

Sygn. akt KIO/UZP 66/08

**WYROK\***  
**z dnia 13 lutego 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Agnieszka Trojanowska**

**Członkowie:** **Ryszard Tetzlaff**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant:** **Lidia Ziółkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum ZPHU „Polmet” Henryk Kinder Zakład Pracy Chronionej i PPHU „Dumał” J.B. Dudek spółka jawna, Zakłady Metalowe „Siwek” Henryk Siwek z siedzibą w Stargardzie Gdańskim, ul. B-pa Kraciskiego 7 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębskiej Spółki Węglowej Zakładu Logistyki Materiałowej w Jastrzębiu Zdroju, ul. Armii Krajowej 1** protestu z dnia 2 stycznia 2008r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **Metal Holding sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, ul. Antonio Gaudiego 6** po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1 oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum ZPHU „Polmet” Henryk Kinder Zakład Pracy Chronionej i PPHU „Dumat” J.B. Dudek spółka jawna, Zakłady Metalowe „Siwek” Henryk Siwek z siedzibą w Stargardzie Gdańskim, ul. B-pa Kraciskiego 7**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4.064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum ZPHU „Polmet” Henryk Kinder Zakład Pracy Chronionej i PPHU „Dumat” J.B. Dudek spółka jawna, Zakłady Metalowe „Siwek” Henryk Siwek z siedzibą w Stargardzie Gdańskim, ul. B-pa Kraciskiego 7**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 868 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt osiem złotych) przez **Konsorcjum ZPHU „Polmet” Henryk Kinder Zakład Pracy Chronionej i PPHU „Dumat” J.B. Dudek spółka jawna, Zakłady Metalowe „Siwek” Henryk Siwek z siedzibą w Stargardzie Gdańskim, ul. B-pa Kraciskiego 7** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej Zakładu Logistyki Materiałowej w Jastrzębiu Zdroju, ul. Armii Krajowej 1**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów zastępstwa prawnego, zwrotu kosztów podróży służbowej,
- 3) dokonać wpłaty kwoty ..... zł ... gr (słownie:.....) przez ..... na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum ZPHU „Polmet” Henryk Kinder Zakład Pracy Chronionej i PPHU „Dumat” J.B. Dudek spółka jawna, Zakłady Metalowe „Siwek” Henryk Siwek z siedzibą w Stargardzie Gdańskim, ul. B-pa Kraciskiego 7**

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego z aukcją elektroniczną na zakup dla kopalń Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. siatek okładzinowych zgrzewanych zaczepowych lekkich i ciężkich obejmujących zadania 1 i 2 w łącznej ilości 1 907 000 sztuk z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy wszczęła Jastrzębska Spółka Węglowa Zakład Logistyki Materiałowej w Jastrzębiu Zdroju, ul. Armii Krajowej 1 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 listopada 2007r. za numerem 2007/S 216-262948.

W dniu 28 grudnia 2007r. Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej następujących wykonawców :

1. w ramach wykazu 1 :

- a) Metal Holding sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, ul. Antonio Gaudiego 6, który oferując cenę 1 003 071,80zł. zajmował przed aukcją 1 miejsce w rankingu ofert,
- b) Konsorcjum ZPHU „Polmet” Henryk Kinder Zakład Pracy Chronionej i PPHU „Dumat” J.B. Dudek spółka jawna, Zakłady Metalowe „Siwek” Henryk Siwek z siedzibą (według Lidera) w Stargardzie Gdańskim, ul. B-pa Kraciskiego 7, który oferując cenę 1 101 123,20zł. zajmował przed aukcją 2 miejsce w rankingu ofert,
- c) Carbomet” sp. z o.o. z siedzibą w Bogdance, ul. Górnicza 45, który oferując cenę 1 144262,40zł. zajmował przed aukcją 3 miejsce w rankingu ofert,
- d) Konsorcjum Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Dremex” sp. z o.o. z siedzibą (według Lidera) w Katowicach, ul. J. Lompy 14, który oferując cenę 1 166 027,20zł. zajmował przed aukcją 4 miejsce w rankingu ofert

2. w ramach wykazu 2 :

- a) Metal Holding sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, ul. Antonio Gaudiego 6, który oferując cenę 7 106 353,60zł. zajmował przed aukcją 1 miejsce w rankingu ofert,
- b) Konsorcjum ZPHU „Polmet” Henryk Kinder Zakład Pracy Chronionej i PPHU „Dumat” J.B. Dudek spółka jawna, Zakłady Metalowe „Siwek” Henryk Siwek z siedzibą (według Lidera) w Stargardzie Gdańskim, ul. B-pa Kraciskiego 7, który oferując cenę 8 984 848,60zł. zajmował przed aukcją 2 miejsce w rankingu ofert,
- c) „Carbomet” sp. z o.o. z siedzibą w Bogdance, ul. Górnicza 45, który oferując cenę 9 947 575,00zł. zajmował przed aukcją 3 miejsce w rankingu ofert,

- d) Konsorcjum Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Dremex” sp. z o.o. z siedzibą (według Lidera) w Katowicach, ul. J. Lompy 14, który oferując cenę 10 331 777,40zł. zajmował przed aukcją 4 miejsce w rankingu ofert,
- e) PPU „Constal” Zakład Pracy Chronionej Andrzej Konieczka z siedzibą w Zblewowie, ul. Kościerska 18, który zaoferował cenę 12 941 272,00zł. zajmował przed aukcją 5 miejsce w rankingu ofert.

