

WYROK
z dnia 22 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. Józef Lis Usługowy Zakład WOD-KAN-GAZ w Gorliczynie (pełnomocnik), 2. Biuro Techniczno-Handlowe „EMP TERMO” Ewa i Marek Piękoś spółka jawna w Przeworsku**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Myślenice z siedzibą w Myślenicach**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. Firma Handlowo-Usługowa INSTBUD Stanisław Boguta spółka jawna w Nieznanowicach (pełnomocnik), 2. Wójcik Jarosław i Wójcik Zenon, Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych „KANBUD” spółka cywilna w Libiążu, 3. Hamer-Brunarska, Gruskoś spółka jawna w Krakowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Myślenice z siedzibą w Myślenicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. Józef Lis Usługowy Zakład WOD-KAN-GAZ w Gorliczynie (pełnomocnik), 2. Biuro Techniczno-Handlowe „EMP TERMO” Ewa i Marek Piękoś spółka jawna w Przeworsku**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Myślenice z siedzibą w Myślenicach na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. Józef Lis Usługowy Zakład WOD-KAN-**

GAZ w Gorliczynie (pełnomocnik), 2.Biuro Techniczno–Handlowe „EMP TERMO” Ewa i Marek Piękoś spółka jawna w Przeworsku, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1.Józef Lis Usługowy Zakład WOD-KAN-GAZ w Gorliczynie (pełnomocnik), 2.Biuro Techniczno-Handlowe „EMP TERMO” Ewa i Marek Piękoś spółka jawna w Przeworsku – wniosek odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Gminę Myślenice z siedzibą w Myślenicach, w trybie przetargu nieograniczonego pn. przedmiotu zamówienia „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Głogoczów - Kontrakt nr 7”.

Wskazał, że posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż w wyniku badania i oceny ofert zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę. Stwierdził, że gdyby zamawiający nie dokonał tej czynności - oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Podniósł, że zamawiający nie odrzucił również ofert pozostałych wykonawców, pomimo, że były zbliżone do oferty odwołującego.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą”:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że nie zawierała rażąco niskiej ceny,
- 2) art. 90 ust. 3 przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że złożył szczegółowe wyjaśnienia, kalkulację i jej prawidłowa ocena nie potwierdzała rażąco niskiej ceny,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum: Firma Usługowo-Handlowa INSTBUD Stanisław Boguta sp. j., Zakład Robót Inżynieryjno Budowlanych „KANBUD” s.c. J. Wójcik, Z. Wójcik, Hamer-Brunarska, Gruskoś sp. jawna (dalej - Konsorcjum INSTBUD), pomimo, że zawierała rażąco niską cenę i wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wskazywały na ten fakt, były znacznie bardziej lakoniczne niż wyjaśnienia odwołującego - w rezultacie doszło do rażącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty ABM SOLID S.A. pomimo, że zawierała rażąco niską cenę i wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wskazywały na ten fakt, były znacznie bardziej lakoniczne niż wyjaśnienia odwołującego - w rezultacie doszło do rażącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców,

- 5) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3, przez nierówne potraktowanie odwołującego, Konsorcjum INSTBUD oraz ABM SOLID S.A. i odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że była bardzo zbliżona cenowo do wskazanych ofert, a wyjaśnienia odwołującego były dokładniejsze i bardziej jednoznacznie oraz potwierdzały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- 6) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej,
- 7) ew. naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 przez zaniechanie unieważnienia postępowania z powodu braku ofert nie podlegających odrzuceniu,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert - w tym odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej jako bezwzględnie wadliwej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert, alternatywnie o
- 4) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z powodu braku ofert nie podlegających odrzuceniu.

Podstawa odrzucenia oferty według odwołującego:

- 1) jako podstawę odrzucenia oferty zamawiający podał art. 90 ust. 3 ustawy, wskazując, że „wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę są niewystarczające i nie przekonują Zamawiającego, iż wykonawca za tą cenę jest w stanie wykonać zamówienie”;
- 2) zamawiający wskazał, że „prowadzi szereg porównywalnych inwestycji z zakresu objętego tym postępowaniem, więc oszacowane przez Zamawiającego ilości nakładów, a ujęte w kosztorysie inwestorskim, są zbliżone do tych, jakie należy zaangażować dla wykonania przedmiotowego zamówienia”;
- 3) zamawiający dalej wskazał, że fakt wykazania przez Konsorcjum WOD-KAN-GAZ 10% zysku powoduje, że „wobec powyższego, niemożliwym jest zrealizowanie zamówienia za podaną kwotę, przy utrzymaniu wymogów jakościowych i terminowych oczekiwanych przez Zamawiającego”;
- 4) zamawiający stwierdził dalej, że „Wykonawca wskazał, iż dysponuje własnym sprzętem wobec czego ceny oferty nie podwyższą koszty wynajmu tego sprzętu, jednak mówiąc o sprzęcie Wykonawca skrupulatnie przewidział kwestie kosztu transportu sprzętu do miejsca wykonywania robót w ramach niniejszego zamówienia jeżeli nie z miejsca siedziby Wykonawcy, to przynajmniej z miejsca najbliższej lokalizacji Kontaktu/robót,

które realizuje Wykonawca, które nie zostało wskazane, tak więc nie było możliwym zweryfikowanie tak podanej pozycji”;

- 5) na koniec zamawiający wskazał, że „dokonując oceny ofert i wyjaśnień złożonych w postępowaniu kierował się również troską o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych, która przejawia się koniecznością uzyskania określonego efektu pod względem jakości oraz terminowości bez konieczności udzielania „dodatkowych zamówień” bądź odstępowania od umów przez Wykonawcę, czego liczne przykłady są znane w ostatnim czasie”.

