

**WYROK**  
**z dnia 11 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2014 r. przez wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o. o., 44-207 Rybnik, ul. Podmiejska 7, w postępowaniu prowadzonym przez Enea Wytwarzanie S.A., 26-900 Kozienice, Świerże Górne,

przy udziale wykonawcy Polimex-Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o. o., 44-207 Rybnik, ul. Podmiejska 7 i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o. o., 44-207 Rybnik, ul. Podmiejska 7 tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego – Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o. o., 44-207 Rybnik, ul. Podmiejska 7, na rzecz Zamawiającego - Enea Wytwarzanie S.A., 26-900 Kozienice, Świerże Górne, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający, Enea Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Świerże Górne prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest modernizacja kotła bloku nr 10 w 2014 r.

W dniu 24 lutego 2014 r., wobec wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Polimex-Mostostal S.A, odwołanie złożył wykonawca Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku. Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) nieprawidłowe badanie i ocenę ofert dokonane przez Zamawiającego, co miało wpływ na wynik postępowania,
- 2) wybór, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Polimex-Mostostal,
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty Polimex-Mostostal, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) zaniechanie odrzucenia oferty Polimex-Mostostal, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 5) zaniechanie odrzucenia oferty Polimex-Mostostal, mimo że jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów oraz niezgodna z ustawą,
- 6) zaniechanie wykluczenia wykonawcy Polimex-Mostostal, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- 7) zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy Polimex-Mostostal o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty,
- 8) zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej także, jako „Pzp”]: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 3, pkt 4 i pkt 8, art. 90 ust. 1-3.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym wyboru oferty wykonawcy Polimex-Mostostal, jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnego badania i oceny oferty wykonawcy Polimex-Mostostal, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy, wykluczenia go z postępowania i wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż dokonując interpretacji postanowień SIWZ oczywistym było, że Zamawiający nadał samodzielny charakter każdej z cen zaoferowanych za dane etapy wskazane w załączniku A3 do formularza ofertowego. W ocenie

Odwołującego zaoferowana przez Polimex-Mostostal wycena przedmiotu zamówienia wskazuje na fakt dokonania czynu nieuczciwej konkurencji. W szczególności zwracał uwagę na wycenę etapu 2 polegającego na modernizacji przegrzewacza. W ocenie Odwołującego oferta Polimex-Mostostal w w/w zakresie zawiera rażąco zaniżoną wycenę aż o 43% (a w zakresie ppkt 2.3 nawet o ponad 50%) w stosunku do oferty Odwołującego. Odwołujący wskazywał, iż analiza ofert Polimex-Mostostal w powyższym zakresie prowadzi do wniosku, że wykonawca ten nie wziął pod uwagę wszystkich kosztów zamówienia, co jest niezgodne z rozdziałem 17 pkt 4 SIWZ. Przykładowo w pkt 2.2 Etapu 2 wykonawca Polimex-Mostostal dostawę 82 dolnych części przegrzewaczy pary wtórnej wycenił na kwotę 1.880.825,60 zł netto, natomiast cena samego materiału potrzebnego do realizacji dostaw wynosi 1.676.484,25 zł netto. Kwota, która pozostaje Polimex-Mostostal na wytworzenie przegrzewacza wynosi jedynie 204.341,34 zł netto. Kwota ta jest nierealna i niewystarczająca dla prawidłowego wykonania zamówienia, gdyż pod uwagę należy wziąć wszystkie czynności, które oprócz zakupu surowego materiału należy wykonać w trakcie wytworzenia przegrzewacza. Odwołujący wskazywał, iż manipulacja cenowa w postaci wyceny podstawowych składników przedmiotu umowy, składających się na najważniejsze etapy jej realizacji w sposób istotnie odbiegający od ich rzeczywistej wartości oraz cen rynkowych jest przykładem czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji może być już samo zaoferowanie pojedynczych usług poniżej kosztów wytworzenia. Takie działanie Polimex-Mostostal zdaniem Odwołującego nie tylko mogło utrudnić dostęp konkurentów do rynku, ale wręcz faktycznie ten dostęp utrudniło, ponieważ w przypadku prawidłowej rynkowej wyceny usług Polimex-Mostostal nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia. Zatem z punktu widzenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji obojętne jest czy dana usługa wchodzi w zakres większej umowy tj. czy jej cena jest ceną jednostkową czy też ceną za cały zbiór usług. Odwołujący podnosił, że jeżeli wykonawca w przetargu oferuje cenę jednostkową to powinna ona być zgodna ze wszystkimi bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. W ocenie Odwołującego zaoferowanie przez Polimex-Mostostal dumpingowej wyceny prac (niepokrywającej nawet kosztów bezpośrednich, tj. kosztów materiałów niezbędnych do wykonania tych prac i kosztów robocizny) jest niezgodne z przepisami prawa, jeżeli w konsekwencji powoduje to pokrzywdzenie innych wykonawców oraz nie gwarantuje wykonania całego zamówienia. Tym samym oferta Polimex-Mostostal powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że skoro z zapisów SIWZ wynika, iż każda z wartości wskazanych za etapy wyszczególnione w załączniku A3 ma samodzielny charakter to każda z nich powinna być rozpatrywana pod kątem rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego biorąc pod uwagę obszerny zakres czynności koniecznych dla wytworzenia przegrzewacza,

