

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 20 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 20 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2011 r. przez wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych Sp. z o.o., 02-593 Warszawa, ul. J. i J. Rostafińskich 1** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Oczyszczania Miasta, 00-508 Warszawa, Al. Jerozolimskie 11/19**

przy udziale:

- A. wykonawcy **SITA Polska Sp. z o.o., 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 5** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **POLSUPER Sp. z o.o., 00-333 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 4/6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych Sp. z o.o., 02-593 Warszawa, ul. J. i J. Rostafińskich 1** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych Sp. z o.o., 02-593 Warszawa, ul. J. i J. Rostafińskich 1** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 11/19, 00-508 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Ręczne oczyszczanie na terenie m.st. Warszawy” (dalej „Postępowanie”). Przedmiot zamówienia podzielony został na 16 części (rejonów). Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 sierpnia 2011 r. pod nr 2011/S 146-242877.

W dniu 28 września 2011 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w poszczególnych częściach .

W dniu 7 października do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniesione zostało odwołanie wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. J. i J. Rostafińskich 1 , 02-593 Warszawa od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze oferty złożonej przez wykonawcę - POLSUPER sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części IV,
- 2) wyborze oferty złożonej przez wykonawcę - SITA POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części V,
- 3) wyborze oferty złożonej przez wykonawcę - konsorcjum firm: FAGUS sp. z o.o. i PU HETMAN sp. z o.o. w Warszawie w części VII,
- 4) wyborze oferty złożonej przez wykonawcę - REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części IX,
- 5) wyborze oferty złożonej przez wykonawcę - POLSUPER sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części X,
- 6) wyborze oferty złożonej przez wykonawcę - AG COMPLEX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części XII,
- 7) wyborze oferty złożonej przez wykonawcę - AG COMPLEX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części XIII,

- 8) wyborze oferty złożonej przez Wykonawcę - PUW LOTAR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części XV (*błędnie w odwołaniu – powinno być: „Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych LOTAR – Paweł Sobótka” z siedzibą w Jeziorku*),
- 9) niewzwaniu w trybie art. 90 ustawy Pzp wybranych, a wyżej wymienionych wykonawców, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość cen,
- 10) nieodrzuconiu wybranych ofert wyżej wymienionych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 11) wyborze, jako ofert najkorzystniejszych, ofert wyżej wymienionych wykonawców podlegających odrzuceniu, co stanowiło naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, iż na skutek powyższych czynności interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku. W przypadku działania Zamawiającego zgodnie z ustawą Pzp oferty wybranych, a wyżej wymienionych wykonawców, powinny zostać odrzucone, a oferty Odwołującego, jako zgodne ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia mogły zostać uznane za najkorzystniejsze w wymienionych częściach Postępowania, w przypadku stwierdzenia, że zawierają najniższe ceny. Powyższe potwierdza naruszenie interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu wskazanych części zamówienia i uprawnia Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Dziale VI ustawy Pzp.

W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w częściach IV, V, VII, IX, X, XII, XIII i XV Postępowania,
2. dokonania ponownej oceny ofert,
3. wezwania w trybie art. 90 ustawy Pzp wykonawców wymienionych w pkt 1)-8) powyżej do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny,
4. odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp ofert wykonawców zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. unieważnienia Postępowania w części IV, V, VII, IX, X, XII, XIII i XV lub w całości.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż w części IV, V, VII, IX, X, XII, XIII oraz XV Postępowania Zamawiający dokonał wyboru ofert złożonych przez wyżej wymienionych wykonawców. W szczególności, w części IV Postępowania Zamawiający wybrał ofertę POLSUPER sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Poprzez podjęcie w Postępowaniu czynności polegających na wyborze ofert złożonych przez wskazanych wykonawców Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem

Odwołującego jest niewątpliwe, że w części IV, V, VII, IX, X, XII, XIII oraz XV Postępowania zwycięzcy wykonawcy złożyli oferty zawierające rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednak pomimo kategorycznego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp nie pozostawiającej miejsca na jakąkolwiek uznaniowość, Zamawiający nie zastosował się do dyspozycji przepisu i nie odrzucił ofert wskazanych wykonawców mimo, że dokonując ich obowiązkowego badania i oceny przed dokonaniem wyboru ofert (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) oraz mając możliwość skorzystania z uprawnień przewidzianych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mógł z łatwością zauważyć, że zawierają rażąco niskie ceny. Tytułem przykładu dla wymienionych wyżej części Postępowania należy zauważyć, jak opisano w punkcie 2 poniżej. W pkt 2 Odwołujący podnosił, iż na wykonanie zadań ujętych w części IV Postępowania Zamawiający przeznaczył budżet w wysokości 1.526.887,97 zł brutto (z podatkiem od towarów i usług). Kwota ta jest minimalnie mniejsza od wysokości budżetu, jaki byłby niezbędny do należytego wykonania zadań objętych tą częścią Postępowania w przypadku, gdyby przedmiot zamówienia powierzono modelowemu wykonawcy. Przyjmując bowiem poniższe założenia:

- a) powierzchnię wykonania prac - na podstawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla części IV Postępowania,
- b) średnią wydajność jednego pracownika w przypadku wykonywania tego rodzaju prac,
- c) minimalne wynagrodzenia za pracę zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami prawa (1.386 zł brutto - przy czym zgodnie z założeniami do budżetu w 2012 r. minimalne wynagrodzenie wzrosło do kwoty 1.500 zł brutto, czyli o ok. 8,3 %),
- d) spełnienie minimalnych standardów BHP wymaganych przepisami ustawy Kodeks pracy,
- e) 20 % narzutów kosztów pośrednich oraz
- f) 5% zysku

szacunkowa wartość takiego budżetu powinna stanowić kwotę 1.555.719,95 zł brutto (która jest wyższa od kwoty budżetu ustalonej przez Zamawiającego jedynie o 1,89 %). Oznacza to, że przystępując do przeprowadzenia Postępowania Zamawiający, mając (w odniesieniu do przyjętej kwoty budżetu przeznaczonego na realizację przedmiotu zamówienia objętego częścią IV Postępowania) oszacowaną minimalną wartość oferty rynkowej, jaka mogła być złożona w części IV Postępowania mógł i powinien był wybrać tylko taką ofertę, która w niedużym stopniu odbiegała od tej wartości. Oszacowana wartość oferty rynkowej wyznaczała bowiem minimalny pułap ceny, poniżej której żaden podmiot legalnie działający na terenie Polski nie byłby w stanie przekroczyć bez nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia i bez poniesienia ekonomicznej straty z tego tytułu. Odwołujący zauważał, że wartość budżetu przeznaczonego przez Zamawiającego na wykonanie prac ujętych w części IV Postępowania musiała zostać oszacowana w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego wiedzę i doświadczenie przy jednoczesnym uwzględnieniu średnich rynkowych wartości, cen i stawek, wysokości inflacji oraz kwot ofert wybranych do realizacji w latach poprzednich (przedmiot zamówienia objęty

Postępowaniem corocznie jest bowiem identyczny lub bardzo zbliżony). Wbrew powyższemu Zamawiający dokonał jednak wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę POLSUPER sp. z o.o. o wartości 1.042.293,51 zł brutto, która jest niższa od wartości budżetu Zamawiającego aż o 31,74 %, a od wartości budżetu niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, gdyby został powierzony modelowemu wykonawcy - o 33 %. Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze przywołane kwoty należy z całą mocą stwierdzić, że aby należycie i z minimalnym zyskiem wykonać przedmiot zamówienia objęty częścią IV Postępowania, Wykonawca musiałby zatrudnić pracowników poniżej progu ustawowo określonego minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wykonać w rzeczywistości mniejszy zakres prac niż wymagany przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę, że udział robocizny w ręcznym oczyszczaniu wynosi ok. 80 % ogółu prac należy mieć na uwadze, że przewaga konkurencyjna poszczególnych oferentów uczestniczących w Postępowaniu wynikająca z wydajności jednego pracownika była niewielka, co Zamawiający powinien był uwzględnić dokonując badania i oceny złożonych ofert, w szczególności w zakresie cen zaproponowanych przez oferentów.

Odwołujący wskazywał, iż przedstawione powyżej wyliczenia wynikają z załączonej do odwołania analizy współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty. Z analizy tej wynika, że w przypadku realizacji prac za kwotę oferty wybranej w części IV Postępowania, Wykonawca musiałby zatrudnić pracowników za wynagrodzeniem niższym o 39,99 % od ustawowego minimalnego wynagrodzenia. Z kolei zmniejszenie udziału kosztów materiałów czy sprzętu nawet o 20 % nie wpłynęłoby znacząco na zmianę szacowanej wartości oferty. Załączona analiza opracowana dla modelowej oferty wykazuje również, że dopiero przy zmniejszeniu kosztów robocizny aż o 39,99 % lub zmniejszeniu jednocześnie kosztów robocizny o 34,51 % i sprzętu o 30,00 % szacowana wartość takiej oferty byłaby zbliżona z wartością oferty Wykonawcy wybranej przez Zamawiającego. Przy czym, przy tak zmniejszonych wskaźnikach wykonanie przedmiotu zamówienia w ramach części IV Postępowania należy uznać za praktycznie niemożliwe.

W pkt 3 odwołania Odwołujący podnosił, iż przytoczone w punkcie 2 powyżej twierdzenia, fakty i dowody, w szczególności założenia i metodologię analizy współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty należy odnieść analogicznie do części V, VII, IX, X, XII, XIII oraz XV Postępowania. Poprzez wnioskowanie z domniemania należy bowiem przyjąć, że również we wskazanych częściach Postępowania Zamawiający dokonał wyboru ofert złożonych przez zwycięskich wykonawców, których wartości są rażąco niskie w stosunku do wartości budżetów Zamawiającego przeznaczonych na realizację prac objętych wskazanymi częściami Postępowania, a poprzez to również znacznie niższe od wartości budżetów niezbędnych do

wykonania poszczególnych części przedmiotu zamówienia, gdyby zostały powierzone modelowemu wykonawcy. W tym miejscu za konieczne należy uznać przywołanie twierdzenia podniesionego w punkcie 2 powyżej, że wartości budżetów przeznaczonych przez Zamawiającego na wykonanie prac ujętych w części V, VII, IX, X, XII, XIII oraz XV Postępowania musiały zostać oszacowane w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego wiedzę i doświadczenie przy jednoczesnym uwzględnieniu średnich rynkowych wartości, cen i stawek, wysokości inflacji oraz kwot ofert wybranych do realizacji w latach poprzednich (przedmiot zamówienia objęty wskazanymi częściami Postępowania corocznie jest bowiem identyczny lub bardzo zbliżony). Pośrednio powyższe potwierdza dokonany przez Zamawiającego wybór ofert w częściach Postępowania dotyczących rejonu I i II, których wartość w minimalnym tylko stopniu odbiega od budżetów przeznaczonych przez Zamawiającego na wykonanie prac ujętych w tych częściach Postępowania. Na potwierdzenie zasadności powyższego Odwołujący załączył do odwołania zbiorcze wyniki Postępowania.

W pkt 4 odwołania Odwołujący podnosił, iż wobec powyższego wnosi o stwierdzenie, że w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp oferty wykonawców wybrane przez Zamawiającego w częściach IV, V, VII, IX, X, XII, XIII i XV Postępowania podlegały odrzuceniu, a także o unieważnienie Postępowania w tych częściach albo w całości.

W dniu 10 października 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania.

W dniu 13 października 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców:

- 1) SITA Polska sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa;

W ocenie zgłaszającego przystąpienie brak jest jakichkolwiek podstaw do uwzględnienia odwołania, stąd Wykonawca wnosił o oddalenie odwołania w całości. Wskazywał, iż jego interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego podyktowany jest tym, iż w przypadku uwzględnienia odwołania zgłaszający przystąpienie może utracić szansę realizacji zamówienia w części, w której jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż zarzuty odwołania są chybione, oparte na błędnych założeniach, ogólnikowe i nie poparte żadnymi dowodami, a w konsekwencji nie zasługują na uwzględnienie. Podnosił, iż brak jest podstaw do uznania, że ceny ofert, które zostały uznane przez Zamawiającego za najkorzystniejsze są cenami rażąco niskimi tylko na tej podstawie, iż są one o 30% niższe od „wartości budżetu Zamawiającego”, czy też niższe o określony procent od „wartości budżetu niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, gdyby został powierzony modelowemu

wykonawcy' (cokolwiek powyższe znaczy). Podkreślał, że na tym etapie postępowania to obowiązkiem Odwołującego było udowodnienie, że oferty wykonawców, o których mowa w odwołaniu, zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tymczasem treść odwołania zawiera jedynie domniemania i twierdzenia, które nie są poparte żadnymi dowodami. Dodatkowo odnoszą się one tylko do oferty wybranej w IV części zamówienia. Dowodem takim nie może być też z całą pewnością dołączona do odwołania „*analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania*”. Zdaniem zgłaszającego przystąpienie w tych okolicznościach Zamawiający słusznie i zgodnie z prawem uznał, że oferty, których dotyczy odwołanie, nie zawierają rażąco niskiej ceny, a Odwołujący w swoim odwołaniu nie udowodnił, że jest inaczej.

2) POLSUPER sp. z o.o., ul. Krakowskie Przedmieście 4/6, 00-333 Warszawa

Zgłaszający przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania i zasądzenie po Odwołującego na rzecz zgłaszającego przystąpienie kosztów postępowania odwoławczego. Wskazywał, iż interes prawny w przystąpieniu wynika z faktu, iż oferta zgłaszającego przystąpienie została wybrana jako najkorzystniejsza w części IV i X, zatem w przypadku oddalenia odwołania zamówienie na część IV i X zostanie udzielone zgłaszającemu przystąpienie. Zdaniem zgłaszającego przystąpienie odwołanie winno zostać oddalone, gdyż Odwołujący nie wykazał, że posiada interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W części IV oferta Odwołującego znajduje się na trzeciej pozycji, poprzedza ją oferta złożona przez Dariusza Apelskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Partner, zaś w części X zamówienia oferta Odwołującego znajduje się na piątej pozycji i poprzedzają ją oferty złożone przez Dariusza Apelskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Partner, Remondis sp. z o.o., AG Complex sp. z o.o. Odwołujący nie podniósł żadnych zarzutów, które mogłyby wpłynąć na pozycję firm go poprzedzających, a więc w/w wykonawcy w przypadku ponownego badania i oceny ofert, uzyskają zamówienie, pozbawiając takiej możliwości Odwołującego. Niezależnie od powyższego zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż podniesione w odwołaniu zarzuty niewezwania zgłaszającego przystąpienie do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen, jak również zarzut braku odrzucenia ofert z wagi na rażąco niską cenę są bezzasadne. Podnosił, iż przepisy ustawy Pzp nie zawierają pojęcia rażąco niskiej ceny. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem cena rażąco niska to taka cena, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych i ewentualnie innych ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia nie jest wystarczające (wyrok KIO z 21 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 691/08). Oferta złożona



przez zgłaszającego przystąpienie w części IV i X nie odbiegała od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców w sposób, który pozwalałby na stwierdzenie, że jest ona nierealistyczna czy niewiarygodna. W części IV zamówienia została złożona oferta z ceną, jak wynika z przyznanej liczby punktów, niemal identyczną jak oferta złożona przez POLSUPER sp. z o.o., zaś w części X zamówienia różnica w cenach ofert zbliżonych do ceny zaproponowanej przez POLSUPER sp. z o.o. wynosiła 0,58% do 2,15%. Zdaniem zgłaszającego przystąpienie Zamawiający nie miał obowiązku zwracać się do wykonawcy o wyjaśnienie powodu zaproponowania takich cen, bowiem nie odbiegały one w żaden sposób od cen zaproponowanych w innych ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Odnosząc się do wycień Odwołującego dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia z zyskiem, zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż Zamawiający nie wymagał wykonania zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, wobec czego wszystkie wywody Odwołującego dotyczące zatrudniania pracowników i należnego im z tego tytułu wynagrodzenia, nie mają żadnego znaczenia w przedmiotowej sprawie.

- 3) Paweł Sobótka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych LOTAR – Paweł Sobótka”, Jeziorko, ul. Leszczyńska 15, 05-540 Zalesie Górne

Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż przystępuje do postępowania po stronie Zamawiającego. W treści zgłoszenia przystąpienia nie powołał się na interes w zgłoszeniu przystąpienia.

W dniu 13 października 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło także przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GNOM sp. z o.o. (lider), Jolanta Glinka prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „EKO-WAR” Jolanta Glinka, adres dla lidera: ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż złożył ofertę w zakresie części I-IX. W związku treścią odwołania, która wskazuje na żądanie unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w zakresie części IV, V, VII, IX, X, XII, XIII i XV zgłaszający przystąpienie ma interes w ubieganiu się o udzielenie zamówienia w przypadku, gdy czynności wyboru ofert we wskazanych częściach zostaną unieważnione wobec przyjęcia, iż zaoferowane ceny są rażąco niskie.

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 20 października 2011 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania. Wskazywał, iż w dniu 7 października 2011 r. Odwołujący doręczył Zamawiającemu kopię przedmiotowego odwołania. Dokument odwołania został doręczony Zamawiającemu bez żadnych załączników, w szczególności

Odwołujący nie dołączył do odwołania załącznika nr 4 – „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania”. Na dowód Zamawiający załączył notatkę służbową pracownika sekretariatu Zamawiającego z dnia 7 października 2011 r. W dniu 18 października 2011 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o doręczenie brakujących załączników, w tym wskazanego powyżej załącznika nr 4, którego analiza jest konieczna do przygotowania stanowiska Zamawiającego odnośnie podniesionych zarzutów (dowód: kopia pisma Zamawiającego z dnia 18 października 2011 r. przesłanego Odwołującemu faksem). Pomimo wezwania Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu kopii załączników do odwołania, w związku z czym Zamawiający nie jest w stanie ustosunkować się do zarzutów podniesionych w skardze. W ocenie Zamawiającego, w oparciu o analizę uzasadnienia odwołania można w sposób jednoznaczny stwierdzić, iż załącznik nr 4 „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania” stanowi integralną część merytorycznego stanowiska Odwołującego, która jedynie w sposób redakcyjny została zamieszczona nie w treści odwołania, lecz w załączniku. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił jedynie zarys swoich twierdzeń, zaś zasadnicza treść argumentacji została zawarta w przedmiotowym załączniku. Świadczą o tym zawarte w uzasadnieniu wielokrotne odesłania do przedmiotowego załącznika, np. *„Przedstawione powyżej wyliczenia wynikają z załączonej do niniejszego odwołania analizy (...), załączona analiza opracowana dla modelowej oferty wskazuje również (...), przytoczone w punkcie 2 powyżej twierdzenia, fakty i dowody, w szczególności założenia i metodologię analizy (...)”* - por. str. 4 odwołania. Wynika stąd, iż zasadnicza część stanowiska Odwołującego, w tym dowody mające potwierdzać słuszność prezentowanych twierdzeń, zostały zawarte w przedmiotowym załączniku. Zamawiający nie posiada wiedzy, czy autorem analizy jest sam Odwołujący, czy też podmiot zewnętrzny, jakie założenia zostały przyjęte w analizie, jakie jest źródło przyjętych założeń, jakie wnioski wypływają z przeprowadzonej analizy, czy wnioski wyciągnięte z analizy są zgodne z zasadami logicznego rozumowania, doświadczenia życiowego oraz znajdują odzwierciedlenie w specyfice przedmiotowego zamówienia. Brak możliwości weryfikacji powyższych czynników uniemożliwia Zamawiającemu zajęcie merytorycznego stanowiska w zakresie przedstawionych zarzutów. Tym samym uznać należy, że Odwołujący nie doręczył Zamawiającemu w zakreślonym w ustawie Pzp terminie kopii całego odwołania, w związku z czym nie dopełnił obowiązku określonego w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, w związku z czym odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko Zamawiającego znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przywoływał fragmenty uzasadnień postanowień: z dnia 16 marca 2011 r.,

sygn. akt KIO 480/11, z dnia 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1129/10, z dnia 18 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1437/11, gdzie odnoszono także się do innych orzeczeń Izby wydanych zgodnie z powyższą linią (np. postanowienie KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r. KIO/UZP 439/10, postanowienie z dnia 1 czerwca 2010 r. KIO/UZP 909/10, postanowienie z dnia 17 czerwca 2010 r. KIO/UZP 1091/10, postanowienie z dnia 24 czerwca 2010 r. KIO/UZP 1129/10, postanowienie z dnia 5 lipca 2010 r. KIO/UZP 1292/10, postanowienie z dnia 16 marca 2011 r. KIO/UZP 480/11).

Ponadto Zamawiający wnosił opozycję przeciw przystąpieniu po stronie Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GNOM sp. z o.o. (lider), Jolanta Glinka prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „EKO-WAR” Jolanta Glinka. Podnosił, iż zgodnie z art. 185 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Obligatoryjnym elementem przystąpienia do postępowania odwoławczego jest zatem wykazanie przez przystępującego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. W analizowanym przypadku w/w wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie wykazali (nie podjęli nawet próby wykazania) swojego interesu w rozstrzygnięciu wniesionego odwołania na korzyść Odwołującego. Zgodnie z twierdzeniami zawartymi w przystąpieniu wykonawcy zgłaszający przystąpienie złożyli ofertę w częściach od I do IX. Zakres odwołania obejmuje jedynie część IV, V, VII i IX zamówienia, w związku z czym zgłaszający przystąpienie może przystąpić do odwołania jedynie w tym zakresie (nie może wykraczać poza zakres zaskarżenia). W częściach IV, V, VII i IX zamówienia po rozstrzygnięciu postępowania oferty przystępującego znajdowały się na dalszych niż druga pozycja w klasyfikacji ofert. W związku z tym nawet w przypadku odrzucenia przez Zamawiającego najkorzystniejszych ofert we wskazanych powyżej częściach zamówienia, oferta przystępującego nie stałaby się najkorzystniejszą. W związku z tym działania Zamawiającego – nawet jeżeli zostałyby uznane za nieprawidłowe – nie miały wpływu na sytuację prawną przystępującego, jego interes prawny oraz nie powodują ryzyka powstania szkody po stronie przystępującego. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, uznać należy, iż zgłaszający przystąpienie nie wykazał, że ma interes w przystąpieniu do odwołania po stronie Odwołującego, w związku z czym brak jest podstaw do nadania w/w wykonawcy statusu uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego. Ponadto na posiedzeniu podnosił również, iż pełnomocnictwo szczególne z dnia 22 sierpnia 2011 r. załączone do oferty zgłaszającego przystąpienie nie obejmuje uprawnienia do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, a jedynie odwołań lub skargi do sądu powszechnego.

W przypadku nieuwzględnienia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania oraz skierowania odwołania do rozpoznania na rozprawie, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazywał, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody, jaką może ponieść w związku z czynnościami zamawiającego, które zostały zaskarżone przez odwołującego. W zaskarżonych częściach IV, V, IX, XII, XIII i XV zamówienia po rozstrzygnięciu postępowania oferty Odwołującego znajdowały się na dalszych, niż druga pozycja w klasyfikacji ofert. W związku z tym nawet w przypadku odrzucenia przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty w powyżej wskazanych częściach zamówienia, oferta Odwołującego nie stałaby się ofertą najkorzystniejszą. W związku z tym działania Zamawiającego - nawet jeżeli zostałyby uznane za nieprawidłowe - nie miały wpływu na sytuację prawną Odwołującego, jego interes prawny oraz nie powodują ryzyka powstania szkody po stronie Odwołującego. Zamawiający podnosił, iż Odwołujący wskazał, że oferty najkorzystniejsze złożone w częściach IV, V, VII, IX, X, XII, XIII, XV zawierają rażąco niskie ceny, w związku z czym Zamawiający winien wezwać wykonawców, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty w ww. częściach zamówienia, do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp oraz odrzucić najkorzystniejsze oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazywał, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia jest „minimalnie mniejsza” od szacunków opracowanych przez Odwołującego dla „modelowego wykonawcy”. Zamawiający podkreślał, iż wskazane w treści uzasadnienia odwołania założenia kosztorysowe dla modelowego wykonawcy są niemożliwe do weryfikacji bez jednoczesnej analizy załącznika nr 4 do odwołania „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu (...)”. Z uzasadnienia wynika, iż faktycznie całość argumentacji, która potwierdza prawidłowość szacunków kosztowych dla modelowego wykonawcy została zawarta w załączniku nr 4. W związku z tym, iż Odwołujący nie doręczył Zamawiającemu przedmiotowej analizy, Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji prawidłowości twierdzeń Odwołującego oraz przedstawienia własnego, pełnego stanowiska w powyższym zakresie. Zamawiający podnosił, iż zarzut rażąco niskiej ceny nie jest trafiony. Bezspornym jest, iż ceny najkorzystniejszych ofert, które zostały złożone w poszczególnych częściach zamówienia są niższe, niż szacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia oraz kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w poszczególnych częściach. Podkreślić jednak należy, że zarówno różnice pomiędzy ceną najkorzystniejszej oferty a kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia, jak i różnice z cenami dalszych ofert, nie są na tyle znaczące, aby mogły wzbudzić wątpliwości Zamawiającego pod kątem ceny rażąco niskiej. W związku z powyższym Zamawiający nie był zobowiązany do wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco

niskiej ceny określonej w art. 90 ustawy Pzp, a tym bardziej do odrzucenia z tego powodu zaskarżonych ofert.

Na posiedzeniu przed Izbą opozycję przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykonawcy Paweł Sobótka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych LOTAR – Paweł Sobótka”, Jeziorko, ul. Leszczynowa 15, 05-540 Zalesie Górne wniósł Odwołujący, podnosząc, iż wykonawca ten nie wskazał w treści przystąpienia interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

***W oparciu o powyższe Izba ustaliła i zważyła, co następuje.***

Izba nie uznała skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Paweł Sobótka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych LOTAR – Paweł Sobótka”. Jak zostało ustalone w toku posiedzenia przed Izbą wykonawca ten nie przesłał Odwołującemu kopii przystąpienia do postępowania odwoławczego. Odwołujący podnosił, iż kopii zgłoszenia przystąpienia nie otrzymał, dowód przesłania kopii nie został także załączony do zgłoszenia przystąpienia skierowanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zaś zgłaszający przystąpienie nie dysponował żadnym dowodem na przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu. Ponadto Izba uznała, iż nie dopełnił on wymogu wskazania w zgłoszeniu przystąpienia interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. W treści jednozdaniowego przystąpienia ograniczył się bowiem do wskazania strony, do której przystępuje, tj. Zamawiającego. Nie dopełnił zatem kolejnego formalnego warunku skuteczności przystąpienia. W oparciu o powyższe Izba uznała także zasadność opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy wniesionej przez Odwołującego. Wprawdzie powyższe uchybienie ma wymiar przede wszystkim formalny, jednak wobec wniesionej opozycji, z uwagi na przedmiotowy brak w zgłoszeniu przystąpienia, Izba uznała opozycję za zasadną.

Izba nie uznała także skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GNOM sp. z o.o. (lider), Jolanta Glinka prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „EKO-WAR” Jolanta Glinka, uwzględniając w tym zakresie opozycję wniesioną przez Zamawiającego. Jako że Odwołujący żądał unieważnienia wyboru ofert najkorzystniejszych w zakresie części IV, V, VII, IX, X, XII, XIII i XV, nie wnosił natomiast o powtórzenie aukcji ani nie kwestionował innych ofert, zaś zgłaszający przystąpienie w zakresie zaskarżonym złożył oferty tylko w częściach IV, V, VII i IX i w żadnej z tych części nie zajmuje pozycji drugiej, co dawałoby mu możliwość uzyskania zamówienia na skutek uwzględnienia odwołania, rozstrzygnięcie korzystne dla Odwołującego

pozostaje w istocie bez wpływu na pozycję zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Także zgłoszone w odwołaniu żądanie unieważnienia Postępowania w części IV, V, VII, IX, X, XII, XIII i XV lub w całości nie stanowi o interesie w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, jako że interes zgłaszającego przystąpienie musi odnosić się do danego postępowania, a żądanie unieważnienia (dodatkowo nie poparte w odwołaniu szczegółową argumentacją) istnienia takiego interesu nie potwierdza. Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępując zgłasza przystąpienie winien być związany z sytuacją zgłaszającego przystąpienie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś rozstrzygnięcie na korzyść strony do której wykonawca przystępuje wpływać na pozycję tegoż wykonawcy w postępowaniu. Ponadto zgłaszający przystąpienie w istocie nie wskazał, na czym polega jego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Poprzestał na ogólnikowym stwierdzeniu, iż ma interes w ubieganiu się o udzielenie zamówienia w przypadku unieważnienia wyboru ofert najkorzystniejszych w częściach wskazanych w odwołaniu. W żaden sposób nie odwołał się do sytuacji faktycznej niniejszego postępowania, pozycji złożonej przez siebie oferty ani zakresu zaskarżenia odwołaniem. Nie wykazał zatem, na czym miałby polegać jego interes w ubieganiu się o udzielenie zamówienia w przypadku unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych we wskazanych częściach Postępowania z uwagi na zaoferowanie cen rażąco niskich. Izba nie podzieliła natomiast opinii Zamawiającego, iż pełnomocnictwo szczególne z dnia 22 sierpnia 2011 r. załączone do oferty zgłaszającego przystąpienie obejmujące upoważnienie do składania w imieniu Konsorcjum (obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) środków ochrony prawnej nie obejmuje zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Uprawnienie do składania środków ochrony prawnej w postępowaniu, w tym odwołań lub skargi jest upoważnieniem szerokim i w ocenie Izby w jego zakresie mieści się również zgłaszanie przystąpień do postępowania odwoławczego jako objętych systemem środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego wykonawców: SITA Polska sp. z o.o. i POLSUPER sp. z o.o. z uwagi na spełnienie przez przedmiotowych wykonawców przesłanek skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej liczyło 5 stron treści zasadniczej oraz zawierało 5 załączników, zgodnie z listą załączników na stronie 5 odwołania:

1. pisemne potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania,

2. potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia kopii odwołania doręczonej Zamawiającemu zaopatrzona w prezentatę doręczenia (pierwsza strona kopii),
3. odpis aktualny z KRS dotyczący Odwołującego,
4. analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania,
5. zbiorcze wyniki Postępowania.

Na podstawie kopii znajdującej się w aktach sprawy oraz okazanej przez Zamawiającego kopii odwołania przekazanej Zamawiającemu, a znajdującej się w dokumentacji postępowania Zamawiającego, Izba ustaliła, że kopia odwołania przekazana Zamawiającemu w dniu 7 października 2011 r. nie obejmowała żadnego z ww załączników, w szczególności nie obejmowała załącznika nr 4 „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania”. Odwołujący przyznał, iż załącznik nr 4 „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania” nie został przekazany wraz z kopią odwołania. Odwołujący podnosił iż pozostałe załączniki powinny być przez niego przekazane, jednak w tym zakresie nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego ich przekazanie Zamawiającemu. W dniu 18 października 2011 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo z wnioskiem o przekazanie załączników, w szczególności załącznika nr 4 „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania”. W odpowiedzi na powyższy wniosek załączniki zostały przekazane w dniu 19 października 2011 r., na co Zamawiający przedstawił dowód ich wpływu w tej dacie.

W oparciu o powyższy stan faktyczny oraz analizę treści odwołania i załącznika nr 4 „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania” Izba ustaliła, iż zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, jako że Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp (tj. przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z treścią odwołania przed upływem tego terminu). Izba uznała zasadność wniosku Zamawiającego w tym zakresie, aczkolwiek podkreślić należy, iż przepisy ustawy Pzp obligują Izbę do weryfikacji okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania z urzędu, niezależnie od podnoszonych wniosków.

Regulacja art. 189 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter imperatywny, a Izba nie ma możliwości merytorycznego rozpoznania na rozprawie odwołania, co do którego zachodzi którakolwiek z przesłanek jego odrzucenia w świetle art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280) (dalej „rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań”) odwołanie zawierać musi między innymi wykaz załączników. Zamawiający nie kwestionował, że nie otrzymał zasadniczej części odwołania, tj. stron 1 - 5, a zatem zapoznał się z wykazem załączników, o jakie Odwołujący poszerzył odwołanie, który - jak wskazano wyżej - ujęto na stronie 5 odwołania. Zgodnie natomiast z § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań obligatoryjnymi załącznikami odwołania są: dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwo albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. W przypadku wniesionego przez Odwołującego odwołania wymienione elementy stanowiły odpowiednio załączniki nr 1, 2 i 3. Oznacza to, iż dokumenty wymienione w § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań stanowią jedynie załączniki do odwołania, zatem ich nieprzekazanie nie powinno skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Jednak w rozpoznawanej przez Izbę sprawie Odwołujący dołączył do odwołania inne jeszcze załączniki niż te, które wskazano w § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, tj. dołączył załącznik nr 4 „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania” oraz załącznik nr 5 - zbiorcze wyniki postępowania. Załącznik nr 5 odnosi się do okoliczności znanej zarówno Zamawiającemu, jak i wykonawcom biorącym udział w postępowaniu i nie niesie ze sobą żadnej nowej merytorycznej treści, jednak w zakresie załącznika nr 4 „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania” Izba podziela opinię Zamawiającego, iż stanowi on integralną część merytoryczną stanowiska Odwołującego.

Niewątpliwie de lege lata obowiązek przekazania Zamawiającemu kopii odwołania ma nie tylko walor informacyjny. Z uwagi na przewidzianą w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp możliwość uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, zapoznanie się z całością merytorycznego stanowiska Odwołującego przez Zamawiającego i wykonawców,



którzy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, ma istotne znaczenie. Tylko poznanie całości wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów powołanych na etapie wnoszenia odwołania, pozwala bowiem na prawidłową ocenę zarzutów. W wyniku dokonanej analizy Zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania albo przygotować stanowisko zmierzające do ich oddalenia, wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia oraz o ewentualnym sprzeciwie wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z kolei zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Z powyższej regulacji można wnosić, iż określone dokumenty, w szczególności dowody na poparcie zarzutów zawartych w odwołaniu, pomimo ich redakcyjnego wyodrębnienia jako załączniki, mogą być uznawane jako konstytuujące treść odwołania, o których stanowi w art. 180 ust. 3 in fine ustawy Pzp oraz wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania i dowody na poparcie przytoczonych okoliczności, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 8 ww rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Ich poznanie przez Zamawiającego może mieć zatem wpływ na ocenę zarzutów merytorycznych odwołania i decyzję Zamawiającego.

W ocenie Izby taki charakter ma załącznik nr 4 „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania”, który chociaż został formalnie wyodrębniony przez Odwołującego z części zasadniczej odwołania, stanowi element, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (*„okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności”*). Jest on zatem elementem merytorycznej zawartości odwołania, z którym tak Zamawiający, jak i wszyscy wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego mieli prawo i powinni byli się zapoznać, aby móc również na ich podstawie poznać pełne stanowisko i argumentację Odwołującego i odpowiednio do nich przygotować własne stanowisko i argumentację. Jak wskazywał Zamawiający, Odwołujący w treści odwołania do załącznika nr 4 się odwołuje, wskazując, iż przedstawione w odwołaniu wyliczenia wynikają właśnie z powyższej analizy i czyniąc ją podstawą swojej argumentacji. W treści odwołania powołano

się w sposób ogólny na określone przyjęte założenia (strona 3), jednak szczegółowe wyliczenia stanowiące podstawę dla wniosków Odwołującego zostały zawarte w załączniku nr 4 „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania”. Na istotne merytoryczne znaczenie powyższego dokumentu wskazuje również sam Odwołujący w treści odwołania: „(...) *Przedstawione powyżej wyliczenia wynikają z załączonej do odwołania analizy współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty. Z analizy tej wynika, że w przypadku realizacji prac za kwotę oferty wybranej w części IV Postępowania, Wykonawca musiałby zatrudnić pracowników za wynagrodzeniem niższym o 39,99 % od ustawowego minimalnego wynagrodzenia. Z kolei zmniejszenie udziału kosztów materiałów czy sprzętu nawet o 20 % nie wpłynęłoby znacząco na zmianę szacowanej wartości oferty. Załączona analiza opracowana dla modelowej oferty wykazuje również, że dopiero przy zmniejszeniu kosztów robocizny aż o 39,99 % lub zmniejszeniu jednocześnie kosztów robocizny o 34,51 % i sprzętu o 30,00 % szacowana wartość takiej oferty byłaby zbliżona z wartością oferty Wykonawcy wybranej przez Zamawiającego. Przy czym, przy tak zmniejszonych wskaźnikach wykonanie przedmiotu zamówienia w ramach części IV Postępowania należy uznać za praktycznie niemożliwe. (...); Przyniesione w punkcie 2 powyżej twierdzenia, fakty i dowody, w szczególności założenia i metodologię analizy współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty należy odnieść analogicznie do części V, VII, IX, X, XII, XIII oraz XV Postępowania (...)*”. W ocenie Izby, brak znajomości tego dokumentu uniemożliwił Zamawiającemu i innym wykonawcom potencjalnie zainteresowanym udziałem w postępowaniu odwoławczym weryfikację prawidłowości dokonanych obliczeń, ich szczegółowych założeń, przesłanek i metodologii, co z punktu widzenia postawionego zarzutu rażąco niskiej ceny należy uznać za istotne ograniczenie możliwości zajęcia merytorycznego stanowiska.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż Odwołujący, przekazując Zamawiającemu kopię odwołania, zobowiązany był przekazać mu również kopię powołanego załącznika nr 4 „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania” tak, aby Zamawiający, a w konsekwencji także inni wykonawcy, mogli zapoznać się z pełną treścią odwołania. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby powoływanym także przez Zamawiającego.

Uwzględniając okoliczność, iż wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w

przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp termin na wniesienie odwołania, a zarazem i przekazanie jego kopii Zamawiającemu, upływał w dniu 8 października 2011 r., jako że informacja o wyborze ofert najkorzystniejszych w poszczególnych częściach została przekazana 28 września 2011 r. Przekazanie pełnej kopii odwołania, tj. przekazanie załączników, w tym załącznika nr 4 „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania”, nastąpiło dopiero w dniu 19 października 2011 r. Oznacza to, iż Odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, jako że, jak wskazano powyżej, przekazanie kopii odwołania w dniu 7 października 2011 r., która nie obejmowała załącznika nr 4 „Analiza współzależności udziału robocizny, materiałów i sprzętu oraz wpływu ich zmian na szacowaną kwotę ogólną budżetu dla modelowej oferty w odniesieniu do części IV Postępowania” nie jest prawidłowym wypełnieniem obowiązku przesłania Zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

W konsekwencji tego zaniechania Odwołującego Izba jest zobligowana przepisem art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp do odrzucenia odwołania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz § 5 ust. 4 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:**