Odwołujący podniósł, po pierwsze, że zamawiający nie podał żadnego merytorycznego argumentu z powodu, którego nie uznał wyjaśnień za wystarczające. Po drugie, podał zupełnie bezpodstawnie, że skoro odwołujący założył osiągnięcie 10% zysku, to z pewnością nie wykona zamówienia. Po trzecie, zamawiający w niezrozumiały sposób podniósł kwestię transportu sprzętu budowlanego, nie wskazując jego wpływu na rażąco niską cenę. Po czwarte, zamawiający w odmienny sposób ocenił ofertę wybraną, której cena w stosunku do kwoty podanej na otwarciu ofert była wyższa zaledwie o 3,27%. Bezzasadnie zamawiający uznał, że cena na poziomie 61,58% w ofercie wybranej, jest do przyjęcia, a cena na poziomie 58,31% w ofercie odwołującego, nie jest do przyjęcia.

I. Odwołujący stwierdził, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 września 2002 r., V Ca 1020/02, ZPO 2002/1/68, z którego wynika, że ofertę zawierającą rażąco niską cenę należy oceniać w kategoriach anomalii, którą charakteryzuje:

- 1) wyraźne przekroczenie dolnego progu granicy normy właściwej dla cen na zamówienie tego samego rodzaju;
- 2) istotne dysproporcje w stosunku do:
 - a) wartości przedmiotu zamówienia,
 - b) wysokości cen rynkowych,
 - c) cen przedstawionych przez innych wykonawców;
- 3) oczywisty brak ekwiwalentności w stosunku do przedmiotu zamówienia sugerujący wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

Wskazał i omówił ceny jedenastu ofert złożonych w postępowaniu, odnosząc ich kwoty do ceny przedmiotu zamówienia w stosunku procentowym (od 58,31% do 73,47%), podnosząc, że zamawiający przeszacował przedmiot zamówienia i ta wartość została oznaczona w sposób odbiegający od cen rynkowych, które znalazły odzwierciedlenie w złożonych ofertach. Stwierdził, że żadna z anomalii charakteryzującej rażąco niską cenę nie ma odniesienia do jego oferty.

Podniósł ponadto, że zamawiający z reguły występują o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy w każdej sytuacji, gdy cena różni się o więcej niż 15% od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, co nie tworzy domniemania rażąco niskiej ceny.

Uznał, że art. 90 ust. 3 ustawy nie można stosować w oderwaniu od art. 89 ust. 4, gdyż przepisy te pozostają w związku koniecznym - podstawą odrzucenia oferty jest jej rażąco niska cena za przedmiot zamówienia, a brak wyjaśnień ma jedynie charakter potwierdzający ten fakt.

II. Podał, że zamawiający nie wskazał żadnych konkretnych przypadków cen zastosowanych przez odwołującego, jako nierealnych. Podniósł, że opracowywał ofertę przy udziale specjalistów branżowych, na podstawie cen rynkowych i jego celem nie było, by realizując zamówienie ponieść stratę.

Wniósł o dopuszczenie dowodu z porównania kosztorysów:

- ofertowych - odwołującego, Konsorcjum INSTBUD, ABM SOLID S.A. z inwestorskim, z możliwym udziałem przedstawicieli stron, w tym przedstawiciela odwołującego, w celu wykazania, że kalkulacja ceny oferty została dokonana na podstawie realnych cen rynkowych i zapewnia prawidłowe wykonanie zamówienia.

Wskazał, że twierdzenie zamawiającego, iż cena na poziomie niższym od 60% ceny przedmiotu zamówienia jest ceną rażąco niską, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Stwierdził, że równie dobrze cena poniżej 70% tej wartości albo poniżej 55%, mogłaby być uznana jako rażąco niska. Uznał, że czynność zamawiającego jest nieracjonalna i doprowadziła do nierównego potraktowania wykonawców.

Dodał, że w już ofercie złożył dokument - zestawienie materiałów, w którym zwrócił uwagę na ceny zaoferowanych materiałów i ich ilości.

Podkreślił, że podobnej kalkulacji (zestawienia materiałów) nie zamieszczono w ofertach konkurencyjnych - Konsorcjum INSTBUD i ABM SOLID S.A. Mimo tego zamawiający uznał, że to oferta odwołującego podlega odrzuceniu.

III. Potwierdził, że złożone wyjaśnienia były wystarczające i w jednoznaczny sposób potwierdzały możliwość wykonania zamówienia w zaoferowanej cenie.

Wskazał jednoznacznie na: podstawowe składniki ceny ofertowej - cenę roboczogodziny, koszty pośrednie, koszty zakupu, zysk; ceny poszczególnych materiałów: rur kamionkowych, rur kanalizacji tłocznej PE, studzienek kanalizacyjnych, przepompowni, materiałów i urządzeń elektrycznych, piasku, pospółki, tłuczni, masy mineralno - asfaltowej i podkreślił, że ceny podanych elementów są zgodne z cenami dostawców, czyli cenami niższymi od rynkowych; ceny pozostałych materiałów, które są cenami rynkowymi tj. nierabatowanymi, dostępnymi dla klientów detalicznych, bez stałej współpracy z danym dostawcą.

