiego 7, 28-200 Staszów zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w dniu 21 grudnia 2009r. w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Powiatowe Centrum Sportowe”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 grudnia 2010 r., Nr 2009/S 248 - 355961.

Zamawiający pismem z dnia 01 kwietnia 2010 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał faksem w dniu 02 kwietnia 2010 r.) poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., 28-300 Jędrzejów, ul. Przemysłowa 8, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BEST Construction Sp. z o.o., 35-211 Rzeszów, ul. M. Reja 12, zwanego dalej „Przystępującym”.

Pismem z dnia 09 kwietnia 2010 r. (wpływ do Zamawiającego 09 kwietnia 2010r.) Odwołujący wniósł protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na:

1. uznaniu oferty złożonej przez Przystępującego za najkorzystniejszą,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 22 ust. 1 pkt 3, art.24 ust. 4, 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

- 3) wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Przystępującego i odrzucenie złożonej przez tego wykonawcę oferty,
- 4) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w ofercie Przystępującego występuje rozbieżność pomiędzy ceną ofertową a wartością kosztorysów ofertowych na kwotę 3.732.785,70 zł brutto która jest spowodowana tym, że Przystępujący nie uwzględnił w cenie ofertowej wartości następujących kosztorysów załączonych do tej oferty:

- 1) kosztorysu dot. instalacji wod. – kan. na kwotę 1.125.393,27 zł brutto /str. 189 -193 oferty/,
- 2) kosztorysu dot. instalacji mechanicznej na kwotę 1.574.519,34 zł brutto /str. 194-14 oferty/,
- 3) kosztorysu dot. instalacji c.o., na kwotę 495.370,01 zł brutto, /str. 211-222 oferty/,
- 4) kosztorysu dot. kotłowni na kwotę 482.830,91 zł brutto /str. 223-238 oferty/,
- 5) kosztorysu dot. przyłącza gazu, stacji redukcyjno - pomiarowej – na kwotę 54.672,18 zł brutto /str. 239 -240 oferty/.

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją zawartą w piśmie Przystępującego z dnia 01 kwietnia 2010 r., w którym Przystępujący wyjaśnił, że różnica pomiędzy zaoferowaną ceną ofertową, a wartością wynikającą z załączonych do oferty kosztorysów wynika z zamierzonego rabatu do ceny jaki Przystępujący udzielił w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, w systemie zamówień publicznych cena jest istotnym obligatoryjnym kryterium oceny ofert, a ocena poprawności ceny ofertowej stanowi obowiązek Zamawiającego, tym bardziej, że było to jedyne kryterium oceny. Zwracał uwagę, że twierdzenie Zamawiającego o braku podstaw sprawdzania poprawności obliczenia ceny z uwagi na jej ryczałtowy charakter jest nieuzasadnione. Wywodził, że stosownie do treści art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający miał obowiązek sprawdzenia poprawności ceny ofertowej i wobec stwierdzenia, że cena ofertowa w ofercie Przystępującego nie wynika z sumy załączonych do oferty kosztorysów ofertowych, winien poprawić oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Wówczas cena ofertowa wybranej oferty byłaby większa o wartość nie doliczonych kosztorysów, a to z kolei spowodowałoby, iż nie byłaby to oferta z najniższą ceną i nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp podkreślał, że Zamawiający prowadził z Przystępującym negocjacje dotyczącej złożonej przez niego oferty, poprzez prowadzenie korespondencji w przedmiocie ceny ofertowej. Zwracał również uwagę, że Zamawiający nie zapisał w SIWZ, że cena ofertowa może zawierać upusty czy rabaty. Podkreślał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający

dopuszczył do złożenia i wyboru oferty, której złożenie należy traktować jako czyn nieuczciwej konkurencji i nie odrzucił jej wobec niezgodności jej treści z treścią SIWZ, co nakazuje mu przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Zwracał uwagę, że możliwość stosowania upustów nie była przewidziana w SIWZ, a więc była nieznaną pozostałym uczestnikom tego postępowania, dlatego Zamawiający winien unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonać ponownego badania i oceny ofert zgodnie z ustawą i SIWZ, dbając by postępowanie prowadzone było w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wszystkich Wykonawców.

