

Sygn. akt: KIO 708/13

WYROK

z dnia 10 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 kwietnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum Firm : ANATEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Handlowa 6G i A..... C..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ANATEX” inż. A..... C..... z siedzibą w Białymstoku, ul. Handlowa 6G** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Białystok – Prezydenta Miasta Białystok, Urząd Miasta Białystok, ul. Słonimska 1**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego „BIRKBUD” A..... B..... i Wspólnicy Spółki Jawnej z siedzibą w Białymstoku, ul. Św. Mikołaja 1** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 708/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnić czynność odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum Firm : ANATEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Handlowa 6G i A..... C..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ANATEX” inż. A..... C..... z siedzibą w Białymstoku, ul. Handlowa 6G, powtórzyć czynność oceny ofert z udziałem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum Firm : ANATEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Handlowa 6G i A..... C..... prowadzącego

działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ANATEX” inż. A..... C..... z siedzibą w Białymstoku, ul. Handlowa 6G

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Białystok – Prezydenta Miasta Białystok, Urząd Miasta Białystok, ul. Słonimska 1 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum Firm : ANATEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Handlowa 6G i A..... C..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ANATEX” inż. A..... C..... z siedzibą w Białymstoku, ul. Handlowa 6G** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Miasta Białystok – Prezydenta Miasta Białystok, Urząd Miasta Białystok, ul. Słonimska 1** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum Firm : ANATEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Handlowa 6G i A..... C..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ANATEX” inż. A..... C..... z siedzibą w Białymstoku, ul. Handlowa 6G** kwotę 13 600 zł. 00 gr (słownie : trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu i zastępstwa prawnego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na budowę hali wielofunkcyjnej dla potrzeb Zespołu Szkół Mechanicznych Centrum Kształcenia Praktycznego nr 2 im. Św. Józefa w Białymstoku, ul. Broniewskiego 14 zostało wszczęte przez zamawiającego Miasto Białystok, ul. Słonimska 1 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 listopada 2011r. za numerem 2012-301311.

W dniu 22 marca 2013r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o wyborze wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego „BIRKBUD” A..... B..... i Wspólnicy Spółki Jawnej z siedzibą w Białymstoku, ul. Św. Mikołaja 1 – dalej przystępujący, oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum Firm : ANATEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Handlowa 6G i A..... C..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ANATEX” inż. A..... C..... z siedzibą w Białymstoku, ul. Handlowa 6G – dalej odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 – ze zm. – dalej ustawy) wskazując, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503) art. 15 ust. 1 pkt 1. W uzasadnieniu faktycznym podał, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zamawiający analizując złożone oferty stwierdził, iż wyceny niektórych elementów zamówienia określonych w zestawieniu są znacznie niższe od wycen tych elementów w pozostałych ofertach i wezwał odwołującego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie wyceny elementów zamówienia:

- dostawa, montaż i uruchomienie wyposażenia technologicznego z ceną netto 650 795,04 zł (cena niższa od następnej oferty o prawie 250 tys. zł),
- instalacje elektryczne z ceną netto 329 702,32 zł,
- instalacja co. i c.t. z ceną netto 101 672,96 zł,
- instalacja wod.-kan. z ceną netto 139 644,79 zł,
- wentylacja mechaniczna ceną netto 339 115,55 zł.

W wymaganym terminie tj. do dnia 06.03.2013 r. odwołujący udzielił odpowiedzi, w której nie wyjaśnił i nie uzasadnił zbyt niskiej ich wyceny. Odwołujący nie wykazał, czy wskazane przez zamawiającego pozycje uwzględniają wszystkie koszty niezbędne do właściwej i zgodnej z dokumentacją realizacji tych elementów zadania oraz nie przedstawił czynników mających wpływ na zbyt niską, w ocenie zamawiającego, kalkulację tych pozycji. Wyjaśnienia odwołującego, według zamawiającego, są enigmatyczne, niejednoznaczne, nie zawierają opisu sposobu, w jaki skalkulował on koszty wykonania każdego ze wskazanych elementów oferty. Odwołujący nie uzasadnił, zdaniem zamawiającego, bardzo niskiej wyceny wyszczególnionych elementów „zestawienia kosztów zadania”, nie przekonał zamawiającego, iż jego wycena jest rzetelna, a zamówienie wykona zgodnie z dokumentacją projektową, także w zakresie przyjętej w niej technologii. Działanie, polegające na zaniżeniu wyceny elementów przedmiotu zamówienia poniżej ich rzeczywistych kosztów, może uniemożliwić wybór ofert innych wykonawców, którzy podają ceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia funkcjonujące aktualnie w obrocie gospodarczym, dające gwarancję wykonania zamówienia w pełnym zakresie i zgodnie z dokumentacją projektową. Działanie odwołującego, polegające na manipulacji cenami, w celu uzyskania zamówienia i wyeliminowania innych wykonawców, którzy wycenili wartość zamówienia z uwzględnieniem realnych cen, zdaniem zamawiającego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W dniu 27 marca 2013r. odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętych przez zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy, poprzez uznanie, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł, że wadliwa czynność odrzucenia naszej oferty (Oferta Nr 7) narusza jego interes przez uniemożliwienie uzyskania przedmiotowego zamówienia - oferta odwołującego jest ofertą o najniższej cenie, a w postępowaniu zastosowano jako jedyne kryterium „cena ofertowa”.