Wskazał również na fakt posiadania własnego sprzętu i własnych środków transportu. Podał, że jako wykonawca ubiegający się o zamówienie został utworzony z firm o ustabilizowanej

pozycji rynkowej, posiadających własny sprzęt. Brak obciążenia kosztami wynajmu sprzętu spowodował, że ceny w tym zakresie mogły być niższe od cen konkurencji lub ceny wynikającej z szacowania przedmiotu zamówienia.

Wskazał na potencjał kadrowy, ekonomiczny oraz doświadczenie, w szczególności podkreślił, że dysponuje własnymi pracownikami - zdolnymi do wykonania zadania, w szczególności kadrą kierowniczą posiadającą wszelkie wymagane uprawnienia.

Ponadto wskazał na wskaźniki rentowności sprzedaży obydwu przedsiębiorstw wchodzących w skład konsorcjum. Podkreślił, że obydwaj partnerzy nigdy nie dopuścili się niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia wykonując je na czas i jakakolwiek umowa nie została wykonana nienależycie.

Podniósł, że na rynku kanalizacji bardzo często występują sytuacje, gdzie cena najkorzystniejszej oferty jest znacznie niższa od szacunkowej wartości zamówienia. Na poparcie twierdzenia wyszczególnił 8 postępowań tylko z I połowy 2011 r.

Reasumując uznał, że odniesienie niskiej ceny do szacunkowej wartości zamówienia jest nieprawidłowe i bezpodstawne, ponieważ wartość ta nie odzwierciedla cen realnych i rynkowych, lecz ceny katalogowe – nierealne i zbyt wysokie.

IV. Podkreślił, że zamawiający rażąco nierówno potraktował odwołującego i Konsorcjum INSBUD oraz ABM SOLID S.A. - odrzucając ofertę odwołującego i nie odrzucając oferty INSTBUD pomimo, że wyjaśnienia Konsorcjum INSBUD i ABM SOLID S.A. były mniej konkretne od wyjaśnień odwołującego.

Podał, że odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wykonawca INSBUD oświadczył jedynie, że jego cena wynika m.in. z aspektów ekonomicznych. Wskazał ponadto na miejsce realizacji zamówienia, które mieści się blisko bazy wykonawcy oraz na fakt dysponowania własnym sprzętem i posiadanie doświadczonej kadry kierowniczej i jeszcze na realizację innych kontraktów (w Trzemeśni), co mogło wpłynąć na możliwość zaoferowania niższej ceny. Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia tego wykonawcy były lakoniczne i zostały zawarte w czterech zdaniach. Przy czym zamawiający uznał je za wystarczające pomimo znacznie dokładniejszych wyjaśnień odwołującego, powodując w ten sposób naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Uznał, że wyjaśnienia trzeciego wykonawcy - ABM SOLID S.A. były bardziej szczegółowe, ponieważ - tak jak odwołujący - wskazał on na koszt roboczogodziny (10 zł), koszty pośrednie (35%) oraz zysk (5%). Również na posiadanie sprzętu oraz doświadczonej kadry. Podkreślił ponadto, że jest ceniony na rynku, posiada dobrą opinię i nie ma zamiaru składać oferty poniżej jej opłacalności.

Odwołujący reasumując podkreślił, że wyjaśnienia ABM SOLID S.A. były mniej szczegółowe od jego wyjaśnień (zawarte były w kilku zdaniach), a pomimo tego zamawiający odrzucił tylko ofertę odwołującego.

V. Podniósł, że okoliczność nie składania odwołania na czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, co wskazał zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Odwołujący podał, że nie kwestionował wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, gdyż chciał przekonać zamawiającego, że cena oferty jest ceną realną, złożoną przez podmiot z należyтым doświadczeniem, ustaloną przez doświadczoną kadrę, która zajmuje się wykonywaniem tego typu zamówień na co dzień.

Podkreślił, że przepis art. 90 ust. 3 ustawy nie stanowi samodzielnej podstawy odrzucenia oferty, bez związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Powołał się na orzecznictwo KIO stwierdzając, że czynności zamawiającego nie znajdują w nim potwierdzenia.

VI. W kontekście stwierdzenia zamawiającego o licznych przykładach w ostatnim czasie odstępowania od umów przez wykonawców, podał, że odniesienie do odwołującego tej sytuacji jest bezpodstawne, gdyż obaj wykonawcy to polskie firmy rodzinne, posiadające własne maszyny, zatrudniające na stałe wiele osób, obecne od wielu lat na rynku kanalizacji. Firmy występują w postępowaniach osobiście i są odpowiedzialne bezpośrednio przed zamawiającym.

Jako przykładowe wykonane zamówienia wskazał inwestycje realizowane przez każdego z wykonawców.

Zamawiający wniósł obszerną odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził, m.in., co następuje.

W pierwszej kolejności zamawiający zaznaczył, iż nie kwestionuje zakresu udzielonych wyjaśnień. Podniósł, jednak, że do wyjaśnień odwołujący nie dołączył żadnej szczegółowej kalkulacji cen, a jedynie opisał materiały i ceny z rabatami lub bez rabatów, co stanowi wyłącznie zapewnienie odwołującego nie poparte żadnymi dowodami.