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu, iż opinia bankowa załączona do oferty złożonej przez Przystępującego nie spełnia wymogów ustalonych przez Zamawiającego w SIWZ. Uzasadniając ten zarzut zwracał uwagę, że z opinii bankowej wynika jedynie możliwość kredytowania firmy Przystępującego, ale dopiero po przeprowadzeniu przez bank oceny zgodnie z obowiązującymi przepisami i procedurami w banku i po spełnieniu warunków określonych przez bank. Wywodził, że tak sformułowana opinia banku potwierdza jedynie możliwość ubiegania się przez Przystępującego o kredyt pod bliżej niesprecyzowanymi warunkami, związanymi z jego udzieleniem i zabezpieczeniem i jego zdaniem nie potwierdza jednoznacznie, iż Przystępujący posiada zdolność kredytową w wysokości wymaganej przez Zamawiającego, gdyż nie zawiera oceny Banku, iż oceniany podmiot posiada zdolność kredytową.

Podsumowując zarzuty dotyczące oferty Przystępującego Odwołujący podkreślał, że oferta Przystępującego nie spełnia wymogów określonych w SIWZ co powoduje, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, zawiera błędy w obliczeniu ceny ofertowej a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wobec czego obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie tej oferty zgodnie z dyspozycją przepisu art.89 ust. 1 pkt. 2, 3, 5 i 6 ustawy Pzp. Wobec zaniechania odrzucenia ww. oferty podkreślał także, że zasadny jest zarzut naruszania art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający wezwał Przystępującego w dniu 12 kwietnia 2010r. do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Pismem z dnia 14 kwietnia 2010r. Przystępujący przystąpił do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego, przekazując jednocześnie kopię przystąpienia Odwołującemu.

Przystępujący wniósł o oddalenie protestu. W uzasadnieniu, powołując się na postanowienia Rozdziału XIX pkt 3 i 4 SIWZ podkreślał, że w niniejszym postępowaniu cena podawana przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jest ceną

ryczałtowa. Wywodził, że kosztorys ofertowy stanowi wyłącznie materiał pomocniczy i nie ma znaczenia dla określenia ceny przedmiotu zamówienia oferowanej przez uczestników postępowania, a Zamawiający wobec precyzyjnego postanowienia SIWZ nie był uprawniony do weryfikacji kosztorysu. W tym stanie rzeczy poprawienie ceny przez Zamawiającego w wyniku weryfikacji kosztorysu, czego domaga się Odwołujący, było jego zdaniem niedopuszczalne.

Przystępujący zwracał również uwagę, iż kolejne pod względem ceny oferty złożone w postępowaniu różniły się nieznacznie co do ceny określonej przez niego, a zatem zarzut, że Wykonawca podarował 3,7 mln złotych Zamawiającemu mija się z prawdą skoro zaoferowana przez niego cena ofertowa nie odbiega w sposób znaczący od cen w innych ofertach.

Przystępujący nie zgodził się również z zarzutem, iż postanowienia SIWZ nie dopuszczały stosowania upustów i rabatów, powołując się w tym zakresie na zapis Rozdziału XIX. 2 SIWZ, zgodnie z którym oferenta obciąża ryzyko ekonomiczne związane ze złożoną ofertą. Przystępujący zwracał również uwagę, iż jego oferta nie odbiega znacząco pod względem ceny od pozostałych ofert co jego zdaniem przesądza iż nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji którym jest dokonywanie sprzedaży poniżej kosztów nabycia lub świadczenia usługi w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Podkreślał, że w niniejszej sprawie nie można mówić, z wyżej opisanych względów, o ofercie złożonej poniżej kosztów wytworzenia, choćby dlatego, że z informacji uzyskanych w toku postępowania wynika, iż pozostali oferenci proponowali zbliżone ceny wykonania przedmiotu zamówienia.

Protestujący uznał również za chybiony zarzut Odwołującego, że Zamawiający w sposób niedozwolony prowadził negocjacje z Przystępującym. Jego zdaniem, komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcą odbywała się wyłącznie w trybie określonym w pkt XIII SIWZ. Podkreślał, że zgodnie z art. 87 ustawy Pzp Zamawiający może w toku postępowania żądać od oferentów wyjaśnień treści złożonej oferty. Zamawiający skorzystał z tego uprawnienia, zaś Przystępujący nie dokonał żadnej poprawki w ofercie, w szczególności cena oferowana przez Wykonawcę pozostała na niezmienionym poziomie.

Przystępujący wywodził także, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut złożenia przez Wykonawcę wadliwego oświadczenia banku. Podkreślał, iż złożona przez niego opinia bankowa potwierdzała zdolność kredytową Wykonawcy do kwoty 15.000.000,00 zł, a zatem na sumę trzykrotnie wyższą niż wymagana przez Zamawiającego. Fakt, że oświadczenie banku zawierało dodatkową klauzulę dotyczącą spełnienia przez Przystępującego innych warunków nie wpływają na istotę takiego oświadczenia. Podkreślał, że zawsze wymagany jest między innymi wniosek kredytobiorcy, ponadto ocena następuje na dzień podpisania

umowy a w niektórych bankach nawet na dzień wypłaty środków, zaś on dotychczas o taki kredyt się nie ubiegał, co również świadczy pozytywnie do jego kondycji finansowej.