czyli obligatoryjnych dla prawidłowej realizacji zamówienia, nie sposób uznać, że zaoferowana przez Polimex-Mostostal cena jest ceną realistyczną, adekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia. Cena taka może wskazywać na realizację zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę, a przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie Polimex-Mostostal albo nierzetelność kalkulacji tego wykonawcy. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był do podjęcia względem oferty Polimex-Mostostal działań wyjaśniających określonych przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego obowiązek wszczęcia procedury wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest podyktowany koniecznością dbałości przez Zamawiającego o należyte wykonanie zamówienia publicznego, a przyjęcie oferty wykonawcy Polimex-Mostostal bez sprawdzenia realności zaoferowanej ceny, może mieć negatywne skutki na etapie realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego dyspozycja art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp chroni również wykonawców przed niekonkurencyjnymi zachowaniami innych wykonawców, a zatem jego zastosowanie nie może być rozważane wyłącznie przez pryzmat zasady ekwiwalentności wydatkowania środków publicznych, a powinno uwzględniać także zasadę uczciwej konkurencji na straży której stoi zamawiający w postępowaniu. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający powinien był wszcząć procedurę wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a obowiązkowi temu zaniechał.

Dalej Odwołujący wskazywał, iż Polimex-Mostostal zobowiązał się do realizacji zamówienia w terminie od 31 marca 2014 r. do 5 lipca 2014 r., w tym prace na obiekcie do dnia 28 czerwca 2014 r. (wymóg z rozdz. 5 pkt 5.1 SIWZ). Ponadto próba wodna kotła została wyznaczona na dzień 7 czerwca 2014 r. (pkt 3.4 ppkt f części 2 SIWZ), strona 120 oferty Polimex-Mostostal). W ocenie Odwołującego zadeklarowany przez Polimex-Mostostal termin realizacji zamówienia jest niemożliwy do dotrzymania przez tego wykonawcę. Odwołujący zwracał uwagę, że prawidłowe i terminowe wykonanie zamówienia wymaga od wykonawcy wykorzystania m.in. rury o średnicy fi 57 o grubości ścianki 5,6 z materiału X10CrMoVNb9-1 na przegrzewacz pary III stopnia. Odwołujący wskazywał, iż rury o wskazanych parametrach z wyżej wskazanego materiału są rzadkim i specjalistycznym materiałem produkowanym tylko na specjalne zamówienie. Materiał ten nie jest produkowany na skład i nie jest dostępny w powszechnym obrocie materiałami hutniczymi a tym bardziej w ilościach wymaganych dla wytworzenia przegrzewacza pary III stopnia. Krąg podmiotów dostarczających wymagany przez zamawiającego materiał ogranicza się do trzech. Wymagane jest znacznie wcześniejsze zamówienie tego materiału a czas dostawy wynosi ok 3 miesiące. Według wiedzy Odwołującego na dzień 20 lutego 2014 r. Polimex-Mostostal nie był w posiadaniu ani nie dokonał zamówienia przedmiotowych rur. Nie jest zatem w stanie wykonać zamówienia w zaoferowanym terminie. Nawet teoretycznie