Stwierdził na podstawie posiadanych informacji, że odwołujący nie posiada bazy sprzętowej czy materiałowej w pobliżu planowanej inwestycji i nie realizuje nigdzie w pobliżu robót, co powoduje konieczność zorganizowania od podstaw zaplecza technicznego, w tym przetransportowania ciężkiego sprzętu budowlanego. Brak podania w ofercie podwykonawców wskazuje również na koszty związane z przemieszczeniem pracowników, gdyż na rynku lokalnym praktycznie nie ma możliwości zatrudnienia podwykonawców.

Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do możliwości terminowej i prawidłowej realizacji zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, w szczególności z uwagi na fakt, iż w przekazanych wyjaśnieniach co do elementów oferty jakie miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za

wykonanie zamówienia, odwołujący nie wykazał żadnych szczególnie wyjątkowych i związanych bezpośrednio z jego osobą, okoliczności składających się na sprzyjające warunki realizacji zamówienia. Stwierdził, że za takie nie mogą być uznane podnoszone w wyjaśnieniach i odwołaniu okoliczności dotyczące jednoznacznego wskazania podstawowych składników ceny oferty tj.: ceny roboczogodziny, kosztów pośrednich, kosztów zakupu, poziomu zysku, dostępnych cen materiałów.

Wskazał, iż wyliczenie dostępnych materiałów po szczególnie korzystnych cenach bez podania chociażby poziomu uzyskiwanych rabatów cenowych, nie poparte żadnym dowodem, nie zasługuje na uwzględnienie.

Uznał, że wyjaśnienie w sprawie ceny rur kamionkowych jako zgodnej z cenami oferowanymi przez dostawców, która to cena nie jest ceną rynkową, nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż na tę okoliczność odwołujący nie przedstawił żadnego stosownego dowodu.

Nie wynika również z wyjaśnień by odwołujący realizował roboty z zastosowaniem takich rur, co wskazuje na brak cenowego rozeznania na rynku.

Podniósł jako istotne pozycje jednostkowe, to możliwość uzyskania materiału i wykonania studzienek kanalizacyjnych systemowych o średnicy 425 mm - zamknięcie rurą teleskopową, także wykonanie szalunków wykopów i wykonanie przewiertów.

Zamieścił wykaz cen jednostkowych z trzech kosztorysów ofertowych ocenianych ofert i kosztorysu inwestorskiego, z wyżej wskazanego zakresu. Zamawiający stwierdził, że tak skalkulowana cena oferty, której składowe stanowią między innymi ceny za wykonanie szalunków wykopów, ceny za materiał i wykonanie studzienek kanalizacyjnych oraz ceny za wykonanie przewiertów pod kanalizację, wydaje się ceną nierealną, uniemożliwiającą prawidłową, bezpieczną i terminową realizację zamówienia.

Zamawiający powołał się na konsultacje z ekspertem z zakresu usług nadzoru inwestorskiego Tractebel Engineering SA., który uznał, że ceny oferty odwołującego za elementy robót wyżej wyspecyfikowanych są cenami nierealnymi, niemożliwymi do utrzymania, w szczególności w przyzmacie warunków terenowych realizacji zamówienia.

Zamawiający odniósł się do kwestii posiadanego własnego sprzętu odwołującego, wskazując odległości do miejsca inwestycji, potencjału kadrowego i ekonomicznego podnosząc fakt korzystania z personelu na zasadzie zobowiązania do współpracy oraz nierzetelną informację odwołującego. Wskazał, że Józef Lis Usługowy Zakład WOD-KAN-GAZ realizując roboty budowlane w ramach kontraktu „Inwestycje ściekowe w zakresie gospodarki ściekowej w Gminie Jasło”, był podwykonawcą generalnego wykonawcy HYDROBUDOWA Polska S.A. wykonującego roboty z licznymi wadami, co nie pozwoliło na utrzymanie pierwotnego termin wydania Świadectwa Wykonania dla w/w kontraktu i termin ten został przedłużony do dnia 28.07.2011 r.

Odnosił się również do kwestii często występujących sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest znacznie niższa od wartości szacunkowej zamówienia oraz do zarzutu nierównego traktowania wykonawców stanowiącego o naruszeniu art. 7 ust 1 ustawy.

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, poparł stanowisko zamawiającego co do zasadności odrzucenia oferty odwołującego.

Dodał, że oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jako oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nadmienił również, że oferta powinna być odrzucona z uwagi na brak umocowania do jej podpisywania. Podał, że cena oferty odwołującego jest zbyt niska do przedmiotu zamówienia z uwagi na fakt, iż odwołujący nie jest z terenów, na których będzie realizowane zadanie (koszty transportu i dojazdu). Wskazał na trudności lokalne z podwykonawstwem.

Podniósł kwestię technologii z zastosowaniem rurociągów kamionkowych. Wskazał brak doświadczenia odwołującego w tym zakresie.

Stwierdził również brak po stronie odwołującego znajomości warunków lokalnych, w szczególności nawodnienia terenu, podał, że odwołujący nie wykazał w tym zakresie doświadczenia.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego – wskazali dość obszernie stanowisko arbitrażowe, KIO oraz sądowe w przedmiocie rażąco niskiej ceny i oceny ofert w tym aspekcie, przywołując odpowiednie orzeczenia na poparcie swoich stanowisk.

Stąd Izba w uzasadnieniu wyroku odstąpiła od powtarzania wskazanych definicji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W postępowaniu złożono 14 ofert. Ceny ofert kształtowały się na poziomie od 58,3% do 170% kwoty podanej podczas otwarcia ofert, tj. w wysokości 42 169 320 zł (wartość zamówienia 34 584 736,55 zł zwiększona o podatek od towarów i usług).

