

Sygn. akt: KIO/UZP 684/09

WYROK

z dnia 10 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

**Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ŁZG Łęczycza Spółka Akcyjna, 99-100 Łęczycza, ul. Kopalniana 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Kopalnia Węgla Brunatnego Turów Spółka Akcyjna, 59-916 Bogatynia, Bogatynia 3** protestu z dnia 30 kwietnia 2009 r.

przy udziale Konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego "EGBUD" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STELMACH” Sp. z o.o. 59-916 Bogatynia, ul. Młodych Energetyków 3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **ŁZG Łęczycy Spółka Akcyjna, 99-100 Łęczycy, ul. Kopalniana 9** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ŁZG Łęczycy Spółka Akcyjna, 99-100 Łęczycy, ul. Kopalniana 9**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **350 zł 00 gr** (słownie: trzysta pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez **ŁZG Łęczycy Spółka Akcyjna, 99-100 Łęczycy, ul. Kopalniana 9** na rzecz **PGE Kopalnia Węgla Brunatnego Turów Spółka Akcyjna, 59-916 Bogatynia, Bogatynia 3**, stanowiącej uzasadnione koszty strony związane z dojazdem pełnomocnika Zamawiającego na posiedzenie,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ŁZG Łęczycy Spółka Akcyjna, 99-100 Łęczycy, ul. Kopalniana 9**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – PGE Kopalnia Węgla Brunatnego Turów S.A. 59-916 Bogatynia 3 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę, montaż i ustawienie w miejscu pracy trasy i stacji zwrotnej przenośnika taśmowego Z9.02 o szerokości taśmy B-2000*”, w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 26 lutego 2009 roku pod numerem 2009/S 39 - 057206.

Dnia 3 kwietnia 2009 roku Zamawiający przesłał informację o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dnia 24 kwietnia 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz przedstawił streszczenie oceny i porównania złożonych ofert.

Dnia 30 kwietnia 2009 roku Odwołujący się – Wykonawca - ŁZG Łęczycza S.A., ul. Kopalniana 9; 99-100 Łęczycza wniósł protest na:

1. Czynność zamawiającego polegającą na uznaniu, że Konsorcjum w składzie . P.B.G. i E. "EGBUD" S.A. i P.P.H.U. "Stelmach" Sp. z o. o. (zwane dalej konsorcjum EGBUD) spełnia warunki udziału w postępowaniu,
2. Zaniechanie zamawiającego polegające na nie wykluczeniu z udziału w postępowaniu konsorcjum EGBUD,
3. Czynność zamawiającego polegającą na zaproszeniu do składania ofert w postępowaniu konsorcjum EGBUD,
4. Zaniechanie zamawiającego polegające na niepoinformowaniu Wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
5. Zaniechanie Zamawiającego polegające na nie wszczęciu procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty konsorcjum EGBUD,

6. Zaniechanie Zamawiającego polegające na nie odrzuceniu oferty konsorcjum EGBUD jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i przez to stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
7. Czynność zamawiającego polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu tj. oferty konsorcjum EGBUD.

Postępowanie Zamawiającego narusza: art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 51 ust. 1 i 1a, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 1 i 2 - ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący żądał:

1. Unieważnienia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymaganych od Wykonawców w części dotyczącej konsorcjum EGBUD,
2. Powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej konsorcjum EGBUD
3. Uznania, że konsorcjum EGBUD nie spełnia warunków uczestnictwa w postępowaniu,
4. Wykluczenia konsorcjum EGBUD z udziału w postępowaniu,
5. Dokonania czynności zawiadomienia Wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
6. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. wyboru oferty konsorcjum EGBUD,
7. Dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu to jest oferty ŁZG Łęczyca S.A.

Ewentualnie, w przypadku niespełnienia żądań wyrażonych powyżej:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty konsorcjum EGBUD,
2. Powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, z zastosowaniem procedury określonej w art. 90 ust. 1 i 2 p. z. p., i w jej wyniku odrzucenia oferty konsorcjum EGBUD,
3. Odrzucenia oferty konsorcjum EGBUD jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i przez to stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
4. Dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu to jest oferty ŁZG Łęczyca S.A..