przyjmując, że Polimex-Mostostal złożył zamówienie na dostawę przedmiotowych rur w dniu wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej, termin dostawy wypadałby w połowie maja br. Jednocześnie Zamawiający wyznaczył próbę ciśnieniową kotła na dzień 7 czerwca 2014 r. Powyższe oznacza, że Polimex-Mostostal na wytworzenie przegrzewacza oraz jego zamontowanie miałby w takim wypadku ok 3 tygodnie od dnia dostarczenia surowej rury. Zdaniem Odwołującego z technicznego punktu widzenia jest to niemożliwe, biorąc pod uwagę czynności, jakie należy wykonać celem wytworzenia przegrzewacza, jak również fakt, iż przegrzewacz ten należy jeszcze zainstalować w kotle, co jest procesem długotrwałym i trudnym. W konsekwencji w Ocenie Odwołującego należało przyjąć, że Polimex-Mostostal zaoferował termin realizacji zamówienia nierealny i niemożliwy do dotrzymania przez tego wykonawcę. Oferta tego wykonawcy jest zatem nieważna oraz niezgodna z ustawą, a także stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto informacja o terminie realizacji zamówienia zawarta w ofercie Polimex-Mostostal, zdaniem Odwołującego miała bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Zatem będąc informacją nieprawdziwą, przesądza także o konieczności wykluczenia Polimex-Mostostal z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający, Enea Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Świerże Górne prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest modernizacja kotła bloku nr 10 w 2014 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 grudnia 2013 r., pod numerem 2013/S 244-425559.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału 5, pkt 5.1. SIWZ, Zamawiający określił następujący wymagany termin realizacji zamówienia: od 31.03.2014 r. do 05.07.2014 r. w tym prace na obiekcie do 28.06.2014 r. Ponadto zgodnie z postanowieniami pkt 5.4. wykonawca winien sporządzić i załączyć do oferty propozycję „Szczegółowego harmonogramu realizacji przedmiotu zamówienia” (sporządzonego z uwzględnieniem zapisów w Części 2. Zakres i Wymagania Techniczne Wykonania w pkt 3.4. Warunki ogólne na prace montażowe i demontażowe lit. f). W pkt 5.6. wskazanego rozdziału 5 SIWZ zamawiający wskazał, iż harmonogram rzeczowo-finansowy (załącznik nr 3, o którym mowa we wzorze umowy) będzie utworzony i uzgodniony z zamawiającym przed podpisaniem umowy.

Zgodnie z rozdziałem 17 pkt 2 SIWZ cenę oferty należy podać w załączniku nr A3 do formularza „Oferta” z dokładnością do 2 miejsc po przecinku zgodnie, z przyjętymi zasadami rachunkowości. W formularzu oferty należy podać cenę oferty netto, kwotę podatku VAT oraz cenę oferty brutto. Zgodnie z treścią w/w załącznika do formularza Oferta wykonawcy zobowiązani byli do podania m.in. wartości robót netto i brutto wyszczególnionych w załączniku A3.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału 18 SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria wyboru oferty:

- 1) cena ofertowa brutto – 90%,
- 2) gwarancja ogólna (w miesiącach) – 10%.

Szczegółowe wymagania techniczne jak i zakres prac modernizacyjnych kotła zawarte zostały w części II SIWZ.

Zgodnie z postanowieniami § 2 wzoru umowy przewidywany termin rozpoczęcia prac stanowiących przedmiot umowy ustala się na dzień 31.03.2014 r., a przewidywany termin zakończenia na dzień 05.07.2014 r., w tym prace na obiekcie do 28.06.2014 r., co jest zgodne z Harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 3 do przedmiotowej umowy. Zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 1 wzoru umowy za wykonanie przedmiotu umowy ustala się wynagrodzenie ryczałtowe.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku na kwotę 19.223.976,27 zł brutto z terminem realizacji odpowiadającym wprost wymogom SIWZ,
- 2) Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 15.731.394,56 zł brutto z terminem realizacji odpowiadającym wprost wymogom SIWZ.

Opierając się na danych zawartych w pkt 2 protokołu postępowania, Izba ustaliła również, iż wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 14.620.000,00 zł.

Ponadto ustalono, iż zgodnie z treścią załącznika nr A3 do formularza ofertowego złożonego przez wykonawcę Polimex-Mostostal S.A., wykonawca ten pozycję „Modernizacja przegrzewacza IIIst. p.p.wt” wycenił na kwotę 3.096.033,10 zł brutto w tym dostawa 82 dolnych części przegrzewaczy pary wtórnej III-go stopnia – 2.313.415.49 zł brutto. Wykonawca Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o. o. elementy powyższe wycenił odpowiednio na kwotę: 5.385.890,79 zł brutto, w tym 3.959.687,34 zł brutto za dostawę 82 dolnych części przegrzewaczy pary wtórnej III-go stopnia.