Zamawiający zwrócił się do 11. wykonawców o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny, przyjmując, że poziomem decydującym o wskazanym wystąpieniu były ceny ofert do 70,5% w stosunku do kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Na rozprawie zamawiający przyznał, że wszyscy wezwani wykonawcy złożyli wyjaśnienia na jednakowym, co do zasady poziomie, nie podając jakichś szczególnych okoliczności mających wpływ na

wysokość ceny. Zamawiający wykluczył z postępowania 11. wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i uznał ich oferty za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy. Pozostałe 3 oferty zawierały następujące ceny w stosunku do kwot podanych na otwarciu ofert:

- 1) odwołującego 24 589 122,99 zł, tj. 58,31%,
- 2) przystępującego (wybrana) 25 967 407,36 zł, tj. 61,58%,
- 3) wykonawcy ABM SOLID S.A. 27 028 239,57 zł, tj. 64, 67%.

Różnica w cenach ofert wynosiła:

- 1) odwołującego i przystępującego (wybrana) 5,31%,
- 2) przystępującego (wybrana) i ABM SOLID S.A. 4,08%,
- 3) odwołującego i ABM SOLID S.A. 9,10%.

Odwołujący złożył obszernie i bardziej szczegółowe wyjaśnienia w stosunku do wykonawcy, którego oferta została wybrana, wskazując przede wszystkim m.in., że kalkulacja ceny oferty została dokonana niezależnie od siebie przez dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (na rozprawie odwołujący dodał, że obie kalkulacje różniły się kwotą zaledwie 200 000 zł), rzetelnie przez specjalistów poszczególnych branż mających związek z przedmiotem postępowania. Omówił wskaźniki kosztorysowe (roboczogodzina - Rg - 9 zł, koszty pośrednie – KP - 55%, koszty zakupu - 5%, zysk - 10%) wyjaśniając, że kształtują się one powyżej średnich wartości rynkowych w przetargach na roboty budowlane na dzień składania ofert. Omówił materiały, iż ich wycena została dokonana zgodnie z załączonymi przedmiarami oraz dokumentacją projektową, bez zamiany na materiały równoważne, w tym wymienił w 7. pozycjach najważniejsze materiały, zapewniając, że zgodne są z cenami oferowanymi przez dostawców. Odniósł się również do sprzętu, potencjału kadrowego i ekonomicznego, doświadczenia wskazując inwestycje, w których uczestniczyli obaj wykonawcy (pismo z dnia 20 maja 2011 r.). Porównał także ceny ofert netto złożonych przez 14 wykonawców.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy i podał w zawiadomieniu - pismo z dnia 28 czerwca 2011 r., że po uzyskaniu odpowiedzi od wykonawców oraz po dokonaniu ich wnikliwej analizy uznał, iż racjonalnym i wskazującym na możliwość prawidłowej realizacji zamówienia był pułap cenowy oferty kształtującej się na poziomie co najmniej 60% ceny podanej podczas otwarcia ofert.

Uznał oferty z cenami na poziomie od 61,5%-64% jako konkurencyjne w świetle reguł uczciwej konkurencji. Natomiast oferta odwołującego różniąca się od wskazanej ceny wielkością 3,2%, zgodnie z przyjętym kryterium, podlega odrzuceniu.

W uzasadnieniu decyzji wskazał, że wzywając wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość

ceny, nie wskazał na konkretne zarzuty i pozycje, nie sprecyzował jakie czynniki wykonawca powinien wyjaśnić, pozostawiając mu wolną rękę.

Streszczając wyjaśnienia odwołującego stwierdził, że oferta na poziomie 58,3% ceny przedmiotu zamówienia, jest ofertą z rażąco niską ceną.

Zacytował dość obszernie orzecznictwo w sprawie rażąco niskiej ceny. Wskazał również, że odwołujący wykonawca nie kwestionował wezwania w ramach środków ochrony prawnej i nie złożył odwołania od czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający uznał, że wyjaśnienia są niewystarczające i nie przekonują go, iż za tę cenę odwołujący jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Podał, że prowadzi szereg porównywalnych inwestycji z zakresu objętego postępowaniem, więc oszacowane ilości nakładów i ujęte w kosztorysie inwestorskim są zbliżone do tych, jakie należy zaangażować dla wykonania przedmiotowego zamówienia. Argument wykonawcy, iż zaproponowana cena jest najkorzystniejszą nie przekonuje zamawiającego i jest dla niego niewystarczająca.

Dodatkowo podniósł, że przy założeniu osiągnięcia 10% zysku niemożliwym jest zrealizowanie zamówienia za podaną kwotę przy utrzymaniu wymogów jakościowych i terminowych oczekiwanych przez zamawiającego. Ponadto podniósł, że odwołujący podając, iż dysponuje własnym sprzętem, co nie podwyższy kosztów wynajmu sprzętu, jednak przewidując koszty transportu sprzętu do miejsca wykonywania robót, jeżeli nie z miejsca siedziby wykonawcy to przynajmniej z miejsca najbliższej lokalizacji, nie wskazał tego miejsca, co uniemożliwiło zamawiającemu dokonania odpowiedniej weryfikacji.