Wskazał, że przedmiotowym postępowaniu zamawiający ustanowił wynagrodzenie ryczałtowe, zgodnie z postanowieniami Rozdz. IV pkt 5 SIWZ. Ponieważ czynności odrzucenia oferty odwołującego, a w następstwie tego wybór oferty najkorzystniejszej zostały dokonane niezgodnie z przepisami obowiązującego prawa, naruszając przepisy art.89 ust.1 pkt 3, art.90, art.7 ust.1 art.91 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, żądał:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- dokonanie powtórnej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego;
- dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

W trakcie badania ofert, zamawiający stwierdził, że wyceny niektórych elementów w „Zestawieniu kosztów zadania” sporządzonym przez odwołującego są niższe niż w

zestawieniach pozostałych uczestników postępowania. W związku z tym skierował do odwołującego w dniu 28 lutego 2013 r. wezwanie w trybie art.87 ust.1 ustawy zwracając się o uchylenie jego wątpliwości „czy te elementy zadania będą zrealizowane w pełnym zakresie i w pełnej zgodności z dokumentacją projektową ? Na powyższe wezwanie odwołujący we wskazanym terminie udzielił wyjaśnień potwierdzając, że wykona cały zakres robót, niezbędnych dla realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał również, że wykona wszystkie niezbędne roboty, bez względu na to czy zostały ujęte dokumentacją projektową i bez względu na to czy dokumentacja projektowa sporządzona jest poprawnie. Zresztą sam zamawiający w postanowieniach siwz wskazywał, że cena oferty stanowi będzie ryczałt, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych, a wykonawca nie będzie mógł żądać wyższego wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów tych robót i innych świadczeń (Rozdz. IV. pkt 5), a udostępnione przez zamawiającego przedmiary są wyłącznie dokumentem pomocniczym i wykonawca nie ma obowiązku korzystania z nich (Rozdz. IV. pkt 4) .

Wyjaśnienia odwołującego złożone trybie art.87 ust.1 ustawy zamawiający uznał za potwierdzenie faktu, że złożenie oferty świadczy o utrudnianiu przez odwołującego innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców!

Decyzja zamawiającego jest, w ocenie odwołującego, niewątpliwie nieuprawniona i wadliwa. O wadliwości podjętej decyzji, zdaniem odwołującego, świadczy nie tylko ocena stanu faktycznego ale także procedura postępowania zamawiającego.

Po pierwsze - zamawiający, zgodnie z określonymi przez siebie kryteriami i warunkami w siwz, zobowiązany był do dokonywania oceny oferty w odniesieniu do ceny ofertowej za całość zamówienia a nie za poszczególne elementy. W przedmiotowym przypadku przedmiotem zamówienia nie było zamówienie podzielne ani nie dopuszczono do składania ofert częściowych.

Po drugie - w przedmiotowym postępowaniu ustanowiono wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym. To znaczy, wykonawca określa z góry kwotę, za jaką zobowiązuje się wykonać przedmiotowe zamówienie. I tylko ta wartość bezwzględnie wiąże strony. Kalkulacje pośrednie, za poszczególne elementy, nie mają żadnego wpływu ani na zakres świadczenia - wykonawca zobowiązany jest do wykonania pełnego zakresu zamówienia, ani na wysokość wynagrodzenia - zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia równego cenie ofertowej.

Po trzecie - zamawiającego przekazując przedmiary robót jednoznacznie wskazał na ich pomocniczy charakter, wskazując wprost, iż wykonawcy nie mają obowiązku ich stosowania. Tak więc zamawiający dopuścił możliwość zastosowania indywidualnej metody sporządzania

kalkulacji i wyliczeniu poprzez składowe całościowej ceny ryczałtowej. Skoro zamawiający określił pomocniczy charakter przedmiaru i brak obowiązku korzystania z niego przy kalkulacji ceny, nie może więc dokonywać oceny wartości składowych ceny ryczałtowej poprzez porównywanie ich w odniesieniu do cen częściowych innych wykonawców.

Po czwarte - mając na uwadze stan faktyczny oraz powyższe okoliczności jasno wynika, że zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, że cena ofertowa odwołującego nie jest ceną rażąco niską, w rozumieniu przepisów art.90 ustawy Prawo zamówień publicznych (wezwanie skierował w trybie art.87 ust.1 a nie art.90 ust.1 ustawy). Ale konstatacja końcowa – odwołujący nie wie czemu - odnosi się do kosztów, co wprost wiąże się z ceną ofertową. Zdaniem odwołującego, trudno byłoby postawić taki zarzut, odnosząc się -jak formułuje zarzut zamawiający - do elementów ceny a nie ceny ofertowej, a także w sytuacji, gdy ceny ofertowe 8 (ośmiu) ofert, których ceny nie przekraczają kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia zawierają się w przedziale 87% - 98% tej kwoty, a cena ofertowa Odwołującego stanowi ok. 96% ceny oferty wskazanej jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe okoliczności odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania czynności jak w petitum pisma.

Na zakończenie odwołujący pragnie zwrócić uwagę, iż, nie jest to pierwsze postępowanie przetargowe prowadzone przez Urząd Miasta Białegostoku w którym złożył ofertę. Biorąc udział w innych postępowaniach przetargowych ogłaszanych przez tego zamawiającego kilkakrotnie realizował na jego rzecz zamówienia, które wykonane zostały zgodnie z warunkami zawartych umów.

W aspekcie zarzucanych w przedmiotowym postępowaniu czynów związanych z nieuczciwą konkurencją, jako pewna niekonsekwencję zamawiającego warto przytoczyć postępowanie przetargowe polegające na budowie Sali gimnastycznej przy Zespole Szkół nr 4 w Białymstoku przy ul. Dojlidy Górne 48, w którym to postępowaniu Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zadania przeznaczał kwotę 6.450.000,00 zł, natomiast najkorzystniejszą ofertę z ceną 4.499.618,10 zł złożyła firma ANATEX i zrealizowała przedmiot zamówienia z należytą starannością, w terminie przewidzianym umową. Zamawiający nie podnosił wówczas żadnych zastrzeżeń, ani też nie miał żadnych wątpliwości co do tego, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Poza tym, w aspekcie podobieństwa sytuacji i faktu złożenia przez odwołującego najkorzystniejszej oferty, jak również co niezwykle istotne dla oceny przedmiotowej kwestii - wiedzy zamawiającego o zrealizowaniu przedmiotu zamówienia w zaoferowanej cenie ryczałtowej, zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez oferenta nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika lidera konsorcjum działającego w imieniu lidera na podstawie uchwały Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników ANATEX sp. z

o.o. z dnia 5 lipca 2012r. nr 01/07/2012 zaś w imieniu partnera na podstawie pełnomocnictw konsorcjalnych z dnia 8 lutego 2013r. i 27 marca 2013r. udzielonych przez obu członków konsorcjum i podpisanych za lidera przez jego pełnomocnika, a za partnera przez właściciela firmy. Kopia została przekazana zamawiającemu na biuro podawcze w dniu 26 marca 2013r.

W dniu 27 marca 2013r. zamawiający poinformował pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29 marca 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego „BIRKBUD” A..... B..... i Wspólnicy Spółki Jawnej z siedzibą w Białymstoku, ul. Św. Mikołaja 1 wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało podpisane przez wspólnika spółki posiadającego prawo do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu bezpośrednio w dniu 28 marca 2013r., na dowód czego załączono odpisy zgłoszenia z prezentatami.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania ogłoszenia o zamówieniu, zmian ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, złożonych ofert, informacji o wyniku postępowania.

W rozdziale IV siwz zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny wskazując, że cena oferty powinna obejmować pełny zakres robót budowlanych określonych w rozdziale I SIWZ i uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową tj.

- 1) koszty wynikające z kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego,
- 2) inne koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia, w tym koszty organizacji placu budowy i przygotowania do odbioru końcowego (wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej w 3 egz., zapewnienie odpowiedniego zasilania energetycznego i w ciepło budynku, umożliwiających przeprowadzenie prób, badań i pomiarów po wykonaniu instalacji, wykonanie innych niezbędnych badań i pomiarów, dostarczenie certyfikatów, atestów, aprobat technicznych na wbudowane urządzenia i materiały, opracowanie świadectwa charakterystyki energetycznej budynku).

3) uwaga: koszty administracyjne za wycinkę drzew ponosi zamawiający (nie należy ich ujmować w cenie oferty).

Zamawiający będzie wymagał od wyłonionego wykonawcy, sporządzenia i złożenia, przed podpisaniem umowy, kosztorysu ofertowego uproszczonego (oddzielnie na poszczególne branże, z opisem pozycji, z obmiarem robót, ceną jednostkową pozycji, wartością pozycji, stawką roboczogodziny, procentowymi narzutami kosztów ogólnych, kosztów zakupu i zysku, tabelą elementów scalonych) jedynie w celu informacyjnym. Kosztorys ofertowy wykonawcy stanowi jedynie materiał pomocniczy do określenia wartości robót.

Ceny jednostkowe oraz wartość robót w poszczególnych pozycjach kosztorysu należy podać w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku.

Przedmiar robót, dołączony do siwz, jest wyłącznie dokumentem pomocniczym, z którego wykonawca może skorzystać, ale nie ma takiego obowiązku. Wykonawca winien zgłosić w trakcie postępowania przetargowego w formie pisemnej, wszelkie zauważone błędy, pomyłki w dokumentacji projektowej.

Cena oferty stanowić będzie ryczałtowe i ostateczne wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i Innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji. Wykonawca nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów tych robót i innych świadczeń.

Za ustalenie ilości robót i Innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie wykonawca,

W wyniku nieuwzględnienia okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia, wykonawca ponosić będzie skutki błędów w ofercie. Wykonawcy zaleca się bardzo szczegółowe zapoznanie się z przedmiotem zamówienia, sprawdzenie warunków jego wykonania oraz skalkulowanie ceny oferty z należytą starannością.

Cena ma być wyrażona w złotych polskich netto i brutto z uwzględnieniem należnego podatku VAT. Cenę oferty należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (zł/gr).

Jeżeli złożona zostanie oferta, której wybór prowadzi do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty, doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić, zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Dla porównania ofert zamawiający przyjmuje cenę brutto określoną w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ).

W rozdziale V siwz zamawiający wskazał, że do oferty należy dołączyć:

- 1) formularz ofertowy - (wg załączonego wzoru - załącznik nr 1 do SIWZ),
- 2) zestawienie kosztów zadania (wg załączonego wzoru - załącznik nr IA do SIWZ) - suma kosztów musi być zgodna z ceną ofertową brutto określoną w załączniku nr 1,
- 3) pełnomocnictwo - w przypadku, gdy oferta została podpisana przez pełnomocnika lub gdy oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 23 ustawy,
- 4) dowód wniesienia wadium w kwocie 100 000, 00 zł,
- 5) oświadczenia i dokumenty określone w rozdziałach VII i VIII SIWZ.

We wzorze umowy :

W § 1 wzoru umowy zamawiający wskazał, że przedmiotem niniejszej umowy jest wykonanie robót budowlanych, polegających na budowie hali wielofunkcyjnej dla potrzeb Zespołu Szkół Mechanicznych Centrum Kształcenia Praktycznego Nr 2 im. Św. Józefa w Białymstoku, ul. Broniewskiego 14 zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dostarczoną Wykonawcy dokumentacją projektową, złożoną ofertą przetargową, zestawieniem kosztów zadania i harmonogramem rzeczowo-finansowym robót, stanowiącymi integralną część niniejszej umowy. W § 4 wzoru umowy zamawiający określił, że wynagrodzenie jest ryczałtowe i nie będzie podlegać zmianom z zastrzeżeniem § 13 ust. 2 pkt 2) – 6) umowy.

Kosztorys ofertowy przedłożony przez wykonawcę przed zawarciem niniejszej umowy stanowi jedynie materiał pomocniczy do określenia wartości robót, nie służy natomiast do rozliczenia rzeczowego zakresu wykonanych robót w przypadku ewentualnego żądania przez wykonawcę dodatkowej zapłaty, jeżeli na etapie wykonawstwa wykonawca stwierdzi, że dokonał błędnego przedmiaru robót lub błędnie przyjął technologię robót. Wykonawca oświadcza, że wszelkie rozbieżności w dokumentacji zostały wyjaśnione i usunięte na etapie przeprowadzonego postępowania przetargowego.

W zestawieniu kosztów zadania, które należało załączyć do oferty, zamawiający kazał podać wartość brutto w poz. 2 instalacji elektrycznych, w tym: instalacji elektrycznych i niskoprądowych, w poz. 4 instalacje centralnego ogrzewania i ciepła technologicznego – budowę, w tym: instalacje co, ciepła technologicznego, w poz. 5 instalacje wodno-kanalizacyjną, c.c.w i sprężonego powietrza, w tym: instalacje wodociągową (zimna), instalacje cyrkulacji ciepłej wody, instalacje sprężonego powietrza, zaś w poz. 10 – 15 technologię dostawę, montaż i uruchomienie, w tym: Stację Kontroli Pojazdów wraz z pomieszczeniami diagnostów - wyposażenie "wymagające montażu", Myjnię, Lakiernię, Wulkanizację, Halę napraw.

Udzielone wyjaśnienia treści siwz nie dotyczyły i nie zmieniały charakteru wynagrodzenia oraz opisu sposobu obliczenia ceny i dokumentów lub oświadczeń załączanych w tym zakresie do ofert za wyjątkiem dodania w zestawieniu kosztów zadania w poz. 5 pkt. 5.4 – instalacja kanalizacji sanitarnej, 5.5 – instalacja kanalizacji technologicznej, 5.6 – instalacja kanalizacji deszczowej.

Podczas otwarcia ofert zamawiający postanowił przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 9 100 000zł.

W ofercie odwołującego na str. 1 zaoferowano wykonanie zamówienia za cenę 7 945 800,00 brutto.

W zestawieniu kosztów zadania na str. 3-4 oferty odwołującego podano wartość brutto w poz. 2 instalacji elektrycznych na kwotę 329 702, 32zł. w tym: instalacji elektrycznych - 209 355, 84zł. i niskoprądowych – 120 346, 48zł., w poz. 4 instalacje centralnego ogrzewania i ciepła technologicznego – budowę na kwotę – 101 672, 96, w tym: instalacje co – 62 050, 98zł., ciepła technologicznego – 39 621,98zł., w poz. 5 instalacje wodno-kanalizacyjną, c.c.w i sprężonego powietrza na kwotę 139 644,79zł., w tym: instalacje wodociągową (zimna) – 24 273,90zł., instalacje cyrkulacji ciepłej wody – 14 532,30zł., instalacje sprężonego powietrza – 58 353,89zł., instalacja kanalizacji sanitarnej – 23 648,81zł., instalacja kanalizacji technologicznej – 13 600, 61zł., instalacja kanalizacji deszczowej – 5 235,29zł., zaś w poz. 10 – 15 technologię dostawę, montaż i uruchomienie na kwotę 650 795,04zł., w tym: Stację Kontroli Pojazdów wraz z pomieszczeniami diagnostów - wyposażenie "wymagające montażu" – 163 671, 27zł., Myjnię – 27 005,00zł., lakiernię – 157 312,40zł., Wulkanizację – 54 945,00zł., Halę napraw – 247 861,37zł.

W dniu 15 lutego 2013r. do zamawiającego wpłynęło stanowisko przystępującego, który stwierdził w spornym zakresie, że oferta odwołującego powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przystępujący swoje stanowisko uzasadnił tym, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie przy założeniu spełnienia wymaganej przez zamawiającego jakości prac i materiałów. Wskazał na str. 4 zestawienia kosztów zadania w ofercie odwołującego i punkt Technologia – dostawa, montaż, uruchomienie na kwotę 650 795,04zł. W ocenie przystępującego tak cena jest nierealna, rażąco zaniżona w stosunku do rzeczywistej wartości wyposażenia technologicznego wskazanego w dokumentacji przetargowej, co zamawiający może z łatwością ustalić na podstawie wartości przyjętych do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Według przystępującego kwota z załącznika nr 1A do oferty odwołującego jest zaniżona o około 400 000 zł. netto, wskazana

różnica prowadzi do zaistnienia ceny rażąco niskiej uniemożliwiającej prawidłowe wykonanie zamówienia.

Zamawiający w dniu 28 lutego 2013r. zwrócił się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie wyceny następujących elementów zamówienia:

- dostawa, montaż i uruchomienie wyposażenia technologicznego z ceną netto 650 795,04 zł (cena niższa od następnej oferty o prawie 250 tys. zł),
- instalacje elektryczne z ceną netto 329 702,32 zł,
- instalacja co. i c.t. z ceną netto 101 672,96 zł,
- instalacja wod.-kan. z ceną netto 139 644,79 zł,
- wentylacja mechaniczna ceną netto 339 115,55 zł.

Po przeanalizowaniu wszystkich złożonych ofert pod względem wyceny elementów budowy hali wielofunkcyjnej sporządzonej wg załącznika 1A do siwz Zestawienie kosztów zadania zamawiający stwierdził, że ww. elementy zamówienia są w ofercie odwołującego znacznie niżej wycenione niż w kosztorysach inwestorskich oraz w zestawieniach pozostałych uczestników postępowania (różnica wynosi kilkadziesiąt lub nawet sto pięćdziesiąt tysięcy złotych jak w przypadku instalacji elektrycznych), co budzi wątpliwość czy te elementy zadania będą zrealizowane w pełnym zakresie i w pełnej zgodności z dokumentacją projektową.

W dniu 6 marca 2013r. odwołujący wyjaśnił:

1. umowa jaka została załączona do siwz i jaka zostanie podpisana z wykonawcą zadania inwestycyjnego ma charakter ryczałtowy u tylko w aspekcie ceny ryczałtowej uzasadnionym jest dokonywanie oceny oferty wykonawcy, a nie wybiórczo w odniesieniu do kilku wybranych elementów składowych tej oferty,
2. cena ryczałtowa zaoferowana przez odwołującego nie odbiega w sposób rażący i od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu przetargowym,
3. wszystkie elementy zadania (w tym wymienione przez zamawiającego: dostawa, montaż, uruchomienie wyposażenia technologicznego, instalacje elektryczne, instalacje co i c.t., instalacje wod.-kan. oraz wentylacja mechaniczna) w przypadku powierzenia odwołującemu i podpisania z odwołującym umowy będą zrealizowane w pełnym zakresie.
4. Odwołujący sporządził ofertę w oparciu o swoją najlepszą wiedzę
5. W trakcie przygotowywania oferty nie dysponował materiałem jakim są kosztorysy inwestorskie, dlatego też nie potrafi dokonać oceny poprawności sporządzenia kosztorysów inwestorskich i tym bardziej nie jest w stanie dokonać porównania swojej oferty z kosztorysami inwestorskimi, którymi dysponuje inwestor.

W dniu 6 marca 2013r. odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 8 kwietnia 2013r.

W aktach znajduje się korespondencja z FBD D..... G..... i B..... G..... spółki jawnej z siedzibą w Chorzowie, z której wynika, że firma ta jako wyłączny na Polskę dystrybutor kabin lakierniczych Saima Meccanica SpA złożyła ofertę m. in. odwołującemu i przystępującemu z taką samą ofertą cenową i określeniem maksymalnego rabatu tj. cen katalogowych pomniejszonych o 5%, w załączeniu złożono katalog urządzeń Saima.

W aktach znajduje się korespondencja z MAHA Polska sp. z o.o. z której wynika, że firma ta złożyła ofertę m. in. odwołującemu i przystępującemu z taką samą ofertą cenową i z określeniem aktualnego ostatecznego rabatu na 20%, w załączeniu złożono katalog urządzeń Maha.

Zamawiający na rozprawie oświadczył do protokołu, że :

„Zamawiający potwierdza, że trudno jest porównywać ceny przy braku kosztorysu za instalację elektryczną, c.o i c.t, wod – kan i wentylacji mechanicznej ale można porównać ceny dot. lakierni, hali napraw i stacji kontroli.”

Izba zbadała ceny zaoferowane przez wszystkich wykonawców w zakresie Stacji Kontroli Pojazdów, Lakierni i Hali Napraw i ustaliła, że:

- oferta nr 1 POLBUD SA zaoferowano realizację Stacji Kontroli Pojazdów za cenę 306 387,80zł., Lakierni – 270 935,45zł. i Hali Napraw – 371 210,80zł.
- oferta nr 2 Konsorcjum Doren sp. z o.o. i TKM Budownictwo sp. z o.o. zaoferowano realizację Stacji Kontroli Pojazdów za cenę 205 240,75zł., Lakierni – 68 413,58zł. i Hali Napraw – 429 139,75zł.
- oferta nr 3 Akcess S..... i Wspólnicy sp. j. zaoferowano realizację Stacji Kontroli Pojazdów za cenę 194 840,28, Lakierni – 289 785,58zł. i Hali Napraw – 380 818,00zł.
- oferta nr 4 DARTOM s.c. zaoferowano realizację Stacji Kontroli Pojazdów za cenę 200 000zł., Lakierni – 260 000zł. i Hali Napraw – 330 000zł.
- oferta nr 5 BIRKBUD sp. j zaoferowano realizację Stacji Kontroli Pojazdów za cenę 244 477,50zł., Lakierni – 280 936,19zł. i Hali Napraw – 412 610,80zł.
- oferta nr 6 FADBET S.A. zaoferowano realizację Stacji Kontroli Pojazdów za cenę 218 405,98zł., Lakierni – 242 736,70zł. i Hali Napraw – 359 399,45zł.
- oferta nr 7 odwołującego zaoferowano realizację Stacji Kontroli Pojazdów za cenę 163 671,27zł., Lakierni – 157 312,40zł. i Hali Napraw – 247 861, 37zł.
- oferta nr 8 RODEX sp. z o.o. zaoferowano realizację Stacji Kontroli Pojazdów za cenę 248 000zł., Lakierni – 210 000zł. i Hali Napraw – 396 000zł.

- oferta nr 9 ASKO SA zaoferowano realizację Stacji Kontroli Pojazdów za cenę 158 000zł., Lakierni – 295 500zł. i Hali Napraw – 442 000zł.

- oferta nr 10 G..... Budownictwo zaoferowano realizację Stacji Kontroli Pojazdów za cenę 90 000zł., Lakierni – 140 000zł. i Hali Napraw – 203 000zł.

- oferta nr 11 MARK-BUD sp. z o.o. zaoferowano realizację Stacji Kontroli Pojazdów za cenę 234 958,00zł., Lakierni – 267 960,00zł. i Hali Napraw – 382 126,00zł.

Według obliczeń zamawiającego z cen zaoferowanych przez dostawców MAHA i FBD wynika, że cena Stacji Kontroli pojazdów powinna wynosić 291 692,40zł., Lakierni – 297 336,19zł., Hali Napraw – 401 591,20zł.

Z informacji o wyniku postępowania wynika, że wykonawcy POLBUD SA., Konsorcjum DOREN sp. z o.o. i TKM Budownictwo sp. z o.o., FADBET SA, RODEX sp. z o.o., ASKO SA., G..... Budownictwo, MARK-BUD sp. z o.o. zostali wykluczeni na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z uwagi na niewniesienie wadium, a ASKO SA i G..... Budownictwo byłiby także odrzuceni na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na załączenie niezmodyfikowanego załącznika nr 1A. Oferta Akcess S..... i Wspólnicy sp. j. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy na zaoferowanie rozwiązań nie równoważnych rozwiązaniom opisanym w siwz.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która gdyby nie została odrzucona byłaby ofertą z najniższą ceną spośród pozostałych nie odrzuconych ofert. Odwołanie zmierza do przywrócenia oferty odwołującego do postępowania i umożliwienia mu uzyskania zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 3, art.90, art.7 ust.1 art.91 ust.1 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego i wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w uzasadnieniu prawnym odrzucenia oferty odwołującego wprost wskazał, że odrzucenia oferty odwołującego upatruje w tym, że

złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy tj., że jej złożenie utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W uzasadnieniu faktycznym zamawiający jako elementy oferty wskazujące na świadczenie usług poniżej kosztów wytworzenia lub odsprzedaż poniżej kosztów zakupu podawał koszty :

- dostawy, montażu i uruchomienia wyposażenia technologicznego z ceną netto 650 795,04 zł,
- instalacji elektryczne z ceną netto 329 702,32 zł,
- instalacji co. i c.t. z ceną netto 101 672,96 zł,
- instalacji wod.-kan. z ceną netto 139 644,79 zł,
- wentylacji mechaniczna ceną netto 339 115,55 zł.

Na rozprawie przyznał, że udowodnienie, że koszty instalacji i wentylacji są poniżej kosztów wytworzenia bez kosztorysu ofertowego jest niemożliwe. Podniósł, że inna sytuacja jest w przypadku dostawy, montażu i uruchomienia wyposażenia technologicznego, gdyż je oferuje na rynku polskim tylko dwóch dostawców, a ci jak wynika ze złożonych zamawiającemu oświadczeń wszystkim wykonawcom, w tym odwołującemu i przystępującemu, oferowali te same ceny i rabaty. W ocenie Izby, aby zamawiający był uprawniony do wyeliminowania z postępowania oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy musi wykazać (udowodnić), że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający określił w informacji o wyniku postępowania konkretny typ czynu nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 1 znk), tym samym Izba wbrew stanowisku przystępującego, nie mogła bez naruszenia art. 192 ust. 7 ustawy, podjąć rozważań, czy złożenie oferty przez odwołującego mogło stanowić inny niż wskazany przez zamawiającego czyn (art. 3 ust. 1 znk). Zauważyć przy tym należy także, że o ile czyn zostanie zakwalifikowany na podstawie art. 15 znk, to nie może dojść do kumulatywnego zastosowania w stosunku do niego także art. 3 ust. 1 znk. Takie stanowisko podziela Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 16 lutego 2012r. sygn. akt KIO 706/11. Skoro zamawiający przypisał faktowi złożenia oferty przez odwołującego charakter czynu z art. 15 ust. 1 pkt 1 znk to powinien był wykazać zaistnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w tym przepisie tj. :

- uprawdopodobnić utrudnienie dostępu innym przedsiębiorcom do rynku,
- udowodnić sprzedaż, odsprzedaż, świadczenie poniżej kosztów wytworzenia, lub zakupu
- udowodnić, że taka sprzedaż, odsprzedaż, świadczenie jest dokonywane w celu wyeliminowania innych przedsiębiorców.

W ocenie Izby zamawiający zdołał jedynie wykazać pierwszą z przesłanek tj. uprawdopodobnić utrudnienie dostępu innym przedsiębiorcom do rynku. W tym zakresie Izba

podziela i przyjmuje za własne stanowisko SN wyrażone w wyroku I CSK 147/12 z dnia 15 października 2012r. Fakt uprawdopodobnienia utrudnienia dostępu do rynku nie daje jeszcze podstaw do przyjęcia, że doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, to na zamawiającym dokonującym wyeliminowania z postępowania oferty ciąży obowiązek wykazania, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji tj., że wykonawca w tej ofercie zaoferował świadczenie usług i sprzedaż towarów poniżej kosztów wytworzenia i odsprzedaż towarów poniżej kosztów ich zakupu i, że celem złożenia oferty było wyłącznie wyeliminowanie innych przedsiębiorców z rynku. Sam zamawiający przyznał na rozprawie, że nie ma możliwości dowiedzenia, że ceny instalacji elektrycznej, co i c.t., wod-kan i wentylacji mechanicznej zostały zaniżone poniżej kosztów zakupu i wytworzenia. Tym samym podstawą uznania oferty za czyn nieuczciwej konkurencji mogły być wyłącznie ceny zaoferowane za poz. 10 – 15 zestawienia kosztów zadania – załącznik nr 1A do siwz. W ocenie Izby przedstawione przez zamawiającego dowody w postaci korespondencji z firmą FBD i MAHA Polska jedynie uprawdopodobniają, że mogło dojść do zaoferowania towarów poniżej kosztów ich zakupu, co do urządzeń produkowanych przez firmę SAIMA Meccanica SpA i MAHA, a więc Stacji Kontroli pojazdów, Lakierni i Hali Napraw. Co więcej w przypadku produktów firmy Maha brak jest dowodu, że produkty ten mogą być oferowane na rynku polskim wyłącznie przez firmę MAHA Polska i że nie ma możliwości ich nabycia z zastosowaniem innych rabatów od innych firm. Ponadto w aktach postępowania znajdują się oferty, w których zaoferowano wykonanie Stacji Kontroli Pojazdów, Lakierni i Hali Napraw za ceny w tych pozycjach niższe niż zaoferowane przez odwołującego i w przypadku Stacji Kontroli Pojazdów były to oferty ASKO SA i G..... Budownictwo, co do Lakierni Konsorcjum Doren i TKM Budownictwo i G..... Budownictwo, a w przypadku Hali Napraw – G..... Budownictwo. Ceny całkowite tych trzech ofert były wyższe niż cena zaoferowana przez odwołującego i wyższe niż cena całkowita oferty przystępującego. Zamawiający nie wzywał tych wykonawców (w przeciwieństwie do odwołującego) do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, mimo, że w dacie 28 lutego 2013r. (data skierowania wezwania do odwołującego) oferty te były zabezpieczone pierwotnym wadium (aż do 8 marca 2013r), a zamawiający nie podjął jeszcze decyzji co do wykluczenia tych wykonawców lub odrzucenia ich ofert. Stanowisko zamawiającego jest zatem nie konsekwentne i nielogiczne. Z jednej strony zamawiający twierdzi bowiem, że nie jest możliwy zakup wymaganych przez niego urządzeń za cenę zaoferowaną przez odwołującego, a z drugiej nie kwestionuje w analogicznych pozycjach zestawienia kosztów zadania cen zaoferowanych przez ASKO SA, G.....

Budownictwo i Konsorcjum Doren i TKM Budownictwo, mimo, że są one jeszcze niższe od cen zaoferowanych przez odwołującego. Ceny tych wykonawców nie powodują u zamawiającego potrzeby wyjaśnienia treści złożonych przez tych wykonawców ofert. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na uznanie, że zamawiający

udowodnił, że zaoferowane przez odwołującego ceny są cenami poniżej kosztów wytworzenia czy zakupu. W ocenie Izby nie została przez zamawiającego udowodniona także trzecia z przesłanek art. 15 ust. 1 pkt 1 znk tj. to, że zniżenie cen ma na celu eliminację innych przedsiębiorców z rynku, w tym przypadku innych wykonawców z rynku wyznaczonego przez przedmiotowe zamówienie publiczne. Użyte przez ustawodawcę w art. 15 ust. 1 pkt 1 znk sformułowanie „w celu” w ocenie Izby wskazuje, że czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 znk musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej. Wykonawcy zatem powinny być wykazane, że zniżenia ceny dokonał celowo i z zamiarem wyeliminowania innych wykonawców. W ocenie Izby tej przesłanki zamawiający nie udowodnił. Oferta odwołującego nie odbiega w cenie całkowitej w sposób znaczący od innych wykonawców, zatem zniżenie ceny w poz. 10- 15 zestawienia kosztów zadania nie dało odwołującemu takiej przewagi konkurencyjnej, która gwarantowałaby mu wyeliminowanie pozostałych wykonawców. Ponadto przystępujący wspierający zamawiającego podał wiarygodny powód, którym przy kształtowaniu ceny mógł się kierować odwołujący, czyli zapewnienie sobie wyższego finansowania na początku inwestycji. Tym samym cel wyeliminowania konkurencji nie musiał być jedynym możliwym motywem działania odwołującego, a zamawiający nie udowodnił tego ponad wszelką wątpliwość. Nadto jak wynika ze złożonych w postępowaniu ofert sam fakt zaoferowania tanio wykonania Stacji Kontroli Pojazdów, Lakierni i Hali Napraw nie daje wykonawcom takiej przewagi konkurencyjnej, która eliminuje pozostałych wykonawców, czego przykładem są oferty złożone przez ASKO SA, G..... Budownictwo i Konsorcjum Doren i TKM Budownictwo. W przypadku tych wykonawców obniżenie kosztów w pozycjach: Stacja Kontroli Pojazdów, Lakiernia i Hala Napraw niżej nawet niż odwołujący nie dawało im szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i pozbawienie tej szansy konkurentów. W tej sytuacji teza zamawiającego, że sam fakt zniżenia cen w poz. Stacji Kontroli Pojazdów, Lakierni i Hali Napraw powoduje manipulowanie cenami zmierzające do wyeliminowania konkurencji, nie może się ostać. Izba uznała zatem, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy naruszył ten przepis przez jego zastosowanie w sytuacji braku podstaw do przyjęcia, że złożenie oferty przez odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 znk.

W ocenie Izby zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy w sytuacji gdy dokonał odrzucenia oferty odwołującego jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji pomimo tego, że nie dysponował dowodami uzasadniającymi takie twierdzenie. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy było także wzywanie jedynie odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy treści złożonej oferty w zakresie elementów kosztowych – dostawy, montażu i uruchomienia wyposażenia technologicznego podczas gdy

w identycznej sytuacji faktycznej złożyli oferty wykonawcy ASKO SA, Gryc Budownictwo i Konsorcjum Doren – TKM Budownictwo, a do tych wykonawców wezwań nie skierowano.

Wobec faktu, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez jego zastosowanie wobec oferty odwołującego, potwierdził się także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, gdyż dokonany przez zamawiającego wybór nie był wyborem dokonany wśród wszystkich ofert, które zamawiający powinien był poddać ocenie, zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert.

Izba nie podzieliła natomiast zarzutu naruszenia art. 90 ustawy. Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, co potwierdził wprost na rozprawie. Zamawiający zatem nie był zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 ustawy. Tym samym, w ocenie Izby do naruszenia tego przepisu nie doszło.

Mając na uwadze to, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 91 ust. 1 ustawy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit b i § 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) zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczzonego wpisu oraz zwrot kosztów zastępstwa prawnego na posiedzeniu i rozprawie przed Izbą, zgodnie z przedłożoną przez odwołującego fakturą, ograniczając tę kwotę do wysokości maksymalnej dopuszczonej przez cyt. rozporządzenie.

Przewodniczący:

.....