Przystępujący podkreślał również, że Zamawiający nie naruszył zasad uczciwej konkurencji oraz równości, gdyż przeprowadził postępowanie w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp oraz w sposób, który określił w SIWZ i który był znany wszystkim Wykonawcom, a więc nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego zasad postępowania.

Przystępujący wywodził także, że Odwołujący nie wskazał dlaczego według niego złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazywał, iż cena oferty Przystępującego oraz Odwołującego różniła się nieznacznie. Tym samym również zarzut, iż złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji nie znajduje uzasadnienia, tym bardziej iż Odwołujący nie wskazał na czym ten czyn miałby konkretnie polegać.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2010 r. doręczonym Odwołującemu w dniu 16 kwietnia 2010 roku Zamawiający oddalił protest w całości.

W uzasadnieniu oddalenia protestu Zamawiający powołał się na postanowienia SIWZ rozdział XIX - Opis sposobu obliczenia ceny, a w szczególności pkt 4, z których wywodził, że w niniejszym postępowaniu kosztorys ofertowy stanowił materiał pomocniczy przy określeniu ceny oferty, który nie będzie podlegał ze strony Zamawiającego weryfikacji (sprawdzeniu) w procedurze przetargowej. W świetle tego postanowienia SIWZ podnosił, że Zamawiający nie miał obowiązku analizy kosztorysów ofertowych przedłożonych przez Wykonawców do ofert. Ponadto podkreślał, że zgodnie z postanowieniem pkt 2 SIWZ „Wykonawca ponosi wszelkie ryzyko związane z określeniem całkowitej ceny oferty na podstawie własnej analizy ekonomicznej”. Zwracał uwagę, że na podstawie całokształtu okoliczności tej sprawy nie można w sposób jednoznaczny stwierdzić, których konkretnie kosztorysów wykonawca nie uwzględnił i czy w ogóle doszło do takiej sytuacji. Faktem jest, że istnieje rozbieżność pomiędzy kosztorysem a ceną ofertową, jednakże konsekwencją tej sytuacji w ocenie Zamawiającego nie może być poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej, gdyż wymagałoby to spełnienia dwóch przesłanek: oferta wykonawcy musi zawierać omyłkę rachunkową oraz omyłka rachunkowa musi być oczywista.

Zamawiający podkreślał także, że nie można uznać za udowodnioną postawionej w proteście tezy, iż oferta Przystępującego nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do podniesionego zarzutu dotyczącego prowadzenia przez Zamawiającego negocjacji treści złożonej oferty, zwracał uwagę, że korespondencja, w której Odwołujący upatruje elementów negocjacji została przeprowadzona na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który wyraźnie upoważnia Zamawiającego do wyjaśniania wszelkich

wątpliwości dotyczących złożonej oferty. Podkreślał fakt, że treść wybranej oferty na żadnym etapie postępowania nie uległa zmianie, nie wprowadzono do niej żadnych modyfikacji. Odnosząc się do zarzutu udzielenia niedozwolonego upustu przez wybranego wykonawcę, Zamawiający podkreślał, że każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia posiada autonomię w kształtowaniu własnej polityki cenowej - rynkowej zakładającej co do zasady powodzenie przedsięwzięcia gospodarczego. Rozpatrując podniesiony zarzut w aspekcie czynów nieuczciwej konkurencji Zamawiający nie dopatrył się zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego treści opinii bankowej złożonej wraz z ofertą Przystępującego Zamawiający podnosił, powołując się na orzecznictwo KIO, że (...) bank wydając opinię na temat aktualnej zdolności kredytowej klienta uwzględnia (choć nie koniecznie wyraża) wszystkie realne i istotne z punktu widzenia banku czynniki i warunki (zarówno pozytywne jak i negatywne, czy bardziej cywilistycznie - zawieszające i rozwiązujące) mogące wystąpić w przyszłości i wpływać na zdolność spłaty kredytu. Podkreślał, że nie ma bezwarunkowych opinii nt. zdolności kredytowej, gdyż tego typu walor mogą mieć jedynie otwarte linie kredytowe czy wręcz przyznane już kredyty. W przypadku pojawienia się tego typu postanowień (warunków) należy badać je pod kątem realizacji celu warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp odnoszącego się do zabezpieczenia wykonania zamówienia, a nie potwierdzenia abstrakcyjnych i ocenianych niejako „idealnie”, w oderwaniu od rzeczywistości udzielanego zamówienia cech wykonawcy, czyli w oderwaniu od odnoszących się do powyższego wskazanych regulacji ustawowych. Wywodził, iż bankowa opinia o zdolności kredytowej nie stanowi promesy udzielenia kredytu czy nawet otwarcia linii kredytowej z określonym limitem, jednak z punktu widzenia potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w świetle obowiązujących przepisów w pełni wystarcza. W tym kontekście wskazywał, iż zgodnie z § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawców, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych (obecnie) środków finansowych przez wykonawcę lub jego zdolność kredytową (możliwość zaciągania kredytów w przyszłości).