Na zakończenie zamawiający dodał, że dokonując oceny ofert i wyjaśnień złożonych w postępowaniu kierował się również troską o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych, która przejawia się koniecznością uzyskania określonego efektu pod względem jakości oraz terminowości bez konieczności udzielania „dodatkowych zamówień” bądź odstępowania od umów przez wykonawcę, czego liczne przykłady są znane w ostatnim czasie. W związku z powyższym na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy odrzucił ofertę wykonawcy.

Na rozprawie zamawiający potwierdził w ślad za treścią pisma złożonego w przeddzień rozprawy – odpowiedź na odwołanie, że w jego ocenie wątpliwości budziły trzy pozycje kosztorysu odwołującego:

1. „Studzienki kanalizacyjne systemowe o średnicy 425 mm - zamknięcie rurą teleskopową”;
2. Wykonanie szalunków wykopów (kalkulacja budząca największe zastrzeżenia zamawiającego, w szczególności przy uwzględnieniu wpływu tego elementu wykonania robót na prawidłowe, bezpieczne i terminowe zrealizowanie zamówienia);
3. Wykonanie przewiertów.

Z zestawienia cen jednostkowych w tych pozycjach, wskazanych w piśmie zamawiającego – odpowiedź na odwołanie, wynika znaczne zróżnicowanie cen, przy czym w zakresie studzienek

ceny odwołującego i wykonawcy ABM SOLID S.A. są zbliżone, natomiast cena przystępującego jest ponad dwukrotnie wyższa od ceny wykonawcy ABM SOLID S.A. i niemal dwukrotnie wyższa od kwoty kosztorysu inwestorskiego. W zakresie szalunków wykopów ceny jednostkowe są najbardziej zróżnicowane, cena odwołującego jest bardzo niska, przystępującego jest znacznie wyższa od ceny wykonawcy ABM SOLID S.A. i kształtuje się w granicach do 30%-50% kwoty kosztorysu inwestorskiego.

W zakresie przewiertu rurą kamionkową ceny jednostkowe są mniej zróżnicowane, ceny odwołującego są niższe w granicach do 50% w porównaniu do cen przystępującego, ceny przystępującego są niższe w granicach do 50% od cen wykonawcy ABM SOLID S.A. i stanowią około 40% wartości kosztorysu inwestorskiego.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że gdyby odwołujący złożył wyjaśnienia we wskazanym zakresie trzech pozycji, wówczas podjąłby inną decyzję w przedmiocie oceny jego oferty.

Zamawiający załączył do pisma dowody w postaci:

1. Pismo firmy TRACTEBEL Engineering S.A. w Katowicach z dnia 18 lipca 2011 r., stanowiące odpowiedź na zapytanie zamawiającego o możliwości realizacji przedmiotowej inwestycji za cenę kształtującą się na poziomie 60% kosztorysowej zadania netto. Inspektor nadzoru firmy stwierdził, że ze względu na znaczne rozmiary inwestycji, górzysty teren, zastosowanie rur kamionkowych, jest możliwość realizacji na poziomie 60% wartości kosztorysu ofertowego, czyli za cenę w granicach 21 000 000 zł netto, przy bardzo dobrej organizacji pracy, doświadczeniu w realizacji zadań o podobnym stopniu skomplikowania w niesprzyjającym terenie, jak również przy posiadaniu doświadczenia w pracy przy układaniu rur kamionkowych.
2. Pismo firmy Geokart - International Sp. z o.o. w Rzeszowie z dnia 20 czerwca 2011 r. (znane zamawiającemu przed dokonaniem oceny ofert), jako projektanta inwestycji, z którego wynika, że w toku kosztorysowania kierowano się tzw. zasadą ostrożnej wyceny, co powoduje, że obliczone nakłady z zastosowaniem katalogów norm nakładów rzeczowych (KNNR) lub (KNR) mogą w pewien sposób odbiegać od aktualnych cen rynkowych funkcjonujących w okresie sporządzenia oferty. W piśmie podano, że ze względu na możliwość negocjacji cen przy zakupie dużej ilości materiałów, ceny ofert mogą w tym zakresie mocno odbiegać od cen kosztorysowych. Projektant wskazał również, że ze względu na charakter inwestycji, omówiony podobnie do oceny inspektora nadzoru, realizacja inwestycji na poziomie 60%-65% ceny kosztorysu inwestorskiego, jest realizacją na granicy opłacalności, tj. za kwotę około 21 000 000 zł netto.
3. Cztery pisma (Związku Gmin Dorzecza Wisłoki, Gminy Jasło i dwa pisma Egis Poland Sp. z o.o.) dotyczące podwykonawstwa Józefa Lisa Usługowy Zakład WOD-KAN-GAZ w zadaniu „Inwestycje w zakresie gospodarki ściekowej w gminie Jasło”, na podstawie umowy z wykonawcą głównym. Dwa pisma zostały wystawione w dniu 7 czerwca 2011 r., jedno w dniu 8 czerwca 2011

r. i ostatnie w dniu 18 lipca 2011 r., z którego wynika, że występujące wady nie zostały usunięte przez wykonawcę w ustalonych terminach i w związku z tym nie zostało wystawione przez Inżyniera Kontraktu Świadczenie Wykonania dla zadania.