Uzasadniając wskazał, iż konsorcjum EGBUD zostało zaproszone przez zamawiającego do składania ofert, w trybie przetargu ograniczonego, o czym Odwołujący dowiedział się dopiero w dniu otwarcia ofert 21 kwietnia 2009 roku ponieważ Zamawiający uchybił obowiązkowi, o którym mowa w art. 51 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie poinformował Wykonawców o wynikach oceny. Wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił dnia 24 kwietnia 2009 roku. Odwołującemu w dniu 27 kwietnia 2009 roku zostały udostępnione dokumenty dotyczące postępowania, w tym m.in. wykaz zrealizowanych usług i dostaw przez Konsorcjum oraz listy referencyjne. Wynik analizy dokonanej przez Odwołującego wskazał, że przedłożone dokumenty nie stanowią potwierdzenia, że Konsorcjum spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu jednoznacznie określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, a w szczególności: w okresie trzech lat przed 25.02.2009 r., a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali należycie usługi polegające na dostawie wraz z montażem elementów przenośników taśmowych stosowanych w górnictwie odkrywkowym - o łącznej wartości tych usług nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł,

Przeanalizowane dokumenty zawierają, zdaniem Odwołującego się następujące nieprawidłowości, niejasności i niespójności:

1) Referencje wystawione przez PGE Elektrownia Turów S.A. z dnia 06.03.2009 roku dotyczą dostawy wraz z montażem elementów maszynowo-konstrukcyjnych przenośników taśmowych TZW-1 i TZW-2 stosowanych w energetyce, stanowiących własność i część składową ciągu technologicznego PGE Elektrowni Turów S.A., wykorzystywanych w energetyce do transportu produktów paleniskowych będących produktem odpadowym Elektrowni. Zamawiający natomiast jednoznacznie określa: *"przenośników taśmowych stosowanych w górnictwie odkrywkowym"*. Ponadto, zwrócił uwagę na fakt iż, przedstawione referencje dotyczą w przeważającym stopniu prac o charakterze budowlanym a tylko w niewielkim stopniu dostaw wraz z montażem elementów konstrukcyjno-maszynowych przenośników taśmowych stosowanych w energetyce do transportu produktów paleniskowych. Wartość dostawy i montażu konstrukcji stalowej części przenośnika TZW-2 o łącznej masie 180,1 ton, biorąc pod uwagę całkowitą wartość

kontraktu i realia rynkowe, nie przekracza 4 100 000 zł brutto. Dodatkowo konsorcjum EGBUD wprowadziło w błąd Zamawiającego ponieważ usługa będąca przedmiotem referencji w dniu 25.02.2009 roku znajdowała się w trakcie realizacji a Zamawiający zarówno określając warunki udziału w postępowaniu jak i precyzując wymagania, co do dołączonych dokumentów używa formy dokonanej: "zrealizował" i odpowiednio "wykaz zrealizowanych usług" ,a nie "realizują" i odpowiednio "wykaz usług będących w realizacji",

- 2) List referencyjny wystawiony przez PGE KWB Turów S.A. dnia 11.03.2009 mający potwierdzić wartość usługi na kwotę 827 300,00 zł oraz 497 600,00 zł dotyczy wyłącznie dostaw elementów konstrukcyjnych i maszynowych do przenośników taśmowych bez ich montażu, natomiast zamawiający jednoznacznie określił "dostawa wraz z montażem" jako usługa świadczona łącznie,
- 3) zamówienie na kwotę 111 500,00 zł potwierdza jedynie wykonanie i dostawę konstrukcji stalowych bez ich montażu co nie odpowiada określeniu "dostawa wraz z montażem",
- 4) List referencyjny wystawiony przez Fabrykę Kotłów RAFAKO S.A. mający potwierdzić wartość usługi na kwotę 5 666 600,00 zł dotyczy dostawy kompletnych , gotowych do pracy przenośników taśmowych wraz z konstrukcją wsporczą i montażem przeznaczonych dla spółki PGE Bełchatów SA Należy zauważyć że w branży górnictwa odkrywkowego nie funkcjonuje spółka działająca pod firmą PGE Bełchatów S.A.. Lista referencyjna Fabryki Kotłów Rafko S.A. udostępniona na oficjalnej stronie internetowej www.rafako.com.pl obejmuje jedynie przedsiębiorstwa działające w branży energetycznej. Nie jest zatem możliwe by referencje wystawione przez Fabrykę Kotłów RAFAKO S.A. dotyczyły przenośników taśmowych stosowanych w górnictwie odkrywkowym. Istnieje natomiast wysokie prawdopodobieństwo celowego poświadczenia niejasnych i niespójnych informacji, którego celem było wprowadzenie w błąd zamawiającego,
- 5) List referencyjny wystawiony przez BOT KWB Turów S.A. z dnia 29.11.2007 mający potwierdzić wartość usługi na kwotę 10 057 900,00 zł stwierdza jedynie wykonanie modernizacji estakady przenośników TW-1.4 i TW-2.4. W żadnym punkcie nie potwierdza dokonania dostaw wraz z montażem elementów konstrukcyjno-maszynowych przenośników taśmowych stosowanych w górnictwie odkrywkowym. Modernizacja estakady przenośników nie jest pojęciem tożsamym z czynnością polegającą na dostawie wraz z montażem elementów maszynowo-konstrukcyjnych przenośników.

W konsekwencji powyższych sprostowań i uwag należy uznać, że dokumenty i referencje przedstawione przez konsorcjum EGBUD potwierdzają realizację dostaw wraz z montażem

elementów konstrukcyjno-maszynowych przenośników taśmowych stosowanych w górnictwie odkrywkowym na kwotę o łącznej wartości 0,00 zł +VAT. Konsorcjum nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia i powinno zostać z przedmiotowego postępowania wykluczone, na podstawie ustawy Pzp.

Jednak pomimo nie spełnienia warunku uczestnictwa w postępowaniu Konsorcjum zostało zaproszone do składania ofert. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 21 kwietnia 2009 roku a rozstrzygnięcie o wyborze najkorzystniejszej oferty miało miejsce już 24 kwietnia 2009 roku. Zamawiający uznał że nie zachodzą przesłanki zawarte w art. 90 ustawy Pzp i nie zastosował procedury obowiązkowej w przypadku, gdy istnieje podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę fakt, że różnica cenowa pomiędzy ceną najniższą - zaoferowaną przez Konsorcjum, a ceną Odwołującego będącą drugą ceną wynosi 11,83%, natomiast między ceną najniższą a najwyższą różnica wynosi 29,07%, w świetle wyroków KIO i Zespołu Arbitrów, zastosowanie przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty złożonej przez Konsorcjum, staje się obligatoryjne. Zastosowanie rażąco niskiej ceny przez Konsorcjum niesie ryzyko dla Inwestora niezrealizowania poprawnie i terminowo przedmiotu zamówienia. Na podstawie przedmiarów kosztorysowych oraz doświadczenia w prowadzeniu podobnych projektów stwierdzamy, iż uwzględniając cenę zaproponowaną przez Konsorcjum nie uzyska się minimalnych, granicznych wartości narzutów i stawek roboczo-godziny przewidzianych w biuletynach SEKOCENBUD za I kwartał 2009 dla województwa dolnośląskiego przy bardzo szerokich przedziałach dla każdej pozycji. Stosując najniższe dopuszczalne narzuty i nie uzyskując przy tym najniższej, przewidzianej stawki roboczogodziny świadczy o zastosowaniu rażąco niskiej ceny. Zwrócił uwagę, że przy zaproponowanej cenie Konsorcjum osiąga tylko około 40% średnich wartości przewidzianych przez najbardziej aktualną bazę cenowo-wskaźnikową SEKOCENBUD. Według Odwołującego się świadczy to o tym, iż Konsorcjum albo błędnie bazuje na zaniżonych danych do wyceny (zaniżona masa elementów nowych lub nie uwzględnienia niektórych prac w wycenie), przewiduje wykorzystanie materiałów niepełnowartościowych w projekcie lub obydwie powyższe okoliczności występują jednocześnie. Przeanalizowanie przez Inwestora odpowiednich kosztorysów uzupełnionych o oferty na podstawowe materiały wykorzystane w zadaniu (między innymi: szyny, profile gat. S355 w członach trasowych, okablowanie i inne składniki istotnie wpływające na koszty) potwierdzi powyższe stwierdzenie.

Powyżej wymienione okoliczności powodują, zdaniem Odwołującego się, że jego interes prawny doznał poważnego uszczerbku i czynią protest konieczny i w pełni uzasadniony.

Dnia 4 maja 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 7 maja 2009 roku Konsorcjum EGBUD przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 14 maja 2009 roku Zamawiający protest:

I. Odrzucił w odniesieniu do:

- 1) czynności zamawiającego polegającą na uznaniu, że konsorcjum EGBUD spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- 2) zaniechania zamawiającego polegające na nie wykluczeniu z udziału w postępowaniu konsorcjum EGBUD,
- 3) czynności zamawiającego polegającą na zaproszeniu do składania ofert w postępowaniu konsorcjum EGBUD,
- 4) zaniechania zamawiającego polegające na nie poinformowaniu Wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,

oraz

II. Oddalił w odniesieniu do:

- 5) zaniechania zamawiającego polegające na nie wszczęciu procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty konsorcjum EGBUD,
- 6) zaniechania zamawiającego polegające na nie odrzuceniu oferty konsorcjum EGBUD jako oferty zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i przez to stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
- 7) czynności zamawiającego polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej konsorcjum EGBUD.

Uzasadniając wskazał, iż:

- 1) odnośnie odrzucenia w zakresie pkt 1 – 4.

Odwołujący się, jak i pozostali wykonawcy został poinformowany o pozytywnej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie zaproszony do składania oferty faksem w dniu 03.04.2009 r. (pismo ZP02/09-08). Informacja ta nie zawierała listy wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu, bowiem art. 51 ust. 1a ustawy z

dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą", nie zobowiązuje zamawiającego do informowania wykonawców o tym, kogo zaprosił do składania ofert. Z chwilą otrzymania pisma ZP02/09-08 Odwołujący się powziął wiadomość, że zamawiający zakończył etap oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i miał możliwość wystąpić do zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania (zawierającego m.in. listę wykonawców zaproszonych do składania ofert) oraz złożonych w postępowaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przy zachowaniu należytej staranności Wykonawca mógł więc w terminie 10 dni od dnia 03.04.2009 r. powziąć wiadomość o zaproszeniu do złożenia oferty konsorcjum EGBUD i wnieść na tę czynność protest w terminie określonym art. 180 ust. 2 ustawy. Wiadomość o rzekomym naruszeniu art. 51 ust. 1a Wykonawca powziął z chwilą otrzymania pisma ZP02/09-08 (03.04.2009 r.) i jeżeli uważał, że zamawiający uchybił obowiązkowi wynikającemu z tego przepisu powinien wnieść protest do dnia 14.04.2009 r. Protest wpłynął do zamawiającego dopiero w dniu 30.04.2009 r., stosownie więc do przepisu art. 180 ust. 7 ustawy podlega odrzuceniu.

2) odnośnie oddalenia w zakresie pkt 5 - 7.

Po zapoznaniu się ze złożonymi w postępowaniu ofertami, zamawiający - ze względu na znaczącą różnicę między wartością zamówienia a cenami ofert - dokonał sprawdzenia prawidłowości oszacowania wartości zamówienia. Przeprowadzona weryfikacja wykazała, że przy szacowaniu nie dokonano właściwej oceny rynku zawyżając wartość zamówienia. Wartość zamówienia po weryfikacji zamawiający określił na poziomie 3 475 570,00 zł + VAT i w związku z tym uznał, że nie zachodzi potrzeba wszczęcia procedury przewidzianej art. 90 ust. 1 ustawy. Jednakże z uwagi na wniesiony protest zamawiający wezwał konsorcjum EGBUD do wyjaśnienia elementów oferty mogących mieć wpływ na cenę oferty. Ocena złożonych wyjaśnień jedynie ugruntowała przekonanie zamawiającego, że nie występują przesłanki do odrzucenia oferty Konsorcjum.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 21 maja 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście.

Do postępowania odwoławczego, w dniu 5 czerwca 2009 roku przystąpiło Konsorcjum EGBUD – zgłaszając swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią oferty, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w przypadku potwierdzenia się zarzutów i nakazania wykluczenia Przystępującego lub odrzucenia oferty Przystępującego oferta Odwołującego się mogłaby być uznana za najkorzystniejszą ponieważ zawierała najniższą cenę, a jedynym kryterium oceny ofert była cena z rangą 100%.

Odnosząc się zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10, ustawy Pzp w zakresie niewykluczenia Konsorcjum EGBUD z przedmiotowego postępowania Izba uznała ten zarzut za spóźniony, tj. podniesiony po upływie terminu przewidzianego na wniesienie protestu.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia [...]*. Informację o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wraz z zaproszeniem do złożenia oferty Odwołujący otrzymał w dniu 3 kwietnia 2009 roku. Od tej daty obowiązkiem Odwołującego się była kontrola czynności i zaniechań Zamawiającego co do ich prawidłowości i zgodności z przepisami ustawy Pzp. Czynnością Zamawiającego jest jego działanie podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia, które rodzi określone skutki prawne w tym postępowaniu. Zaniechaniem natomiast, gdy Zamawiający nie podejmuje w toku postępowania czynności, do których podjęcia jest obowiązany na podstawie ustawy. Skoro Odwołujący podnosi zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum EGBUD z postępowania, to zarzut taki uprawniony był do postawienia na etapie po ocenie wniosków spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na etapie zaproszenia do składania ofert. Bez znaczenia wydaje się fakt nie poinformowania Odwołującego przez Zamawiającego o wynikach dokonanej oceny w odniesieniu do pozostałych wykonawców, którzy złożyli wnioski. Zdaniem Izby, to na Odwołującym spoczywał obowiązek weryfikacji oceny

dokonanej przez Zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego się przedstawionego na rozprawie, iż termin na wniesienie protestu w zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy, w trybie przetargu ograniczonego rozpoczyna swój bieg od chwili otrzymania informacji o wyniku przeprowadzonego postępowania – wyboru oferty najkorzystniejszej. Przetarg ograniczony jest trybem udzielenia zamówienia publicznego, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania oferty (art. 47 ustawy Pzp). Charakter trybu przetargu ograniczonego polega na jego dwuetapowości. W pierwszym etapie postępowania wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Spełnianie warunków uprawnia Zamawiającego do zaproszenia wykonawcy do złożenia oferty. To na tym etapie postępowania Odwołujący się, jeśli stwierdził naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, mógł ewentualnie postawić zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego. Stawianie w/w zarzutu na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej, czyli już po drugim etapie przetargu ograniczonego uchybia przepisowi art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, a zwłaszcza terminowi tam określonego, który ma charakter zawity, niemożliwy do przywrócenia.

Powyższe rozważania mają bezpośrednie odniesienie do następnego zarzutu wskazującego na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 51 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tymi przepisami *Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniej niż 5 i nie większej niż 20. Ponadto o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

Zgodnie z przepisem art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych [...] *Załączniki do protokołu udostępnia się [...], a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert [...].* Dlatego też zdaniem Izby nic nie stało na przeszkodzie ażeby Odwołujący się wykazał należyłą staranność i uczestnicząc w przedmiotowym postępowaniu zwrócił się do Zamawiającego przesłanie informacji – wyników oceny wniosków, lub też osobiście dokonał oględzin w/w dokumentów. Wykonawca, który chciałby wnieść protest, negując czynności bądź zaniechania

Zamawiającego powinien to zrobić już po otrzymaniu zawiadomienia w tej sprawie. Odwołujący się miał bowiem dostęp do dokumentów, na podstawie których mógł stwierdzić naruszenie prawa przez Zamawiającego.

Treść przepisu art. 51 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazuje jednoznacznie na obowiązek przekazywania wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski, jednakże Izba wyraża pogląd, że taka informacja, która wychodzi naprzeciw oczekiwaniu transparentności postępowania, winna obejmować takie informacje w odniesieniu do wszystkich wykonawców składających wnioski, zarówno tych zaproszonych do złożenia oferty, jak i tych którzy nie zostali zaproszeni do złożenia oferty, których zgodnie z treścią przepisu art. 51 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp traktuje się jak wykluczonych z postępowania.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie rozpoznawał zarzutów naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 51 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na niedochowanie terminu na ich wniesienie.

Odnosnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała te zarzuty za bezzasadne. Odwołujący się na rozprawie, ani wcześniej na etapie składania protestu czy też odwołania nie udowodnił, iż oferta złożona przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie udowodnił również, że cena zaoferowana przez Przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 188 ust. 1 ustawy Pzp *Strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne* jak i przepisem art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. 64 Nr 16, poz. 93). *Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* to na Odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia prawidłowości stawianych zarzutów. Na rozprawie Odwołujący się wiązał zarzuty naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp z wcześniejszymi zarzutami naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 51 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, co w konsekwencji ich uznania za spóźnione pozostaje bez związku przynowo-skutkowego charakteryzującego odpowiednie zachowanie i oczekiwanych skutków z tym zachowaniem związanych.

Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość.

Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę. Izba nie uznała ceny przedstawionej w ofercie Przystępującego jako rażąco niskiej. Zarówno odniesienie tej ceny do wartości szacunkowej zamówienia (przeszacowanej w dniu 22 kwietnia 2009 roku) jak i w odniesieniu do cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców pozwala na uznanie tego zarzutu za bezzasadny.

Z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika, że Zamawiający wdraża postępowanie wyjaśniające w przedmiocie rażąco niskiej ceny w każdym przypadku, a jedynie wtedy, gdy może podejrzewać, że oferta taką cenę zawiera. Źródłem tego podejrzenia może być albo wynik własnej analizy Zamawiającego, albo argumentacja przedstawiona przez innego wykonawcę. Zamawiający w każdym postępowaniu zobowiązany jest do dokonywania z własnej inicjatywy analizy ofert pod tym kątem. Odnośnie powyższego zarzutu stwierdzić należy, że Zamawiający, zgodnie z sugestią Odwołującego się przeprowadził postępowanie regulowane przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z akt sprawy wynika, iż Przystępujący w sposób przez siebie uznany za prawidłowy wykazał, że przyjęta przez niego metoda wykonania projektu poprzez powołanie konsorcjum zapewniła obniżenie kosztów w zakresie dostaw ponadgabarytowych konstrukcji stalowych poprzez wyeliminowanie specjalistycznego drogiego transportu – ze względu na wykonanie EGBUD Bogatynia, obniżenie kosztów montażu poprzez posiadanie przez firmę EGBUD Bogatynia na miejscu bazy sprzętu montażowego oraz zmniejszenie kosztów wykonania wszystkich elementów konstrukcji stalowej w technologii seryjnej ze względu na posiadane specjalistyczne oprzyrządowanie firma Stelmach. Ponadto w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący wskazywał na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania projektu, gdyż poprzez powołanie konsorcjum osiągnięto minimalizację kosztów poprzez zwiększenie potencjału wykonawczo – montażowego oraz obniżenie kosztów transportu wewnętrznego i transportu dostaw. Przystępujący wykazał również, iż jeden z wykonawców tworzących konsorcjum – spółka P.P.H.U. STELMACH w 2008 roku uzyskała dofinansowanie unijne o priorytecie: Bezpośrednie wsparcie przedsiębiorstw, Działanie: Wzrost konkurencyjności przedsiębiorstw, co pozwoliło na obniżenie kosztów z uwagi na pomoc publiczną jej udzieloną.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się w związku z czym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty związane z dojazdem pełnomocnika Zamawiającego na posiedzenie w wysokości 350,00 zł, na podstawie kserokopii faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a 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. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....