Wywodził, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga się dysponowania przez wykonawcę takim potencjałem finansowym, który potencjalnie umożliwiłby wykonawcy i uprawdopodobniał wykonanie danego zamówienia. Ocena sytuacji finansowej

wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się m.in. w oparciu o informację z banku, potwierdzającą zdolność kredytową tego wykonawcy, a więc (...) przeniesienie wprost literalnego brzmienia definicji zdolności kredytowej z art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. t.j. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.) do ram postępowania o udzielenie zamówienia publicznego byłoby zbyt daleko idące. Przy takim literalnym przyjęciu definicji zdolności kredytowej i przełożeniu jej na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należałoby przyjąć, że wykonawca w postępowaniu powinien, co do zasady, przedłożyć umowę udzielonego już kredytu na konkretną kwotę i realizację inwestycji, a co najmniej szczegółowe w tym zakresie przyrzeczenie przyznania takiego kredytu przez bank.

Podkreślał, że w przypadku realizacji zamówienia publicznego wybrany wykonawca nie jest zobowiązany do uzyskania kredytu i nie musi danej inwestycji finansować z takich źródeł. Jego możliwości finansowe bada się pod kątem potencjalnej możliwości wykonania zamówienia, którą można ustalić również na podstawie wstępnej oceny zdolności wykonawcy, dokonanej przez bank, która potwierdza możliwość spłaty kredytu o określonej wysokości. Samo uzyskanie tego kredytu związane z koniecznością wypełniania dodatkowych wymogów przez wykonawcę w stosunku do banku (złożenia formalnego wniosku o udzielenie kredytu, czy też innych, wymaganych dokumentów, które są podstawą pełnej oceny zdolności do spłaty kredytu przez tego wykonawcę) nie ma znaczenia dla oceny potencjału finansowego wykonawcy, badanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie (data nadania do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 23 kwietnia 2010 r., wpływ kopii odwołania do Zamawiającego w dniu 23 kwietnia 2010r.) podtrzymując zarzuty zawarte w proteście i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenia Przystępującego z postępowania,
- 3) dokonanie w ofercie Przystępującego poprawek oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 4) odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego wobec zaistnienia przesłanek określonych w art.89 ust. 1 pkt. 2, 3, 5 i 6 ustawy Pzp,
- 5) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dodatkowo podnosił, powołując się na postanowienia Rozdziału XIX pkt 4 SIWZ, iż obowiązkiem Zamawiającego było sprawdzenie czy cena podana w ofercie wynika z

załączonych do oferty kosztorysów uproszczonych. Wywodził, iż w jego ocenie cena ofertowa zaoferowana przez Przystępującego jest wynikiem manipulacji w celu zdobycia przedmiotowego zamówienia i wyeliminowania innych wykonawców, w tym także Odwołującego, z uzyskania przedmiotowego zamówienia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż tak znaczący rabat w kwocie ponad 3,7 mln zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wezwał Przystępującego do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania. Pismem z dnia 29 kwietnia 2010r. doręczonym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych faksem w tym samym dniu, zaś pisemnie w dniu 6 maja 2010 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego do odwołania od rozstrzygnięcia protestu, przekazując kopię zgłoszenia Zamawiającemu i Odwołującemu. W zgłoszeniu Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymując swoje stanowisko zawarte w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Na rozprawie w dniu 7 maja 2010 r. Zamawiający wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, składając spis kosztów na kwotę 3.967,75 zł, w tym koszty dojazdu wysokości 367,75 zł i wynagrodzenie pełnomocnika - radcy prawnego w kwocie 3.600,00 zł. Odwołujący i Przystępujący złożyli wnioski o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego i nie złożyli rachunków.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, ofertę Przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje:

Zamawiający w Rozdziale XIX SIWZ zastrzegł, iż:

- w pkt 2 *„Zamawiający ustala, że obowiązującym rodzajem wynagrodzenia dla przedmiotowego zamówienia jest wynagrodzenie ryczałtowe, zgodne z ofertą wykonawcy. Wykonawca ponosi wszelkie ryzyko związane z określeniem całkowitej ceny oferty na podstawie własnej analizy ekonomicznej.”*,
- w pkt 3 *„Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do poniesienia w celu zrealizowania zamówienia wynikające wprost z analizy specyfikacji oraz wszelkie elementy nieprzewidziane bez uwzględnienia, których nie można wykonać zamówienia. Zgodnie z*

konstrukcją ceny ryczałtowej, Wykonawcy nie będzie przysługiwać roszczenie o podwyższenie wynagrodzenia, chociażby nastąpiło zwiększenie rozmiaru lub kosztów prac.”, - w pkt 4 „Cena podana w ofercie powinna wynikać ze sporządzonego przez Wykonawcę metodą uproszczoną kosztorysu ofertowego, który powinien również zawierać informację o wynagrodzeniu: brutto, netto i podatku VAT. Kosztorys ofertowy stanowi materiał pomocniczy przy określeniu ceny oferty i nie będzie podlegał ze strony Zamawiającego weryfikacji (sprawdzeniu) w procedurze przetargowej. W świetle tego zamawiający nie ma obowiązku analizy kosztorysów ofertowych przedłożonych przez Wykonawców do ofert.”,

Zgodnie z § 6 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ wartość umowy wskazana w ofercie Wykonawcy ustalona jest jako cena ryczałtowa.

Przystępujący w formularzu ofertowym zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 23.893.215,68 zł brutto oraz załączył do oferty kosztorysy ofertowe uproszczone na kwotę 27.626.001,41 zł brutto.

Odwołujący pismem z dnia 11 marca 2010 r. poinformował Zamawiającego, że po zapoznaniu się z ofertą Przystępującego stwierdził, iż cena ofertowa podana w ofercie Przystępującego nie odpowiada sumie cen określonych w załączonych do tej oferty kosztorysach ofertowych.

Zamawiający pismem z dnia 31 marca 2010 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści złożonej oferty zwracając uwagę na rozbieżności pomiędzy zaoferowaną ceną ryczałtową za realizację zadania, a wartością wynikającą z załączonych do oferty kosztorysów ofertowych.

Pismem z dnia 01 kwietnia 2010 r. Przystępujący wyjaśnił, iż istniejąca rozbieżność pomiędzy zaoferowaną ceną a wartością wynikającą z kosztorysów ofertowych wynika z zamierzonego rabatu do cen jaki Przystępujący udzielił w przedmiotowym przetargu.

W Rozdziale X w pkt 7 ppkt c 1 SIWZ Zamawiający zastrzegł, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 5.000.000,00 PLN.

Zgodnie z pkt XII pkt 3.2. wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości co najmniej 5.000.000,00 zł PLN, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Przystępujący załączył do oferty opinię bankową nr L. Dz. PBS/311/2010 Podkarpackiego Banku Spółdzielczego Oddział w Rzeszowie z 04.02.2010 r., zgodnie z którą m.in. „w chwili obecnej istnieje możliwość kredytowania po przeprowadzeniu oceny zgodnie z obowiązującymi w banku procedurami i po spełnieniu warunków określonych przez bank w kwocie 15.000.000,00 PLN.”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 3 ust. 1 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący jako podmiot, którego oferta, w przypadku uwzględnienia odwołania, mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, legitymuje się interesem prawnym o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym go do wniesienia odwołania.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy Stronami. Przedmiotem sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego były w istocie trzy kwestie:

- 1) ocena, czy Zamawiający poprzez wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia jego oferty pismem z dnia 31.03.2010 r., w wyniku którego Przystępujący wyjaśnił treść swej oferty pismem z dnia 01 kwietnia 2010 r. naruszył wynikający z art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp zakaz negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz zmiany w jej treści,
- 2) ocena okoliczności polegającej na tym, że Przystępujący zaoferował w ofercie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową 23.893.215,68 zł brutto, natomiast załączone przez niego do oferty kosztorysy ofertowe uproszczone opiewały na kwotę 27.626.001,41 zł brutto,
- 3) ocena czy zapis w złożonej przez Przystępującego wraz z ofertą opinii bankowej Podkarpackiego Banku Spółdzielczego Oddział w Rzeszowie z 04.02.2010 r. iż „*istnieje*

możliwość kredytowania po przeprowadzeniu oceny zgodnie z obowiązującymi w banku procedurami i po spełnieniu warunków określonych przez bank w kwocie 15.000.000,00 PLN jest wystarczający z punktu widzenia oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego przez Zamawiającego w pkt Rozdziału X w pkt 7 ppkt c 1 SIWZ.

W ocenie Izby chybiony jest zarzut prowadzenia pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym negocjacji dotyczących treści jego oferty i dokonywania zmian w jej treści wbrew treści art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w przypadku powzięcia wątpliwości co do treści oferty ma prawo na podstawie normy prawnej wyrażonej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócić się o wyjaśnienie dotyczące treści złożonej oferty. Zamawiający pismem z dnia 31 marca 2010 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści złożonej oferty zwracając uwagę na rozbieżności pomiędzy zaoferowaną ceną ryczałtową za realizację zadania a wartością wynikającą z załączonych do oferty kosztorysów ofertowych. Zamawiający miał prawo do skierowania do Przystępującego przedmiotowego wezwania, gdyż jak wynika z akt sprawy, a także z oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie, Zamawiający powziął wątpliwość co do ceny ofertowej na podstawie pisma Odwołującego z dnia 11 marca 2010 r. W orzecznictwie KIO jednoznacznie przyjmuje się, że Zamawiający ma prawo do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wszelkich wątpliwości dotyczących treści oferty, a w szczególności wątpliwości dotyczących przedmiotu świadczenia. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący pismem z dnia 01 kwietnia 2010 r. wyjaśnił, iż istniejąca rozbieżność pomiędzy zaoferowaną ceną a wartością wynikającą z kosztorysów ofertowych wynika z zamierzonego rabatu do cen jaki Przystępujący udzielił w przedmiotowym przetargu. Izba nie dopatrzyła się w wyjaśnieniach złożonych przez Przystępującego elementów wskazujących na prowadzenie negocjacji dotyczących oferty ani tym bardziej zmiany treści oferty. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie stanowią modyfikacji oświadczenia woli Przystępującego, gdyż Przystępujący w dalszym ciągu oferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową 23.893.215,68 zł brutto, która została przez niego wskazana w formularzu ofertowym złożonym w ofercie. Dopiero gdyby Przystępujący w wyniku wyjaśnień zmienił swoje oświadczenie woli zawarte w ofercie, można byłoby mówić o naruszeniu art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp, na które wskazywał Odwołujący.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu kosztorysom ofertowym Zamawiający przypisał jedynie rolę pomocniczą. Wynika to zarówno z postanowień pkt 4 Rozdziału XIX SIWZ, gdzie Zamawiający wyraźnie

wskazał, że „kosztorys ofertowy stanowi materiał pomocniczy przy określeniu ceny oferty i nie będzie podlegał ze strony Zamawiającego weryfikacji (sprawdzeniu) w procedurze przetargowej. W świetle tego Zamawiający nie ma obowiązku analizy kosztorysów ofertowych przedłożonych przez Wykonawców do ofert.”, jak i z postanowień § 6 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ gdzie Zamawiający przewidział, że wartość umowy wskazana w ofercie Wykonawcy ustalona jest jako cena ryczałtowa, a także z postanowienia pkt 2 Rozdziału XIX SIWZ, gdzie sprecyzowano, że „obowiązującym rodzajem wynagrodzenia dla przedmiotowego zamówienia jest wynagrodzenie ryczałtowe, zgodne z ofertą wykonawcy. Wykonawca ponosi wszelkie ryzyko związane z określeniem całkowitej ceny oferty na podstawie własnej analizy ekonomicznej.”. W świetle powyższego, w ocenie Izby, zawarte w w/w pkt. 4 Rozdziału XIX SIWZ zdanie o treści: „Cena podana w ofercie powinna wynikać ze sporządzonego przez Wykonawcę metodą uproszczoną kosztorysu ofertowego, który powinien również zawierać informację o wynagrodzeniu: brutto, netto i podatku VAT” nie kreuje kosztorysowego rodzaju wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się do przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego, skład orzekający Izby stwierdza, że choć wśród definicji legalnych, zawartych w art. 2 ustawy Pzp, brak jest definicji „ceny ryczałtowej” („wynagrodzenia ryczałtowego”), jednak przyjmuje się, że istotą tego rodzaju wynagrodzenia jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20.11.1998r. II CRN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego.

W ocenie Izby postanowienia pkt 4 Rozdziału XIX SIWZ zdanie 1 „Cena podana w ofercie powinna wynikać ze sporządzonego przez Wykonawcę metodą uproszczoną kosztorysu ofertowego” należy interpretować jedynie jako obowiązek zaoferowania oraz ujęcia w cenie ryczałtowej całego przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego powołanego postanowieniu SIWZ nie można nadawać szerszego znaczenia, w szczególności takiego, że obowiązkiem wykonawców było zsumowanie wartości kosztorysów ofertowych i wskazanie tej kwoty jako ceny ryczałtowej w formularzu ofertowym. Izba stwierdziła, że postanowienia pkt 4 zdanie 1 Rozdziału XIX SIWZ nie można wyklądać w oderwaniu od innych postanowień SIWZ, których lektura prowadzi do przeciwnego wniosku niż formułowany przez Odwołującego. Izba stwierdziła bowiem, że Zamawiający w wielu postanowieniach SIWZ w sposób jasny i nie budzący wątpliwości dał wyraz swej intencji, którą było oderwanie ceny ryczałtowej od wartości kosztorysów ofertowych. Wniosek taki można wyprowadzić w szczególności z pkt 2 Rozdziału XIX SIWZ.

Z tego postanowienia SIWZ jednoznacznie wynika, iż wykonawcy ponoszą ryzyko związane z określeniem całkowitej ceny oferty na podstawie „*własnej analizy ekonomicznej*”. Zapis ten jednoznacznie świadczy, że cena ofertowa winna być skalkulowana przez wykonawców na podstawie przeprowadzonej analizy ekonomicznej wykonawcy, a nie, jak twierdzi Odwołujący, na podstawie kosztorysów. Jest to logiczną konsekwencją przyjętego przez Zamawiającego ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu. Z kolei w pkt 3 Rozdziału XIX SIWZ zastrzeżono, że wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić w cenie ofertowej „*wszelkie elementy nieprzewidziane bez uwzględnienia których nie można wykonać zamówienia*”, co świadczy o tym, że wykonawcy zobowiązani byli wycenić całość przedmiotu zamówienia ustalonego na podstawie dokumentacji projektowej, bez względu na brzmienie przedmiarów robót. Ponadto Izba stwierdziła, że Zamawiający jednoznacznie przesądził w SIWZ hierarchię składanych dokumentów składanych przez wykonawców w ofercie, przyznając w tej mierze prymat formularzowi ofertowemu w którym należało wskazać cenę ryczałtową. Kosztorysom ofertowym Zamawiający przypisał zaś jedynie rolę uboczną zastrzegając, że mają „*charakter pomocniczy i nie będą poddawane przez niego analizie i sprawdzeniu w toku badania i oceny ofert*”.

Izba ustaliła także, że Przystępujący zaoferował całość przedmiotu zamówienia, czemu dał wyraz w pkt 1 formularza ofertowego oświadczając, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zapisami przedstawionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz potwierdził w wyjaśnieniu zawartym w piśmie z dnia 1 kwietnia 2010 roku oświadczając, że różnica pomiędzy ceną ofertową a sumą kosztorysów ofertowych wynika z udzielonego przez niego rabatu.

W świetle powyższych rozważań należało przyjąć, że Przystępujący, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie był zobowiązany do określenia w formularzu ofertowym ceny ryczałtowej jako sumy wartości kosztorysów ofertowych, zaś cena ofertowa zaproponowana przez niego nie jest obarczona omyłką rachunkową. W konsekwencji, chybnym okazał się zarzut Odwołującego, iż Zamawiający zaniechał dokonania w ofercie Przystępującego poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp a także, iż oferta ta obarczona jest błędem w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu udzielenia przez Przystępującego nieprzewidzianego w SIWZ rabatu Izba ustaliła, iż również ten zarzut okazał się chybnym. W ocenie Izby, z faktu nieprzewidzenia opustów przez Zamawiającego w SIWZ nie można wyprowadzać wniosku o ich niedopuszczalności. Nie ulega bowiem wątpliwości, że możliwość udzielenia rabatu wynika z zasady, iż określenie wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia należy do autonomicznej decyzji wykonawców

ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy mają swobodę w kształtowaniu własnej polityki cenowej. W świetle powyższego zarzut Odwołującego, iż oferta Przystępującego z powodu zaoferowania przez niego niedozwolonego w SIWZ rabatu podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienia.

Ponadto, w ocenie Izby, podkreślenia wymaga, iż na gruncie ustawy Pzp zasada swobody kształtowania przez wykonawców własnej polityki cenowej doznaje ograniczenia w sytuacji gdy wykonawca oferuje cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia lub gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Rozpatrując podniesiony przez Odwołującego zarzut popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.). W doktrynie przyjmuje się, iż art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma za zadanie chronić wolny dostęp do rynku przedsiębiorców, który stanowi cechę konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji). Z istoty nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku, w szczególności z opisu przykładowych działań określonych w art. 15 ww. ustawy wynika, że wszystkie czyny nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku mogą być popełnione tylko świadomie (celowo), z winy umyślnej. Dla skutecznego postawienia przedsiębiorcy zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest zatem wykazanie, iż podejmując określone działanie, miał on zamiar utrudnienia dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy. Odwołujący podnosił, że nieuczciwe utrudnianie innym podmiotom dostępu do rynku przez Przystępującego polegało na zaniżeniu ceny i udzieleniu rabatu. Izba stwierdziła, że działaniem w ramach dozwolonej konkurencji, zgodnym z prawem i dobrymi obyczajami jest złożenie przez przedsiębiorcę oferty w celu uzyskania danego zamówienia pomimo, że zawiera one konkurencyjne warunki wykonania zamówienia w postaci np. rabatu, tak jak w niniejszym postępowaniu, które mogą w pewnym stopniu decydować o uzyskaniu zamówienia przez danego przedsiębiorcę.

Izba uznała, że działanie Przystępującego nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż cena ofertowa zaoferowana przez Przystępującego jedynie nieznacznie różni się od ceny zaoferowanej przez Odwołującego i innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia a ponadto Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący działał w celu utrudnienia dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców. Taki zamiar i celowe działanie Przystępującego nie zostało wykazane przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, więc Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Oceniając zarzut dotyczący niespełnienia warunku co do zdolności finansowej i ekonomicznej, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Z treści

załączonej do oferty Przystępującego opinii bankowej nr L. Dz. PBS/311/2010 Podkarpackiego Banku Spółdzielczego Oddział w Rzeszowie z 04.02.2010 r., wynika, iż „*istnieje możliwość kredytowania po przeprowadzeniu oceny zgodnie z obowiązującymi w banku procedurami i po spełnieniu warunków określonych przez bank w kwocie 15.000.000,00 PLN.*” Z opinii wynika zatem, że istnieje możliwość kredytowania przez bank Przystępującego w wysokości określonej przez Zamawiającego w SIWZ. Jednocześnie bank określił warunki udzielenia kredytu m.in. przeprowadzenie oceny zgodnie z procedurą określoną w banku i po spełnieniu określonych przez niego wymagań. Powołane postanowienia opinii bankowej – w ocenie Izby – nie uzasadniają wykluczenia go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z powodu znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej nie zapewniającej wykonania zamówienia,

Skład orzekający Izby podziela prezentowane w orzecznictwie KIO stanowisko, zgodnie z którym od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wymaga się jedynie dysponowania takim potencjałem finansowym, który potencjalnie umożliwiłby mu i uprawdopodobniał wykonanie danego zamówienia. W przypadku realizacji zamówienia publicznego wybrany wykonawca nie jest bowiem zobowiązany do uzyskania kredytu i nie musi danej inwestycji finansować z takich źródeł. Jego możliwości finansowe bada się pod kątem potencjalnej możliwości wykonania zamówienia, którą można ustalić również na podstawie wstępnej oceny zdolności wykonawcy, dokonanej przez bank, która potwierdza możliwość spłaty kredytu o określonej wysokości. Samo uzyskanie tego kredytu związane z koniecznością wypełniania dodatkowych wymogów przez wykonawcę w stosunku do banku (złożenia formalnego wniosku o udzielenie kredytu, czy też innych, wymaganych dokumentów, które są podstawą pełnej oceny zdolności do spłaty kredytu przez tego wykonawcę) nie ma znaczenia dla oceny potencjału finansowego wykonawcy, badanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z dnia 12 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 131/09).

W świetle powyższego zarzut Odwołującego, iż złożona przez Przystępującego opinia bankowa nie potwierdza spełnienia przez niego warunku co do zdolności finansowej i ekonomicznej nie zasługuje na uwzględnienie. Bezzasadnym okazał się więc zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec braku przesłanki naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp chybnym okazał się także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła kosztów dojazdu Zamawiającego na posiedzenie Izby oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w łącznej wysokości 3.967,75 zł z uwagi na nie przedłożenie do akt sprawy rachunków. Stosownie do treści § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 ze zm.) do kosztów postępowania zalicza się koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków. Pełnomocnik Zamawiającego złożył do akt „spis kosztów / rachunek” nie określając, wymaganego w przypadku rachunku - jego adresata. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że nie stanowi rachunku przedłożony przez Zamawiającego spis kosztów.

Izba nie uwzględniła również wniosku Przystępującego o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego. Stosownie bowiem do treści § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 ze zm.) do kosztów postępowania nie zalicza się kosztów wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....