Odwołujący podniósł, że w siwz w tomie I, instrukcja dla wykonawców (IDW) w pkt 25, zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia oferty, wyłączając w ppkt 12 spod oceny - kosztorysy ofertowe w zakresie: omyłek w obliczeniu ceny, innych niż wynikające z dokumentacji i przedmiarów ilości materiałów i urządzeń, zastosowania innych niż w przedmiarach podstaw wyceny, przyjętych jednostek i ilości robót, pominięcia którejkolwiek pozycji przedmiaru.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący - wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu zamówienia, związany z możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy, w sytuacji gdy jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena, a oferta odwołującego zawiera najniższą cenę.

Izba podnosi, że należało wziąć pod uwagę przede wszystkim, że zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy, Izba związana jest granicami zarzutów zawartych w odwołaniu i w myśl § 34 ust. 1 pkt 4 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, zobowiązana do rozstrzygnięcia o żądaniach odwołującego.

Zatem, przedmiotem rozpoznania był zasadniczy zarzut odwołania, tj. naruszenie przez zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego w wyniku dokonania oceny wyjaśnień złożonych na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oraz czynność zamawiającego, jako skutek oceny wyjaśnień, wynikający z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty – pismo z dnia 28 czerwca 2011 r. Dalsze zarzuty to zaniechanie odrzucenia ofert pozostałych dwóch wykonawców – składającego ofertę wybraną i przystępującego do postępowania odwoławczego, z tych samych powodów, które dotyczą oferty odwołującego.

Odwołujący kwestionując odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy, jako oferty, co do której złożone wyjaśnienia, w ocenie zamawiającego, potwierdzają rażąco niską cenę, wskazał, że czynność zamawiającego rażąco narusza przepisy ustawy dotyczące oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców, a mianowicie art. 89 ust. 1 pkt 4 (przepis nie wskazany w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty), art. 90 ust. 3 i w związku z tym art. 7 ust. 1 ustawy przez uwzględnienie wyjaśnień dwóch wykonawców, które są znacznie zawężone w treści w stosunku do wyjaśnień odwołującego i uznanie wyjaśnień odwołującego za niewiarygodne.

W tym zakresie zarzut znalazł potwierdzenie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a nie do przedłożenia dowodów, co podnosił wielokrotnie zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (podobnie w wyroku Sąd Okręgowy w Poznaniu z dnia 12 czerwca 2008 r. sygn. akt X Ga 140/08 - sam fakt niezłączenia dowodów nie uprawniał zamawiającego do negatywnej oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień).

Przepis nie wskazuje na zakres wyjaśnień, jednakże w doktrynie i orzecznictwie jednoznacznie przyjmuje się, że zamawiający oczekując wyczerpujących wyjaśnień zobowiązany jest wskazać wątpliwe zakresy oferty. W jednym z ostatnich orzeczeń dotyczących obowiązku zamawiającego związanego z wezwaniem wykonawcy, Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10 zawarł akceptowane i adekwatne do rozpoznawanej sprawy rozstrzygnięcie, że o wezwaniu przesądzą uzasadnione wątpliwości zamawiającego, a pytanie skierowane do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, które podczas jej badania wzbudziły wątpliwości i co których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Powinnością wykonawcy w takiej sytuacji jest udzielenie wyjaśnień w zakresie okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny. Postępowanie z art. 90 ust. 1 ustawy ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy i ma na celu utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jednakże by te wątpliwości zostały rozwiane przez wykonawcę musi on wiedzieć, które elementy wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść wyjaśnienia.

Wezwanie w przedmiotowej sprawie - pismo z dnia 18 maja 2011 r. jest lakoniczne, stanowiące powtórzenie ostatniej części treści art. 90 ust. 1 ustawy i nie wskazuje żadnych wątpliwości zamawiającego.

Zamawiający nie podał w jakim zakresie domaga się wyjaśnień i do jakich kwestii wykonawca ma się ustosunkować. Tym samym zamawiający nie mógł oczekiwać, by wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia. Sąd wywodził w uzasadnieniu, że zamawiający nie może obarczyć wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, skoro nie skonkretyzował stopnia szczegółowości oczekiwanych wyjaśnień. Uznał, że nawet jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie pozwalały na rozwianie wątpliwości, to brak było przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do ich złożenia. Samo wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy nie przesądza o cenie rażąco niskiej. Stwierdził, że na zamawiającym spoczywa obowiązek obiektywnej oceny wyjaśnień oraz zgodnie z zasadą wynikającą z art. 6 k.c., ciężar dowodu w razie odrzucenia oferty.

Ponadto podniósł, że uzasadnienie czynności zamawiającego powinno w sposób bezsprzeczny wskazywać, że w konkretnym stanie faktycznym każdy podmiot uznałby taką cenę za rażąco niską. Tylko wówczas cel udzielenia wyjaśnień zostanie spełniony, a wybór oferty najkorzystniejszej nastąpi z zachowaniem zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba wskazuje, że decyzja zamawiającego powinna być uzasadniona pod względem faktycznym i prawnym, gdyż stanowi ona jedną z okoliczności mających wpływ na rozstrzygnięcie odwołania.

Należy podkreślić, że wyjaśnienia wykonawcy oceniane są przy uwzględnieniu przykładowych okoliczności, o których stanowi art. 90 ust. 2 ustawy.

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli wyjaśnienia wykonawcy z ewentualnie złożonymi dowodami potwierdzają rażąco niską cenę oferty.