Pismem z dnia 13 lutego 2014 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Polimex-Mostostal S.A.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w dniu 25 lutego 2014 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Polimex-Mostostal S.A., stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść SIWZ, treść oferty Przystępującego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia Stron i Przystępującego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

#### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów, Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. W zakresie twierdzeń Odwołującego, iż Zamawiający w żadnym punkcie SIWZ nie przewidział obowiązku ani uprawnienia wykonawców do podania ceny zbiorczej za wykonanie całego zamówienia należy wskazać, iż z samego faktu braku wyżej opisanego wymogu podania całościowej ceny oferty nie sposób wywodzić, iż cenę należało rozpatrywać w rozbiciu na poszczególne etapy i w ramach tych etapów ceny te oceniać. Niewątpliwie we wzorze umowy w § 3 ust. 1 Zamawiający przewidział za wykonanie przedmiotu umowy wynagrodzenie ryczałtowe, ponadto zgodnie z postanowieniami rozdziału 18 pkt 18.1. SIWZ jako jedno z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający przewidział cenę nadając jej wagę 90%. W ocenie Izby już tylko te postanowienia pozwalają stwierdzić, iż cenom za poszczególne etapy Zamawiający nie dał szczególnego charakteru pozwalającego na ocenę każdej z tych cen w oderwaniu od ceny za całość zamówienia. Na wstępie należy zgodzić się, że Zamawiający jest uprawniony



do badania ceny oferty oraz jej poszczególnych elementów, nawet w przypadku, gdy wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Niemniej, o ile można zgodzić się, iż przedmiotem badania celem ustalenia czy cena oferty nie jest rażąco niska może być również cena za jeden z elementów składających się na cały przedmiot zamówienia to nie zmienia to faktu, iż nadal cenę takiego elementu trzeba będzie odnosić do całościowej ceny oferty i jego wpływu na tą cenę. W ocenie Izby z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Jak trafnie wskazywał Zamawiający, cena oferty Przystępującego nie odbiega od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego gdyż różnica wynosi zaledwie 8,64%. Ponadto w przedmiotowym stanie faktycznym wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego nie może w ocenie Izby potwierdzać porównanie jej z ceną oferty Odwołującego za kwestionowany przez niego element. Porównanie takie należy uznać za niemiarodajne skoro w przedmiotowym postępowaniu złożono tylko dwie oferty. Odwołujący poza własnymi twierdzeniami nie przedstawił żadnych dowodów, z których wynikałoby w sposób obiektywny, iż cena skalkulowana przez Przystępującego za realizację 2 etapu jest ceną nierealną, poniżej kosztów wytworzenia, niezapewniającą wykonawcy żadnego zysku. Przedstawione przez Odwołującego oferty na zakup materiałów do wykonania modernizacji przegrzewacza potwierdzają jedynie ceny niezbędnych materiałów dostępne Odwołującemu, co nie oznacza, iż Przystępujący nie jest w stanie nabyć tych materiałów na korzystniejszych warunkach. Stanowisko takie potwierdzają dokumenty załączone przez Przystępującego do pisma procesowego, z których wynika, iż ma on możliwość nabycia przedmiotowych materiałów po cenach korzystniejszych niż wskazywał Odwołujący. Stanowiska Odwołującego w zakresie nierealności wyceny prac objętych etapem nr 2 nie potwierdzają również przedłożone przez niego wyliczenia dotyczące zarówno niezbędnego nakładu pracy jak i kosztów osobowych. Izba wskazuje, iż brak jest dowodów, które potwierdzałyby, iż przyjęty przez Odwołującego nakład pracy do wykonania robót objętych etapem nr 2 stanowił niezbędne minimum, które należało uwzględnić w wyliczeniach. Jak trafnie wskazywał Przystępujący liczba potrzebnych roboczogodzin wynikać będzie z przyjętej przez wykonawcę technologii wytworzenia. Tym samym przyjęta przez Odwołującego liczba roboczogodzin może potwierdzać jedynie, nakład pracy przyjęty przez Odwołującego. W ocenie Izby brak jest argumentów na to, aby wskazywana przez Odwołującego liczba roboczogodzin mogła stanowić obiektywny współczynnik, na którym należało oprzeć wyliczenia ceny za realizację etapu nr 2, aby stwierdzić realność dokonanej wyceny. Reasumując brak jest argumentów, które potwierdzałyby stanowisko Odwołującego, iż oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę i tym samym powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jednocześnie również za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją wskazanego przepisu zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Niewątpliwie z treści wskazanego przepisu nie można wyprowadzić wniosku, iż postępowanie wyjaśniające jest obligatoryjne i zamawiający winien je wszcząć zawsze w stosunku do oferty najtańszej. Izba wskazuje, iż dopiero powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty, uzasadniałoby wszczęcie procedury wyjaśniającej. W ocenie Izby z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym gdyż brak jest znaczących rozbieżności pomiędzy ceną oferty Przystępującego a wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego. Niemiarodajne jest również zdaniem Izby odnoszenie ceny oferty Przystępującego czy nawet ceny za etap 2 do ceny zaproponowanej przez Odwołującego gdyż samo stwierdzenie różnicy pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny. Tym samym skoro Zamawiający nie wszczynał postępowania wyjaśniającego (w ocenie Izby zasadnie), za nietrafne należało również uznać zarzuty naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie dokonywał oceny żadnych wyjaśnień.

Jednocześnie za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby złożenie przez Przystępującego oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Izby popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji nie potwierdza skalkulowanie przez niego ceny za etap 2 na poziomie przez niego przyjętym. Jak już wcześniej wskazywano, brak jest dowodów do przyjęcia, iż Przystępujący dokonał manipulacji cenami za poszczególne elementy poprzez ich wycenę w sposób odbiegający od ich rzeczywistej wartości rynkowej. W ocenie Izby, opierając się na przedłożonych przez Przystępującego dowodach, można było dojść do wniosku, iż cena za wykonanie etapu 2 została skalkulowana w sposób rzetelny z uwzględnieniem chociażby najbardziej kosztotwórczego elementu, jakim jest zakup rur o wymaganych właściwościach. Stanowiska Odwołującego, w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji nie potwierdza również podnoszony przez niego brak realności wykonania przez Przystępującego przedmiotu zamówienia w zadeklarowanym terminie. W tym miejscu należy przypomnieć, iż Zamawiający redagując postanowienia SIWZ nie pozostawił wykonawcom dowolności w zakresie terminu wykonania zamówienia. Termin ten został przez Zamawiającego określony w sposób precyzyjny. Tym samym trudno oczekiwać, aby Przystępujący złożył ofertę, która w swej treści nie odpowiadałaby wymogom SIWZ, co do terminu realizacji zamówienia. Słusznie wskazywał Przystępujący, iż Odwołujący nie kwestionował realności terminu wykonania zamówienia przyjętego przez Zamawiającego, a przypisywał włącznie sobie możliwość wykonania zamówienia w narzuconym terminie, co miałoby prowadzić do wniosku, iż Przystępujący złożył w tym

zakresie nieprawdziwe oświadczenie gdyż dla niego termin ten jest nierealny i niemożliwy. Argumentacja taka w ocenie Izby nie znajduje żadnego uzasadnienia. Brak jest dowodów na to, iż Przystępujący złożył fałszywe oświadczenie i że tylko Odwołujący jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Stanowiska Odwołującego nie potwierdza wskazywany przez niego termin dostawy rur niezbędnych do wykonania modernizacji przegrzewacza. Podobnie jak w zakresie ceny, przedłożone przez odwołującego oferty potwierdzają terminy w jakich Odwołujący może nabyć niezbędne materiały co nie oznacza, iż nie jest możliwa dostawa tych materiałów w krótszym czasie. Izba wzięła w tym miejscu pod uwagę ofertę złożoną przez Przystępującego, z której wynika krótszy niż zakładany przez Odwołującego termin dostawy rur do wykonania modernizacji przegrzewacza. Mając na względzie powyższe, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż Przystępujący poprzez sposób kalkulacji cen w swojej ofercie, czy zadeklarowanie wykonania przedmiotu zamówienia w terminie wynikającym z SIWZ dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Tym samym za niezasadne należało również uznać zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp gdyż brak było podstaw do stwierdzenia, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z ustawą Pzp czy też jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Mając na względzie powyższe Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy 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:** .....