O fakcie dopuszczenia do aukcji elektronicznej wykonawcy Metal Holding sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach Zamawiający powiadomił wykonawców faksem z dnia 2 stycznia 2008r. Na czynność zaproszenia do aukcji elektronicznej w dniu 2 stycznia 2008r. faksem, a w dniu 3 stycznia 2007r. pisemnie (pismo datowane na 28 grudnia 2007r.) wniosło protest Konsorcjum ZPHU „Polmet” Henryk Kinder Zakład Pracy Chronionej i PPHU „Dumat” J.B. Dudek spółka jawna, Zakłady Metalowe „Siwek” Henryk Siwek z siedzibą (według Lidera) w Stargardzie Gdańskim, ul. B-pa Kraciskiego 7, zwane dalej Odwołującym, zarzucając Zamawiającemu, że przez zaniechanie odrzucenia Metal Holding sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, ul. Antonio Gaudiego 6, zwanego dalej Metal Holding i dopuszczenie go do udziału w aukcji elektronicznej naruszył przepisy art. 7, art. 89 ust.1 pkt 2, 3, 4, oraz art. 90 ust. 1 i 3 i art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. DZ. U. Z 2007 nr 223 poz. 1655) zwanej dalej ustawą. Do naruszenia powyższych przepisów doszło, zdaniem Odwołującego, poprzez :

- zaniechanie odrzucenia oferty Metal Holding mimo sprzeczności treści oferty Metal Holding z treścią SIWZ. Zgodnie z pkt. II ppkt. 2.1.5. lit. e SIWZ Zamawiający wymagał, aby moment zginający dla siatek okładzinowych zgrzewanych zaczepowych ciężkich L-790, L-970, L-990, L-1190 był nie mniejszy niż 8 kNm, a wytrzymałość zgrzelin na ścinanie powyżej 7,8 kN, natomiast z załączonego do oferty Metal Holding raportu z badań siatek – str. 78-98 wynika, że dla siatki wykonanej z pręta podłużnego o średnicy 6,6 i poprzecznego o średnicy 4,6 moment zginający przy ugięciu  $\mu = 100$  mm wyniósł 7,23 kNm (strona 91 oferty), a podczas kolejnej próby takich prętów 7,20 kN. Oznacza to, że Metal Holding nie spełnia wymagań przedmiotowych postawionych przez Zamawiającego i z tego względu jego oferta powinna ulec odrzuceniu.
- zaniechanie wyjaśnień, co do ceny oferty Metal Holding, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Metal Holding mimo, że jego oferta jest ofertą z rażąco niską ceną. Na podstawie danych pozyskanych z oferty Metal Holding Odwołujący podnosi, że Metal Holding zaniżył wagi minimalne prętów, z których wykonane są siatki, a w konsekwencji zaniżył cenę. Odwołujący dokonał w proteście szczegółowych obliczeń i ustalił jego zdaniem prawidłowe wagi minimalne, a następnie ceny za 1 kg wyrobu i porównał tę cenę z bieżącą ceną walcówki w

polskich hutach. Według tych obliczeń stwierdził, że różnica pomiędzy ceną zakupu surowców, a ceną sprzedaży wynosi w zależności od siatki od 0,05zł./kg do 0,12zł./kg. Poza kosztami zakupu surowców, wykonawca miał ponieść koszty transportu, płace, koszty energii itp., a przy tak ukształtowanych cenach nie mógł osiągnąć zysku. Cena zaoferowana przez Metal Holding była o połowę niższa niż wyszacowana przez Zamawiającego.

- zaniechanie odrzucenia oferty Metal Holding, mimo że jego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i narusza art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) to jest utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.
- zaproszenie Metal Holding do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo tego, że jego oferta powinna być odrzucona.

Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przywołał stanowisko Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003r. oraz orzecznictwo Zespołów Arbitrów. Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności zaproszenia Metal Holding do udziału w aukcji elektronicznej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Metal Holding i zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu w dniu 4 stycznia 2007r. i wezwał ich do przystąpienia do postępowania protestacyjnego. W dniu 7 stycznia 2007r. do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego przystąpił Metal Holding, tego samego dnia przesyłając faksem kopię przystąpienia Odwołującemu i wnosząc o oddalenie protestu w całości podnosząc jednocześnie, że treść jego oferty jest zgodna z treścią SIWZ, gdyż Metal Holding jest dostawcą znacznych ilości takich samych siatek do Zamawiającego na podstawie innych postępowań. Te dostawy są wrywkowo poddawane sprawdzeniu przez Zamawiającego i weryfikowane przez instytucję badawczą i wyniki tych badań oraz załączona dokumentacja techniczno-ruchowa potwierdza w pełni zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zarzut złożenia oferty z rażąco niską ceną jest także nietrafny, gdyż oparty jedynie na subiektywnej wiedzy Odwołującego. Na podstawie cen jakie Odwołujący oferuje, jego warunkach produkcyjnych i możliwościach zaopatrzeniowych nie można porównywać oferty innego wykonawcy. O ile cena oferty Metal Holding była ukształtowana na poziomie 51% wartości szacunkowej zamówienia, to cena Odwołującego stanowiła tylko 64% tej

wartości i nie stanowi to dowodu na złożenie oferty z rażąco niską ceną, bo wykonawcy nie znają metod obliczania wartości szacunkowej przez Zamawiającego. Gdyby Zamawiający miał wątpliwości co do rzetelności obliczenia ceny oferty Metal Holding, to mógł zastosować tryb ustawy wyjaśnienia złożonej oferty.

8 stycznia 2008r. do postępowania protestacyjnego po stronie Odwołującego przystąpili Carbomet sp. z o.o. z Puchaczowa i Konsorcjum Centrala Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. i P.W. Dremex sp. z o.o. z Jastrzębia Zdroju żądając uwzględnienia protestu oraz wykazując swój interes prawny.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 9 stycznia 2008r. (wpływ do Odwołującego 11 stycznia 2008r. faksem, a 14 stycznia 2008r. pisemnie) i oddalił protest w całości. Zamawiający podniósł, że cena oferowana przez Metal Holding w nieznacznym tylko stopniu odbiega od wyliczenia nakładów i kosztów dostarczania przedmiotu zamówienia przedstawionych w ofercie Odwołującego. Wedle Zamawiającego o rażąco niskiej cenie można mówić jedynie, gdy cena jest niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a cena Metal Holding taka nie jest. Ponadto Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie miał interesu prawnego we wniesieniu protestu, gdyż okoliczność zaproszenia Metal Holding do udziału w aukcji elektronicznej nie przekreśla możliwości wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w wyniku aukcji. Naruszenie interesu prawnego Odwołującego ma charakter przyszły, ewentualny i hipotetyczny i nie powinno korzystać z ochrony, a sam protest jest przynajmniej przedwczesny.

W dniu 15 stycznia 2008r. za pośrednictwem operatora publicznego (pismo datowane na 14 stycznia 2007r.) Odwołujący wniósł odwołanie podtrzymując wszystkie zarzuty i wnioski podniesione w proteście. Kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu w dniu 15 stycznia 2008r.

W dniu 30 stycznia 2008r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Metal Holding wnosząc o oddalenie odwołania. Podzielił stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący nie miał interesu prawnego we wniesieniu tak protestu jak i odwołania, gdyż nie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej. Podniósł ponadto, że szczegółowe wyliczenia wag minimalnych i maksymalnych siatek zawarł na stronach 165 – 170 i wyliczenia te są w pełni prawidłowe i potwierdzone przez jednostkę naukowo-badawczą – Politechnikę Śląską. Przywoływany przez Odwołującego raport badania siatek ze stron 78-98 oferty Metal Holding dotyczy siatek okładzinowych zgrzewanych zaczepowych typu BA lekka. Dla siatek okładzinowych zgrzewanych zaczepowych lekkich Zamawiający zawarł w pkt. II ppkt. 2.1.5 lit. d wymóg aby moment zginający był nie mniejszy niż 6 kNm, a wytrzymałość na zgrzein na ścinanie powyżej 7,8 l zgodnie z tym wymogiem siatki Metal Holding spełniają warunek Zamawiającego. Wymogi dla

siatek okładzinowych zgrzewanych zaczepowych ciężkich potwierdza raport ze stron 140-161 i w pełni potwierdza on wymogi Zamawiającego. W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny podtrzymał swoje uprzednie stanowisko i wskazał, że wyliczenia Odwołującego są nie do przyjęcia ze względu na brak określenia błędu pomiaru. Pręt ryflowany o tej samej średnicy nominalnej może mieć różną masę jednostkową ze względu na wiele parametrów charakteryzujących pręt ryflowany, a pominięcie w obliczeniach śrubowej linii ryfla powoduje, że wyniki Odwołującego odbiegają od rzeczywistych.

Podczas rozprawy Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 91 a i b ustawy Zamawiający ma obowiązek przed aukcją dokonać badania ofert i odrzucić oferty, które spełniają przesłanki odrzucenia w kontekście art. 89. Aby można było przeprowadzić aukcję elektroniczną muszą pozostać minimum 3 oferty nie podlegające odrzuceniu, dlatego konieczne jest zbadanie ofert i odrzucenie tych, które nie spełniają wymogów. Przepisy art. 91 a, b i c są przepisami szczególnymi w stosunku do art. 92 i w ramach aukcji elektronicznej ustawodawca odsyła do przepisów o licytacji, a w tym postępowaniu wyłączone jest stosowanie art. 92, zaś przy samej aukcji elektronicznej nie stosuje się art. 89. Gdyby dokonał postąpienia w ramach aukcji poniżej ceny oferty Metal Holding, której zarzuca że jest rażąco niska, to sam złożyłby ofertę z rażąco niską ceną. Ponadto warunki aukcji postawione przez Zamawiającego były tak określone, że aby wziąć w niej udział należało złożyć ofertę niższą cenowo od oferty znajdując się na 1 miejscu w rankingu przed aukcją, a wedle interpretacji dokonanej przez SO w Warszawie w wyroku z dn. 19.12.2007 r. V CA 2506/07 interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że Wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielania zamówień będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika, jego interes w wnoszeniu środków ochrony prawnej. Kwestionowana siatka jest siatką ciężką i powinna mieć moment zgięcia minimum 8, a przez oferenta Metal Holding została zakwalifikowana do siatek lekkich i z raportu ze stron 91 i 92 wynika, że nie spełnia wymogu, gdyż jej moment zgięcia wynosi w kolejnych próbach odpowiednio 7,23 oraz 7,20. Na tę okoliczność Odwołujący wnosil o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu wytrzymałości materiałowej na okoliczność czy oferowana siatka o parametrach minimalnych spełnia wymagania siwz jako siatka ciężka. Dla oceny przydatności siatki dla Zamawiającego nie ma znaczenia technologia wykonania, sposób obliczania przekroju jest znany. Należy odnieść go do ciężaru właściwego stali, włożyć pręt do wody, a następnie podzielić objętość przez długość i otrzymamy przekrój. Oferowanie siatki 6,6 nie spełnia wymogów Zamawiającego. Zamawiający w ogóle nie powinien był dopuszczać takich cienkich prętów w siatkach, bo wpływa to na wymogi bezpieczeństwa.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny i zarzutu złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podtrzymał w całości argumentację z protestu i odwołania i powołał wyrok ZA z 17 stycznia 2007 r. sygn. UZP/ZO/0-22/07 wskazując, że procedura opisana w art. 90, a dotycząca wezwania do wyjaśnień w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną jest obligatoryjna i już sam ten zarzut przemawia za uwzględnieniem odwołania. Ponadto wskazał, że częściowo Przystępujący do Zamawiającego podniósł argumentację sprzeczną ze stanowiskiem Zamawiającego, gdyż zarzucił mu, że źle oszacował przedmiot zamówienia. Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy cen stali w celu wykazania, że cena oferty Metal Holding przed aukcją w zadaniu 2 jest rażąco niska.

Zamawiający w toku rozprawy wskazał na następujące okoliczności :

1. środek ochrony prawnej przysługuje wtedy, gdy dotyczy konkretnego interesu, wykonawcy i kiedy dokonuje czynności, które mogą grozić pozycji tego wykonawcy, art. 92 nie przewiduje szczególnej procedury postępowania przez Zamawiającego przy aukcji elektronicznej. Ogólną zasadą jest, że protest na odrzucenie albo na zaniechanie odrzucenia może być wnoszony po wyborze oferty najkorzystniejszej i taką samą zasadę należy stosować do aukcji elektronicznej na etapie zaproszenia do aukcji nie jest dokonywany wybór oferty najkorzystniejszej, Zachodzi, zatem wątpliwość czy w ogóle na etapie aukcji elektronicznej Zamawiającego może naruszyć czyjś interes. Zdaniem Zamawiającego mogłoby to nastąpić tylko w przypadku, gdy zostały złożone 3 oferty i jedną odrzucono i w toku aukcji elektronicznej może nastąpić zmiana pozycji w rankingu ofert, a środek ochrony prawnej jest związany z sytuacją indywidualnego wykonawcy. Zamawiający wskazał, że Odwołujący złożył także protest i odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nielogicznie przyjmował że środki ochrony prawnej w ramach aukcji można wnieść tylko w powiązaniu z zarzutem rażąco niskiej ceny, co oznacza, że sam Odwołujący dopuszczał możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej jedynie w wąskim zakresie. Postępowanie z art. 90 nie jest obligatoryjne, a prowadzone jest tylko wtedy, gdy Zamawiający w sposób uzasadniony podejrzewa, że cena może okazać się rażąco niska. Zamawiający podnosił dodatkowo, że za brakiem podstaw do wnoszenia środków ochrony prawnej w ramach aukcji przemawia to, że w wyniku zmiany pozycji danego wykonawcy, podczas aukcji i zajęcia przez niego 1 miejsca nie miałby on interesu prawnego w zaskarżeniu czynności Zamawiającego polegającej na nie odrzuceniu, którejs z ofert znajdujących się na dalszych miejscach.



2. w przedmiotowym postępowaniu cena Metal Holding jest niska, ale nie rażąco niska. Zamawiający ustalając wartość szacunkową zamówienia dokonywał oszacowania na podstawie uprzednio zawartych umów ramowych, umowy te były zawierane wówczas, gdy ceny stali były wyższe niż obecne. Sam fakt, że oferowana cena jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia nie oznacza jeszcze, że cena ta jest rażąco niska.
3. Zamawiający wskazywał, że jednym z wymogów specyfikacji było przedłożenie certyfikatów zgodności. Certyfikat zgodności dla siatek lekkich, do których należy wedle Przystępującego sporna siatka o prętach 6,6 i 4,6 w ramach tego certyfikatu została zakwalifikowana do lekkich i potwierdzenie spełniania warunków Zamawiającego stanowi będący podstawą wydania certyfikatu raport NB-9/RG-4/2007. Natomiast dla siatek ciężkich Przystępujący przedstawił certyfikat i raport z badania NB-8/RG-4/2007 na str. 140 do 160. To Polska norma nr 15050 klasyfikuje siatki, zaczepowe na lekkie i ciężkie, ale klasyfikacja zależy także od tego czy są spiralnie walcowane czy gładkie. Klasyfikacji na podstawie normy dokonują Instytuty Badawcze. Obie firmy dostarczały już siatki na potrzeby Zamawiającego i siatki te spełniały wymagania Zamawiającego, na dowód tego przedstawia sprawozdanie Nr 07-136 i 07-112. Zamawiający oczekiwał w specyfikacji, że wykonawcy wskażą wagi minimalne i maksymalne, ponieważ te informacje są potrzebne do odbioru dostarczanych towarów. Na ich podstawie Zamawiający wstępnie sprawdza, czy otrzymał właściwe ilości zamówionych towarów. Informacja ta może służyć do postępowania reklamacyjnego. Dla wytrzymałości ma znaczenie średnica pręta siatki, a także czy jest on ryflowany i ilość prętów. Zamawiający podkreślał, że różnice w wagach minimalnych i maksymalnych siatek oferowanych przez Przystępującego i Odwołującego są minimalne i wynoszą ok. 0,06 na sztuce ( karta 133 oferty Odwołującego i 163 oferty Przystępującego). Odesłanie przy aukcji elektronicznej do przepisów o licytacji elektronicznej odnosi się do przepisów ściśle wymienionych i nie ma odesłania do art. 81, który wyłącza stosowanie art. 92., art. 91 c dotyczy składania postąpień w aukcji elektronicznej, a więc siłą rzeczy nie może być na tym etapie odrzucenia. Jeżeli chodzi o certyfikat ze str. 105 odnosi się on do nominalnej średnicy prętów, a więc także prętów z tolerancją wynikającą z normy (plus, minus 0,4). Zamawiający nie wskazywał jakiej grubości prętów oczekuje. Certyfikaty wydawane są na podstawie raportu i dokumentacji technicznej. Po dokonaniu obliczeń z uwzględnieniem zakwestionowanych wag, przy założeniu, że będą dostarczane siatki o prętach z wagami

minimalnymi 50 gr na kilogramie Metal Holding będzie miał do dyspozycji ponad cenę surowca, co stanowi 1/3 ceny surowca.

Przystępujący popierał w całości stanowisko Zamawiającego i przedstawiał porównanie wag siatek z ofert Odwołującego i Przystępującego wykazując, że różnica waha się w przedziale 3% do 5,2%. Wnosił o dopuszczenie dowodu z opinii – interpretacji wyników badań pracy NB-8/RG-4/2007 na okoliczność wykazania, że obliczone przez Odwołującego wagi siatek ciężkich są nieprawidłowe. Ewentualnie wnosił o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka dr inż. Piotra Głucha doprowadzonego na rozprawę przez Przystępującego na okoliczność sposobu wyliczenia wagi siatek dokonanej przez Przystępującego w ofercie i Odwołującego w postępowaniu odwoławczym oraz zgodności oferowanych siatek z siwz i Polską Normą.

Nie godził się z twierdzeniem Odwołującego, że jakkolwiek zarzut naruszenia art. 90 wystarcza do nałożenia na Zamawiającego obowiązek zbadania czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Sam fakt, że cena ofert jest niższa nawet znacznie od wartości szacunkowej zamówienia nie jest wystarczający do uznania, że oferta ma rażąco niską cenę. Przywołuje wyrok ZA z 23.07.2007 r. UZP/ZO/0-869/07, który zapadł w stanie faktycznym, w którym różnica pomiędzy wartością szacunkową, a ceną oferty wynosiła in minus 52%. Faktem powszechnie znanym jest wyraźny spadek cen stali, w tym stanie rzeczy nie było przesłanek do uznania, że Metal Holding ma rażąco niską cenę.

Przystępujący przywołał pkt 2.2 normy 15050 i wskazywał, że rodzaj siatki zależy od wymiarów poprzecznych przekrojów prętów podłużnych i poprzecznych. Dla siatek lekkich z prętami spiralnie walcowanymi przekroje te pozostają w stosunku do 7/5 mm jest to wskazanie maksymalne, a ciężkich do 8/6 mm. Norma dopuszcza wahania na poziomie 0,4 mm (plus, minus), stąd też siatka lekka ujęta w przedziale maksymalnym zakreślonym przez normę będzie miała takie samo przekroje jak siatka ciężka w minimalnym. Siatka lekka wskazana w ofercie, była to siatka 6,2 mm z tolerancją (plus 0,4) wykonana z walcówki 7,0 mm. natomiast siatka ciężka z prętów podłużnych 7,0 mm z tolerancją (minus 0,4) wykonywana jest z walcówki o średnicy 7,5 mm. Fakty te potwierdzają certyfikaty. Tym samym siatka lekka i ciężka mimo podobnych przekrojów prętów podłużnych i poprzecznych nie są identyczne, różnią się technologią wykonania. Siatka ciężka jest bardziej utwardzona przez co jej pręty mają większą wytrzymałość. Ten fakt potwierdzają też dokumenty załączone przez Odwołującego do jego oferty. Założenia konstrukcyjne mogą być podobne, ale metody produkcyjne inne. Odnośnie sposobu obliczenia objętości, a co za tym idzie wagi, to powoływanie się na średnie pole przekroju jest błędne, bo nie uwzględnia błędów pomiaru. Objętość pręta, także jest wyliczona wadliwie, gdyż pręt jest spiralnie walcowany co powoduje, że do objętości prętów przyjętych przez Odwołującego, należałoby by jeszcze uwzględnić element skoku śruby (ryfla). Podane przez Przystępującego wagi były wynikiem ważenia prętów, bo od tego zależy opłacalność i wagi są na bieżąco monitorowane. Dopiero

na podstawie danych jakimi dysponuje Przystępujący w ramach określonych średnic można określić wagi minimalne i maksymalne.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania to jest specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokół postępowania wraz z załącznikami oraz ofertę Odwołującego i Metal Holding, normę PN-G-15050, oraz dowód z zeznań świadka Piotra Głucha na okoliczność sporządzenia raportów Nb-8/RG-4/2007 i Nb-9/RG-4/2007. Dowody te należy uznać za wiarygodne, niesprzeczne i mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba oddaliła wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu ze sprawozdań 07-136 i 07-112 przywoływany przez Zamawiającego na okoliczność wykazania faktu, że obaj Wykonawcy dostarczali już siatki na potrzeby Zamawiającego oraz, że siatki te spełniały wymagania Zamawiającego z uwagi na to, że dowód ten nie zmierza do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla postępowania. Ani Odwołujący, ani Przystępujący nie zaprzeczali, że dostarczali siatki Zamawiającemu, ani też Odwołujący nie wskazywał, że Przystępujący w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne wyrządził szkodę Zamawiającemu dostarczając wadliwe lub nie spełniające wymogów siatki. Brak dokumentacji postępowań na podstawie, których w przeszłości następowała dostawa siatek także nie pozwala wywnioskować choćby pośrednio też, że oferowane przez Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu siatki spełniają wymogi Zamawiającego.

Izba oddaliła także dowód z interpretacji wyników badań pracy NB-8/RG-4/2007 uznając, iż dowód ten jest dowodem z dokumentu prywatnego i jako taki stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która się pod nim podpisała, a nie będąca stroną postępowania, złożyła określone oświadczenie w tym przypadku wiedzy, ponadto dowód ten pokrywa się z oświadczeniem złożonym przez Przystępującego w przystąpieniu do odwołania oraz w dużej mierze stanowi powtórzenie treści dowodu dopuszczonego tj. normy PN-G-15050, tym samym jego dopuszczenie powodowałoby dopuszczenie dowodu powołanego dla zwłoki.

Izba oddaliła także wnioski dowodowe Odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu wytrzymałości materiałowej na okoliczność czy oferowana siatka o parametrach minimalnych spełnia wymagania siwz jako siatka ciężka, jako wykraczający poza zarzut zgłoszony w proteście i podtrzymany w odwołaniu. W proteście i odwołaniu Odwołujący twierdził, że siatka o przekrojach prętów 6,6, i 4,6 jest siatką ciężką i Przystępujący nie spełnił wymogów Zamawiającego, gdyż na stronie 91 i 92 oferty Przystępującego dla takiej siatki moment zgięcia wynosi 7,23 a w kolejnej próbie 7,20, a

nie jak wymagał Zamawiający 8kNm. Z tej okoliczności właśnie wywodził naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego. Dowód zaś zmierzałby do udowodnienia tezy, że Przystępujący źle zakwalifikował tę siatkę do siatek lekkich, o powinien być zakwalifikować do siatek ciężkich. Zakreślona teza dowodowa zatem wykracza poza zakres zarzutu, a z mocy art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Nie jest to także zarzut, który na tym etapie postępowania – to jest przed wyborem oferty najkorzystniejszej mógłby być brany pod uwagę przez Izbę z urzędu jako podstawa unieważnienia postępowania z urzędu zgodnie z katalogiem przesłanek określonych w art. 191 ust. 3 zd. 2 ustawy.

Izba oddaliła także wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy cen stali w celu wykazania, że cena oferty Metal Holding przed aukcją w zadaniu 2 jest rażąco niska, gdyż podobnie jak w przypadku wyżej wskazanego dowodu Odwołujący nie twierdził, że cena jest rażąco niska, ale, że poprzez zaniżenie wag oferowanych siatek cena jest rażąco niska, a zatem twierdził Odwołujący w tym zarzucie, gdyby przyjąć prawidłowo wyliczone wagi przy cenach zaoferowanych przez Przystępującego cena byłaby rażąco niska, natomiast teza dowodowa zmierza do wykazania, że niezależnie od tego czy Przystępujący podał prawidłowe wagi swoich siatek czy też je zaniżył cena jest rażąco niska. Zakreślona teza dowodowa zatem wykracza poza zakres zarzutu, a z mocy art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Nie jest to także zarzut, który na tym etapie postępowania – to jest przed wyborem oferty najkorzystniejszej mógłby być brany pod uwagę przez Izbę z urzędu jako podstawa unieważnienia postępowania z urzędu zgodnie z katalogiem przesłanek określonych w art. 191 ust. 3 zd. 2 ustawy.

***Izba ustaliła i zważyła, co następuje :***

1. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z art. 91 b ust. 1 ustawy to jest dopuszczenia Metal Holding do udziału w aukcji elektronicznej pomimo tego, że treść oferty Metal Holding nie odpowiada treści SIWZ. Zarzut należy uznać za nietrafny. W pkt. II ppkt. 2.1 lit. d SIWZ Zamawiający postawił wymóg, aby dla siatek okładzinowych zgrzewanych zaczepowych lekkich moment zginający był nie mniejszy niż 6 kNm, a wytrzymałość na zgrzein na ścinanie powyżej 7,8, natomiast w pkt. II ppkt. 2.1. lit. e SIWZ dla siatek okładzinowych zgrzewanych zaczepowych ciężkich moment zginający był nie mniejszy niż 8 kNm, a wytrzymałość na zgrzein na ścinanie powyżej 7,8. Metal Holding w celu udowodnienia spełniania wymogów przedmiotowych przedstawił na stronach 78-98 swojej oferty raport z badań siatek

okładzinowych zgrzewanych typu BA lekka wystawiony przez Politechnikę Śląską w styczniu 2007r. oraz na stronach 140 – 160 raport z badań siatek okładzinowych zgrzewanych typu BA ciężka wystawiony przez Politechnikę Śląską w styczniu 2007r. Z analizy tych raportów wynika, że wszystkie oferowane siatki lekkie posiadają moment zginający nie mniejszy niż 6kNm, natomiast siatki ciężkie – co najmniej 8kNm, czyli są zgodne z wymogami Zamawiającego, niezależnie od rodzaju próby i średnicy poprzecznej i podłużnej pręta. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, i Przystępującego, że wskazane w obu raportach przekroje prętów poprzecznych i podłużnych są dopuszczane do stosowania w obrocie. Twierdzenie to koresponduje z zapisami PN-G – 15050pkt. 3.1.2 – tablica 1. Z analizy normy należy wywieść, że przekrój pręta podłużnego dla siatek lekkich zgrzewanych podłużnie walcowanych ma wynosić do 7mm, a dla siatek ciężkich do 8mm w obu wypadkach z tolerancją  $\pm 0,4$  mm. Dla przekroju pręta poprzecznego dla siatek lekkich ten przekrój ma wynosić 5 z tolerancją  $+0,5$  i  $-0,3$  mm, a dla siatek ciężkich 6 z taką samą tolerancją. Norma zatem określa przekroje maksymalne dla siatek lekkich i ciężkich natomiast nie określa przekrojów minimalnych. Klasyfikowanie siatek do ciężkich lub lekkich następuje na podstawie dokumentacji projektowej i techniczno-ruchowej w toku produkcji. A więc to czy siatka będzie uznana za lekką czy też za ciężką zależy od tego jakiemu cyklowi produkcyjnemu została poddana. Badanie prętów siatek w celu zbadania ich zgodności z normom dotyczy sytuacji, w której mamy do czynienia z wyprodukowaną konkretną siatką i użytymi do niej prętami. Wówczas pobiera się próbki prętów nie mniej niż 5 i sprawdza się czy na podstawie posiadanej przez producenta dokumentacji dana siatka ma być badana jako siatka lekka czy ciężka i następnie przystępuje się do badań. Wyniki tych badań będą decydować czy dany wyrób jest produkowany zgodnie z normą czy też nie. Badania nie mogą zatem zmienić klasyfikacji siatek określonej w dokumentacji, a jedynie mają potwierdzić czy obecna partia produkcji spełnia te wymagania odpowiednio badając pręty siatek lekkich i ciężkich i sprawdzając zgodność z normą. Do badań Przystępujący w ramach siatek lekkich przedstawił dwie wersje siatek okładzinowych różniące się rozstawem odrzwi :

- a) pierwsza o pręcie podłużnym  $\Phi 6,2$  mm ( $\pm 0,4$ ) i poprzecznym  $\Phi 4,6$  mm ( $+0,5 - 0,3$ ) czyli najmniejsza para przekrojów dla tej siatki to 5,8/4,3, a największa 6,6/5,1, co oznacza że zgodnie z normą siatka o parze przekrojów 6,6./4,6

mieści się w zakresie normy, a czy będzie siatką lekką będzie decydować jej wytrzymałość czyli moment zgięcia

- b) druga o pręcie podłużnym  $\Phi$  7 mm ( $\pm 0,4$ ) i poprzecznym  $\Phi$  5 mm (+0,5 – 0,3) czyli najmniejsza para przekrojów dla tej siatki to 6,6/4,7, a największa 7,4/5,5, co oznacza że zgodnie z normą siatka o parze przekrojów 6,6./4,6 mieści się w zakresie normy, a czy będzie siatką lekką będzie decydować jej wytrzymałość czyli moment zgięcia (str.81 oferty).

Do Przystępujący w ramach siatek ciężkich przedstawił dwie wersje siatek okładzinowych różniące się rozstawem odrzwi :

- c) pierwsza o pręcie podłużnym  $\Phi$  7 mm ( $\pm 0,4$ ) i poprzecznym  $\Phi$  5 mm (+0,5 – 0,3) czyli najmniejsza para przekrojów dla tej siatki to 6,6/4,7, a największa 7,4/5,5, co oznacza że zgodnie z normą siatka o parze przekrojów 6,6./4,7 mieści się w zakresie normy, a czy będzie siatką lekką będzie decydować jej wytrzymałość czyli moment zgięcia,
- d) druga o pręcie podłużnym  $\Phi$  8 mm ( $\pm 0,4$ ) i poprzecznym  $\Phi$  6 mm (+0,5 – 0,3) czyli najmniejsza para przekrojów dla tej siatki to 7,6/5,7, a największa 8,4/6,5 (str.143 oferty).

Tym samym siatka o kwestionowanych przez Odwołującego przekrojach w zależności od technologii produkcji będzie mogła być siatką ciężką o ile powstanie w technologii utwardzania i po testach jej moment zgięcia nie będzie niższy niż 6,25 kNm (wedle normy), albo 8 kNm (wedle Zamawiającego), albo siatką lekką jeśli jej wytrzymałość będzie niższa niż 6,25 (wedle normy), ale wyższa niż 3 kNm (wedle normy) albo niższa niż 8 kNm (wedle Zamawiającego), ale wyższa niż 6 kNm (wedle Zamawiającego). Tym samym Odwołujący nie udowodnił, że zarzut jest trafny. W toku rozprawy Odwołujący sam wskazał rzeczywistą przyczynę kwestionowania treści oferty Przystępującego, podał bowiem „Oferowanie siatki 6,6 nie spełnia wymogów Zamawiającego. Zamawiający w ogóle nie powinien był dopuszczać takich cienkich prętów w siatkach, bo wpływa to na wymogi bezpieczeństwa.”. Zamawiający nie stawiał jednak w SIWZ innych wymogów, co do przekrojów prętów siatek niż te, które przewiduje norma. Z treści cytowanej wypowiedzi wynika więc, że w rzeczywistości Odwołujący nie zgadza się z treścią SIWZ, na podstawie, której dopuszczalne jest oferowanie prętów o przekrojach 6,6/4,6 mm. W tej sytuacji tak uargumentowany zarzut należy uznać za spóźniony.

Mając powyższe Izba nie stwierdza naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z art. 91b ust. 1 ustawy.

2. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy to jest dopuszczenia Metal Holding do udziału w aukcji elektronicznej pomimo tego, że cena zaoferowana przez Metal Holding jest rażąco niska, gdyż zadeklarowane wagi minimalne są sprzeczne z wagami wskazanymi w raporcie Nb-9/RG-4/2007, a więc zaniżone, co skutkuje zaniżeniem ceny.
- Zarzut jest niezasadny i nieudowodniony. Odwołujący nie wykazał, że waga minimalna wskazana przez Metal Holding jest zaniżona, a co za tym idzie cena zaoferowana sposobem oczywisty odbiega od cen rynkowych. Odwołujący twierdził, że jest możliwe ściśle wyliczenie przekroju pręta czy to poprzecznego czy to podłużnego poprzez zastosowanie prawa Archimedesusa to jest włożenie pręta do wody, a następnie podzielenie objętości wypartej wody przez długość pręta i tak otrzymany wynik będzie przekrojem. Jednakże taka metoda ważenia prętów jest dość skomplikowana i czasochłonna, a nadto też nie pozbawiona błędów pomiarowych choćby przy mierzeniu objętości wody. Słusznie wskazuje Zamawiający, co potwierdzają też zeznania świadka Piotra Głucha, że przekroje przyjmowane do badania wytrzymałości są szacunkowe i też obarczone błędem (choć nie istotnym dla pomiaru wytrzymałości) i nie mogą być brane pod uwagę przy obliczaniu wagi siatek. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego i Przystępującego do postępowania, że wagi można ustalić jedynie na podstawie dokonania rzeczywistego ważenia prętów i że informacje te były Zamawiającemu potrzebne do przyszłej kontroli rzetelności dostaw w trakcie realizowania umowy. Natomiast Izba podziela pogląd Zamawiającego i przystępującego do postępowania, że przyjęcie uśrednionych obliczeń przekroju oraz nieuwzględnienie uskoku (przesunięcia) ryfla dyskwalifikuje obliczenia Odwołującego zmierzające do wykazania zaniżenia wagi prętów przy obliczaniu ceny. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że możliwe jest na podstawie danych zawartych w ofercie Przystępującego zweryfikowanie wag prętów podanych przez Przystępującego na oświadczeniach o wagach minimalnych i maksymalnych str. 163-170 oferty i przyjęcie, że wagi te zostały zaniżone w stosunku do rzeczywistych wag oferowanych przez Przystępującego. Wskazany dowód i zakresłona dla niego teza nie dotyczyły tych zarzutów, które w proteście podniósł Odwołujący. Odwołujący wskazał jedynie, że cena Metal Holdingu jest wedle jego obliczeń zaniżona z uwagi na zaniżenie wag minimalnych oraz, że jest o połowę niższa niż wartość szacunkowa zamówienia. Z tych twierdzeń nie sposób jednakże wywieść, że jest to cena dumpingowa. Żaden z wykonawców zaproszonych do aukcji

elektronicznej nie zaoferował ceny przekraczającej wartość szacunkową zamówienia, a cena zaproponowana przez Odwołującego dla zadania 1 jest jedynie o 9,7% wyższa od ceny Metal Holdingu, a dla zadania 2 jest jedynie o 1 878 495zł. wyższa od ceny Metal Holdingu, czyli o około 20,9% więcej. W stosunku do najdroższej oferty niepodlegającej odrzuceniu oferta Metal Holdingu w zadaniu 2 jest tańsza o 45,08%, natomiast oferta Odwołującego o 30,57%. Analizując ceny zaproponowane przez wszystkich wykonawców różnice w granicach 2 mln dla zadania 2 charakteryzują odstępy pomiędzy złożonymi ofertami. Podczas aukcji w zadaniu 1 Metal Holding obniżył swoją cenę o 18 071,80zł., zaś Odwołujący o 201 123,20zł., a w zadaniu 2 obaj wykonawcy nie wykonali postąpień. Odwołujący mimo obniżenia ceny na jedno z zadań o 200 000zł. nie uznaje swojej ceny za dumpingową, a więc uznaje ją za taką, która w ramach realizowanej transakcji przyniesie mu zysk, a twierdzi, że cena Metal Holding jest tak niska, że nie zapewnia zysku. Odwołujący wskazując na swój sposób obliczenia ceny w proteście wskazał, że cena stali – surowca do produkcji siatek wynosi przeciętnie 1,48zł./kg, ale nie wykazał, jakie są przeciętne koszty produkcji siatki i że cena łączna podana przez Metal Holding nawet przy wagach przyjętych przez Przystępującego, nie pozwala mu uzyskać zysku w prawidłowo prowadzonej działalności gospodarczej. Zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji także nie został udowodniony, skoro Odwołujący nawet nie wykazał, że Metal Holding oferuje swoje produkty po kosztach (bez zysku). Przepis art. 15 ust. 1 pkt. 1 wymaga wykazania, że Metal Holding sprzedawał swoje towary poniżej kosztów ich wytworzenia lub odsprzedaje nabyte produkty poniżej kosztów zakupu. Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdza naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy.

Z tych względów odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i Izba oddala je zgodnie z sentencją wyroku.

Ustosunkowując się na marginesie do zarzutu postawionego przez Zamawiającego odnośnie braku interesu prawnego Odwołującego we wnoszeniu środków ochrony prawnej przed wyborem najkorzystniejszej oferty, Izba stoi na stanowisku, iż twierdzenia Zamawiającego są nietrafne. Odwołujący składając protest, a w efekcie odwołanie na czynność zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta powinna ulec odrzuceniu ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia przejawiający się w tym, że skuteczne wniesienie środka ochrony powodowałoby zmianę na korzystniejszą jego sytuacji w ramach rankingu ofert. Wyeliminowanie najkorzystniejszego konkurenta przed aukcją powoduje, że



Odwołujący bierze udział w aukcji z innej pozycji, może zatem w odmienny sposób chronić swoją pozycję. Może dokonywać mniejszych postępień lub licząc na to, że konkurenci nie będą podejmować rywalizacji nie dokonywać postępień i pozostać na pierwszym miejscu. Tym samym uzyskuje kontrakt na korzystniejszych dla siebie warunkach. Składając środek ochrony realizuje ponadto swoje prawo do kontroli prawidłowości postępowania Zamawiającego.

Gdyby oferta Przystępującego została odrzucona Odwołujący w zadaniu 2 ze swoją ceną byłby na pierwszym miejscu rankingu przed aukcją z ceną 8 984 848,60zł., na drugim miejscu uplasowałaby się firma Carbomet z ceną 9 947 575,00zł. Czyli przy zakładanych postąpieniach minimalnych 30 000zł. brutto Carbomet od Odwołującego dzieliłoby aż 33 postąpienia minimalne, zaś gdyby Odwołujący musiał konkurować w ramach aukcji z Przystępującym musiałby wykonać, aż 63 postąpienia minimalne, aby zejść poniżej ceny Przystępującego. Tym samym skuteczne wyeliminowanie wykonawcy mającego pierwsze miejsce w rankingu przed aukcją zmierza bezpośrednio w tym postępowaniu do uzyskania zamówienia publicznego. Izba nie podziela poglądu Zamawiającego, że protest na czynność odrzucenia lub na zaniechanie odrzucenia oferty nie może być skutecznie wnoszony przed aukcją elektroniczną. W rzeczywistości bowiem jest to protest nie na odrzucenie z art. 89 ust.1 ustawy ale na zaproszenie bądź zaniechanie zaproszenia i z tego względu wywody czynione przez Zamawiającego w zakresie stosowania art. 92 ustawy nie są trafne. Gdyby przyjąć słuszność rozumowania Zamawiającego, że na etapie aukcji nie jest możliwe wnoszenie środków ochrony prawnej, bo niedokonano wyboru oferty najkorzystniejszej, to również wykonawcy omyłkowo przez Zamawiającego pominiętego przy zaproszeniu, albo niesłusznie odrzuconemu na etapie badania ofert nie służyłby protest. Zdaniem Zamawiającego taki protest nie służyłby także wykonawcy będącemu w rankingu na pierwszym miejscu w sytuacji, gdy nie ma podstaw do przeprowadzenia aukcji, bo nie ma trzech ofert nie podlegających odrzuceniu. Zdaniem Izby pogląd ten nie jest zasadny i nie zasługuje na podzielenie.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp nakazując Odwołującemu pokryć uzasadnione koszty zastępstwa prawnego oraz koszty dojazdów i opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....