Zamawiający nie podał skonkretyzowanych zarzutów w piśmie z dnia 28 czerwca 2011 r. wskazując przede wszystkim, że cena oferty na poziomie poniżej 60% w odniesieniu do przyjętego kryterium odrzucenia oferty, tj. kwoty podanej na otwarciu ofert, podlega odrzuceniu. Podniósł jedynie kwestię zysku i transportu sprzętu podając, że brak było możliwości zweryfikowania tej pozycji. Znaczną część zawiadomienia stanowiło zacytowane orzecznictwo KIO i sądowe.

Dopiero w postępowaniu odwoławczym wskazał trzy pozycje jednostkowe w kosztorysie ofertowym, które budziły jego wątpliwości. Przyznając jednocześnie, że gdyby odwołujący wyjaśnił właśnie te pozycje lub przedłożył dowody składane na rozprawie, mające znaczenie przy kalkulacji ceny oferty, wówczas ocena wyjaśnień byłaby odmienna.

Potwierdził się więc zarzut, w ocenie Izby, że decydującym czynnikiem odrzucenia oferty była przyjęta jako kryterium określona wielkość matematyczna, a nie analiza wyjaśnień z przełożeniem jej na cenę oferty. Zamawiający kilkakrotnie podkreślił w postępowaniu odwoławczym, że wyjaśnienia wykonawców, co do zasady, były na jednakowym poziomie, więc należy uznać, że niezasadne jest przyjęcie jednych wyjaśnień za wystarczające, a innych nie.

Stąd zdaniem Izby, ocena wyjaśnień dokonana przez zamawiającego nie stanowiła podstawy do przyjęcia, iż wykonawca potwierdził rażąco niską cenę oferty, gdy różnica w cenach ofert wynosi: odwołującego i przystępującego 5,31%, przystępującego i ABM SOLID S.A. 4,08%, odwołującego i ABM SOLID S.A. 9,10%.

W wyniku oceny materiału dowodowego ustalono ponad wszelką wątpliwość, że odniesieniem do poziomu ceny oferty nie może być cena podana przez zamawiającego na otwarciu ofert, jako wartość zamówienia (kosztorysu ofertowego) zwiększona o podatek od towarów i usług, z uwagi na jej nierealne oszacowanie.

Z pism inspektora nadzoru i projektanta załączonych do odpowiedzi na odwołanie jednoznacznie wynika, że właściwa cena zamówienia kształtuje się na poziomie połowy kwoty wskazanej przez zamawiającego.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy wynika, że odniesieniem dla ustalenia rażąco niskiej ceny oferty jest cena za cały przedmiot zamówienia. Jeżeli cena przedmiotu zamówienia

(wartość szacunkowa zwiększona o podatek od towarów i usług) ustalona jest niewłaściwie, wówczas badaną cenę należy odnieść do cen pozostałych ofert lub cen rynkowych.

Należy podnieść, że zgodnie z powyżej wskazanymi przepisami, w świetle ugruntowanego orzecznictwa, podstawą uznania rażąco niskiej ceny oferty nie mogą być ceny jednostkowe, co podnosił zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, wskazując na ceny w trzech pozycjach kosztorysu ofertowego.

W zakresie wątpliwości, co do ceny jako rażąco niskiej, badaniu podlega cena oferty, a nie poszczególne składniki tejże oferty. Odniesienie się do poszczególnych cen jednostkowych, czyli wyodrębnionych elementów nie stanowi o niewłaściwym sposobie obliczenia ceny oferty. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych ofert, nie jest dowodem, że oferta zawiera rażąco niską ceną. Konieczność odniesienia do ceny oferty, a nie do cen jednostkowych wynika z przywołanych wyżej przepisów ustawy, które zobowiązują zamawiającego do podjęcia określonych czynności związanych z oceną oferty (m.in. wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1055/10).

Izba podkreśla, że przedmiotem postępowania odwoławczego były wyłącznie zarzuty dotyczące oceny wyjaśnień odwołującego, której efekty zostały sformułowane w piśmie z dnia 28 czerwca 2011 r. W ocenie Izby, nie mogły być podstawą rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego dodatkowe okoliczności podnoszone w szerokim zakresie przez zamawiającego i przystępującego (włącznie z zarzutem czynu nieuczciwej konkurencji), czy okoliczności dotyczące wymagań podmiotowych wobec wykonawcy (materiał odnoszący się do podwykonawstwa Józefa Lisa Usługowy Zakład WOD-KAN-GAZ), warunków realizacji zamówienia (doświadczenie przy układaniu rur kamionkowych). Okoliczności te mają znaczenie i powinny być uwzględnione na etapie konstruowania siwz oraz w toku badania ofert.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, Izba uznała, że został wykazany zarzut dotyczący oceny wyjaśnień odwołującego i następstwa tej oceny, odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba nie przeprowadziła dowodów wnioskowanych przez odwołującego w zakresie porównania trzech ofert z kosztorysem inwestorskim, co miało potwierdzić zasadność żądania odrzucenia dwóch pozostałych ofert, wobec braku przedstawienia kosztorysu przez zamawiającego. Nie uwzględniła też wniosku odwołującego o odroczenie rozprawy z tego powodu, z uwagi na fakt, że w wyniku wykazania zasadności odwołania w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego i spowodowania przywrócenia jej do postępowania wraz z poddaniem ponownej ocenie na równi z

pozostałymi dwiema ofertami, cel odwołującego został osiągnięty. Ceny wskazanych dwóch ofert są cenami wyższymi od ceny oferty odwołującego, stąd należało uznać, że plasują się na dalszej pozycji w rankingu ofert.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: