Sygn. akt: KIO 2535/17

WYROK
z dnia 18 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" Sp. z o.o., Michałowice 169, 49-314 Pisarzowice, PIOMAR P. C., ul. Sadowa 7, 49-313 Lubsza,** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Grodków, ul. Warszawska 29, 49-200 Grodków,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia:
   1.1 art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy **„EL-MAR" Sp. z o.o., Pl. Wolności 16/5, 46-380 Dobrodzień,** która zawierała rażąco niską cenę i której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nakazuje Zamawiającemu **Gmina Grodków, ul. Warszawska 29, 49-200 Grodków,** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy **„EL-MAR" Sp. z o.o., Pl. Wolności 16/5, 46-380 Dobrodzień** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;
   1.2 **art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych** polegającego na zaniechaniu wezwania wykonawcy **P.H.U. „MEMFIS" A. M., Olszyna, ul. Klonowa 8, 42-284 Herby** o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu **Gmina Grodków, ul. Warszawska 29, 49-200 Grodków** wezwanie wykonawcy **P.H.U. „MEMFIS" A. M., Olszyna, ul. Klonowa 8, 42-284 Herby** do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

---

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Gmina Grodków, ul. Warszawska 29, 49-200 Grodków,** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" Sp. z o.o., Michałowice 169, 49-314 Pisarzowice, PIOMAR P. C., ul. Sadowa 7, 49-313 Lubsza** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero gorszy), poniesioną z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,
   3.2. zasądza od Zamawiającego **Gmina Grodków, ul. Warszawska 29, 49-200 Grodków,** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" Sp. z o.o., Michałowice 169, 49-314 Pisarzowice, PIOMAR P. C., ul. Sadowa 7, 49-313 Lubsza,** kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2017 poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu.**

Sygn. akt KIO 2535/17

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Grodków ul. Warszawska 29, 49-200 Grodków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Oświetlenie uliczne w niektórych miejscowościach Gminy Grodków - etap II”*

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte w dniu 12.10.2017 r. przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 601175-N-2017 – a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Zamawiający pismem z dnia 23.11.2017 r. poinformował wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy „EL-MAR" Sp. z o.o., Pl. Wolności 16/5, 46-380 Dobrodzień (dalej jako El-mar) oraz o przyznanej ofertom punktacji.

Wobec powyższej czynności w dniu 28.11.2017 r. zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" Sp. z o.o., Michałowice 169, 49-314 Pisarzowice, PIOMAR P. C., ul. Sadowa 7, 49-313 Lubsza (dalej jako Odwołujący), na nw. czynności Zamawiającego:
- wybór oferty El-mar jako najkorzystniejszej,
- zaniechanie czynności odrzucenia oferty El-mar,
- zaniechanie czynności zwrócenia się do wykonawcy P.H.U. „MEMFIS" A. M. z siedzibą Olszyna, ul. Klonowa 8, 42-284 Herby (dalej jako Memfis) o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oraz zaniechanie czynności odrzucenia oferty Memfis,
- zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. **Art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp** poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty El-mar pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i pomimo, że

wykonawca El-mar nie złożył wyjaśnień, które można uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, a tym samym wykonawca El-mar nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
2. **Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp** poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty El-mar pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. **Art. 7 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie wezwania wykonawcy Memfis o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
4. **Art. 7 ust 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp** poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty Memfis pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
5. **Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez dokonanie wyboru oferty El-mar jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty El-mar jako najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonania odrzucenia oferty El-mar, oraz wezwania wykonawcy Memfis o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie odrzucenia oferty Memfis,
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadnienie odwołania

Odwołujący wskazuje, że cena kosztorysowa oferty złożonej przez wykonawcę El-mar wynosi 1.008.512,40 zł brutto. Jednocześnie z treści wypełnionych przedmiarów, złożonych z ofertą El-mar, wynika, że do wyceny oferty wykonawca ten przyjął stawkę roboczogodziny w wysokości 8 zł oraz zastosował następujące narzuty:
Koszty pośrednie [Kp] - 22 % R,S
Zysk [Z] - 5 % R+Kp(R), S+Kp(S)
Koszty transportu i zaopatrzenia [Ktz] - 5 %
VAT [V] - 23 % S(R+Kp(R)+Z(R), M, S+Kp(S)+Z(S)).
Odwołujący informuje, że w toku badania złożonych ofert Zamawiający pismem z dnia 14.11.2017 r. wezwał wykonawcę El-mar do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, w szczególności w zakresie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego

wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wskazuje, że wykonawca El-mar nie zakwestionował dokonanej przez Zamawiającego czynności. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca El-mar pismem z dnia 16.11.2017 r. złożył jednostronicowe wyjaśnienie, do którego załączył wykaz sprzętu budowlanego oraz narzędzi do realizacji robót budowlanych oraz wydruki stanowiące szczegółową listę płac za wrzesień 2017 r. Odwołujący podkreśla, że wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust 1 lub 1a ustawy Pzp ustanawia domniemanie prawne zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazuje, że wyjaśnienia wykonawcy powinny doprowadzić do obalenia tego domniemania. Przepis art. 90 ust 2 ustawy Pzp jasno i wyraźnie stanowi bowiem, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, zaś zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
W ocenie Odwołującego wyjaśnienia wykonawcy El-mar zawarte w piśmie z dnia 16.11.2017 r. są zbyt ogólnikowe, aby mogły obalić domniemanie złożenia oferty z rażąco niską ceną. W takim przypadku zastosowanie znaleźć powinien art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazuje, iż ponieważ wykonawca El-mar w złożonych wyjaśnieniach ograniczył się do niezwykle ogólnikowych stwierdzeń i nie wskazał w jaki konkretnie sposób powołane przez niego okoliczności wpłynęły na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, to w jego ocenie nie można złożonego przez niego pisma uznać za wyjaśnienia ceny. Na potwierdzenie powyższego powołuje się na wyrok KIO z dnia 28.02.2012 r., sygn. akt KIO 314/12. Odwołujący podkreśla, że obalenie przez wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny, powstałego wskutek wezwania przez Zamawiającego, musi nastąpić poprzez złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp i poparcie ich dowodami, przy czym niewystarczającym jest złożenie jakichkolwiek wyjaśnień - wyjaśnienia powinny być precyzyjne, szczegółowe i konkretne, a nie sprowadzać się do powtórzenia ogólników, które mógłby się znaleźć w każdych innych wyjaśnieniach składanych w każdym innym postępowaniu. Podnosi, że wyjaśnienia muszą być też poparte dowodami, co wynika z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz z wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że w niniejszej sprawie, wobec złożenia przez wykonawcę El-mar ogólnikowych, jednostronicowych wyjaśnień nie popartych dowodami, Zamawiający winien był uznać, iż wykonawca żądanych wyjaśnień nie złożył i nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem KIO niewystarczające jest złożenie jakichkolwiek wyjaśnień – powołuje się na wyrok sygn. akt KIO 1587/11.

Podnosi również, że wykonawca El-mar nie wyjaśnił, w jaki konkretnie sposób okoliczności powołane w wyjaśnieniach przekładają się na zaoferowaną przez niego cenę, zaś jako dowodu na obalenie domniemania rażąco niskiej ceny nie można w jego ocenie uznać informacji zawartych w pkt 1 i 2 wyjaśnień z dnia 16.11.2017 r. Odwołujący wskazuje, iż jest to jedynie oświadczenie wykonawcy, które nie zostało poparte dowodami, np. w postaci kalkulacji ceny złożonej oferty. Niewiadomym zatem pozostaje jak oświadczenia te przekładają się na cenę oferty w niniejszym postępowaniu. Odwołujący nie widzi także związku pomiędzy tymi oświadczeniami a załącznikiem nr 2 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w którym znajduje się kilka wydruków ze szczegółowej listy płac oraz jedna umowa o pracę. Podnosi, że niewiadomym pozostaje, kogo dotyczą załączone dokumenty oraz w jaki sposób wydruki te przekładają się zarówno na cenę, jak i na realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podnosi, że informacje zawarte w pkt 3 wyjaśnień, wskazujące na doświadczenie nabyte w realizacji inwestycji dotyczących oświetlenia drogowego są niekonkretne, wykonawca nie wskazał o jakie inwestycje chodzi, nie załączył również żadnych referencji potwierdzających fakt zrealizowania inwestycji, w terminie oraz w sposób należyty. Podkreśla, że nie wiadomo, w jaki sposób specjalistyczny sprzęt, wymieniony w załączniku nr 1 do wyjaśnień El-mar, doprowadził do redukcji zarówno kosztów robocizny, jak i skrócenia terminu realizacji inwestycji. Wskazuje na brak dowodu na możliwość zrealizowania niniejszego zamówienia dwukrotnie szybciej niż przewidział to Zamawiający w treści SIWZ, oraz możliwość zredukowania kosztów robocizny o 50%. Wskazuje, że założenie dwukrotnie szybszej realizacji zamówienia nie wynika z treści złożonej oferty, a redukcja kosztów robocizny o połowę nie została poparta żadną kalkulacją, szczegółowymi wyjaśnieniami czy też dowodami. Odnośnie ostatniego twierdzenia zawartego w pkt 3 wyjaśnień El-mar Odwołujący podnosi, iż sam wykonawca przyznaje się w złożonych wyjaśnieniach do znaczącego zmniejszenia stawki za roboczogodzinę. Odwołujący zaznacza, że przywoływana okoliczność zmniejszenia stawki w celu niepokazania redukcji ilości roboczogodzin dla niniejszego zadania świadczy o braku należytej i zgodnej z zasadami sztuki wyceny przedmiarów. Wskazuje, że zgodnie z § 5 ust. 1 części II - Wzór umowy, w niniejszym postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie kosztorysowe, zatem w jego opinii rozliczenie wykonanych przez El-mar robót odbyłoby się na podstawie sztucznej i zaniżonej stawki za roboczogodzinę pracy.
Odwołujący podkreśla, że brak niezbędnych informacji na temat kalkulacji ceny i szczególnych okoliczności, które pozwoliły zaoferować wykonawcy El-mar tak niską cenę, powoduje, że wyjaśnienia El-mar trzeba oceniać jako wyłącznie gołosłowne zapewnienia, iż wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia faktycznie uwzględnił w cenie oferty, zaś zarówno ustawa jak i Zamawiający wymagali od wykonawcy El-mar

złożenia wyjaśnień, a nie zapewnień. Powołuje się na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r., sygn. akt I Ca 117/12.
Odwołujący podnosi, że zgodnie z częścią I pkt 24 ust. 1 SIWZ cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosi, że zaoferowana przez El-mar stawka roboczogodziny na poziomie 8 zł jest stawką niższą od ustawowego minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zgodnie z obowiązującymi na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu przepisami prawa, minimalne wynagrodzenie osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy wynosiło 2000 zł brutto, przy jednoczesnym założeniu średniego miesięcznego czasu pracy 167 godzin. Wyjściowa stawka za roboczogodzinę pracy wynosi więc 11,9760 zł, przy czym musi ona zostać uzupełniona o narzuty podstawowe i uzupełniające, zgodnie z przepisami prawa minimalna kalkulacyjna stawka za roboczogodzinę wynosi 16,95. zł. Odwołujący podnosi, że oferta El-mar nie obejmuje wszelkich kosztów, jakie musi ponieść każdy wykonawca z tytułu zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Stawka roboczogodziny w wysokości 8 zł nie uwzględnia bowiem wynikającego z odrębnych przepisów minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty El-mar pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu

przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (ZNKU) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący wskazuje, że na podstawie powołanego przepisu możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, ale również naruszeniem takim zagraża. Odwołujący podnosi, że kwestionuje rzetelność sposobu obliczenia ceny oferty przez wykonawcę El-mar który do kalkulacji ceny ofertowej przyjął stawkę roboczogodziny w wysokości 8 zł, a zatem w sposób nieuprawniony zaniżył cenę swojej oferty w wyniku zastosowania stawki za roboczogodzinę nie uwzględniającej wymagań określonych w SIWZ oraz niezgodnych z przepisami prawa dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zdaniem Odwołującego działania El-mar naruszają tym samym jego interes jako podmiotu ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Wskazuje, że Odwołujący - podobnie jak każdy inny jego konkurent - ma prawo

---

oczekiwać nie tylko równego traktowania ze strony Zamawiającego, ale również możliwości konkurowania na równych i uczciwych zasadach z innymi uczestnikami rynku. Odwołujący wywodzi, że obowiązkiem Zamawiającego jest stworzenie na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, a obowiązkiem wykonawców jest uczciwe konkurowanie o wybór ich ofert. W ocenie Odwołującego zachowanie wykonawcy El-mar taką konkurencję zaburzyło, jako że stanowiło odstępstwo od zasad rzetelnego kalkulowania ceny oferty, której oczekiwać należy od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Podnosi również, że za czyn nieuczciwej konkurencji musi zostać uznane działanie wykonawcy El-mar polegające na zaniżeniu wartości pozycji z przedmiaru robót poprzez sztuczne zaniżenie wartości stawki za roboczogodzinę, które to działalnie to jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i miało na celu pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.04.2017 r. KIO 680/17.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że oferta El-mar winna zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy ZNKU.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie wezwania wykonawcy Memfis o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący powołuje się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Badanie rażąco niskiej ceny po nowelizacji". Podnosi, że wykonawca Memfis zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 1.094.198,34 zł tj. cenę o 85 685,94 zł (ok. 8,5 %) wyższą od oferty El-mar wybranej jako najkorzystniejsza. Podnosi, że większość ofert utrzymuje poziom cen zdecydowanie wyższy. Odwołujący wywodzi, że mimo, iż różnica ta nie spełnia przesłanek z przepisu art. 90 ust. 1a Pzp (tj. 30% różnicy pomiędzy najniższą ceną a średnią ceną pozostałych ofert - co jest jedynie uniwersalnym poziomem dla wszystkich przetargów), to jednak przy charakterystyce pozostałych cen oferowanych oraz fakcie rażącego niedoszacowania przez Zamawiającego wartości niniejszego zamówienia jest na tyle znacząca, że winna wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi zamawiającego (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący podnosi, że zamawiający nie może działać automatycznie, ale indywidualnie podchodzić do każdego zagadnienia, w tym do złożenia w tym postępowaniu ofert, które w zakresie ceny istotnie różnią się od ceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza, wobec czego w tym indywidualnym przypadku obiektywnie Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień zgodnie z procedurą opisaną w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreśla, że przykładem jest tutaj czynność Zamawiającego z dnia 14.11.2017 r. podjęta w odniesieniu do wykonawcy El-mar. Analogicznie, do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinien zostać wezwany wykonawca Memfis, zarówno z powodów opisanych wyżej,

jak i ze względu na zaoferowanie stawki roboczogodziny w wysokości 12 zł tj. stawki nie uwzględniającej wynikającego z odrębnych przepisów minimalnego wynagrodzenia za pracę.
Biorąc zatem pod uwagę wątpliwości, jakie budzi oferta Memfis, jak również rynkową wartość zamówienia, uzasadnione są poważne wątpliwości dotyczące ceny zaoferowanej przez wykonawcę Memfis. Istniejące różnice powinny wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, jako dysponenta środków publicznych, w szczególności co do kosztów roboczgodziny i powinny stanowić podstawę do wszczęcia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego. Gdyby w wyniku procedury wyjaśnień potwierdziłoby się zaoferowanie rażąco niskiej ceny, Zamawiający byłby zobowiązany do odrzucenia oferty Memfis na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty Memfis pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący podnosi, co następuje. Odwołujący kwestionuje rzetelność sposobu obliczenia ceny oferty przez wykonawcę Memfis. Jak już wyżej wskazano, Memfis do kalkulacji ceny ofertowej przyjął stawkę roboczogodziny w wysokości 12 zł. Wykonawca ten w sposób nieuprawniony zaniżył cenę swojej oferty w wyniku zastosowania stawki za roboczogodzinę nieuwzględniającej wymagań określonych w SIWZ oraz niezgodnych z przepisami prawa dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę. Działania Memfis naruszają tym samym interes Odwołującego jako podmiotu ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący zwraca uwagę, że podobnie jak każdy jego konkurent - ma prawo oczekiwać nie tylko równego traktowania ze strony Zamawiającego, ale również możliwości konkurowania na równych i uczciwych zasadach z innymi uczestnikami rynku. Wskazuje, że obowiązkiem Zamawiającego jest stworzenie na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, a obowiązkiem wykonawców jest uczciwe konkurowanie o wybór ich oferty.
W opinii Odwołującego zachowanie wykonawcy Memfis taką konkurencję zaburzyło, jako że stanowiło odstępstwo od zasad rzetelnego kalkulowania ceny oferty, której oczekiwać należy od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.
Z powyższego Odwołujący wywodzi, że oferta Memfis winna zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy ZNKU.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty El-mar jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, Odwołujący podnosi, że zarzut ten jest konsekwencją uprzednio podniesionych i opisanych zarzutów odwołania oraz czynności dokonanych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazuje, że w przypadku potwierdzenia się zarzutów zaniechania odrzucenia ofert El-mar oraz Memfis, czynność wyboru oferty El-mar będzie uznana za naruszającą przepisy ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany będzie do ponownego badania złożonych ofert oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

że prowadzi niniejsze Odwołujący wskazuje, Zamawiający postępowanie z zastosowaniem art. 24aa ustawy Pzp, co oznacza, że badanie ofert w zakresie braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu odbyło się wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy El-mar, który uzyskał największą ilość punktów. Wykonawca Memfis nie był wzywany do złożenia dokumentów podmiotowych, zatem ewentualne kwestionowanie prawidłowości tych dokumentów będzie możliwe dopiero na późniejszym etapie postępowania.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w dniu 12.12.2017 r., w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i wskazał, co następuje. Zgodnie z SIWZ w przedmiotowym postępowaniu kompletna oferta musiała zawierać wyceniony Przedmiar Robót. W części I SIWZ, pkt 15.3.1 lit b) znalazł się zapis, iż „Wyceniony *przedmiar robót powinien zostać sporządzony w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót i dołączony do oferty".* Zamawiający podnosi, iż zgodnie z SIWZ nie żądał przedstawienia przez wykonawców składników cenotwórczych (stawka roboczogodziny, narzuty, zysk), wbrew

twierdzeniu Odwołującego. Podnosi, że działanie takie jest celowe, bowiem z jego doświadczenia wynika, że składniki te nie są niezbędne do realizacji umowy oraz jej rozliczenia, w szczególności podanie określonej w kosztorysie stawki roboczogodziny nie przekłada się na wysokość wynagrodzenia, jaką wykonawca zobowiązany jest płacić swoim pracownikom zatrudnionym na podstawie umów o pracę przy realizacji danego zamówienia. Sama stawka roboczogodziny ustalona w ofercie na danym poziomie nie stanowi także jeszcze podstawy do uznania, że cena jest rażąco niska. Wskazuje, iż w pełni akceptowalnym jest, aby wykonawca płacił za wykonane roboty zgodnie z ustaleniami, które nie opierają się na kosztorysie.

Zamawiający podnosi, że w przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało 5 ofert, których 70% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynosi 842.309,63 zł, natomiast 70% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług

---

wynosi 1.053.411,46 zł. Cena wybranej oferty El-mar wynosi 1.000.332,60 zł (brutto), jest więc o 53.078,86 zł niższa od 70% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług — różnicę tą można uznać za niewielką w stosunku do wartości wybranej oferty. Podnosi, iż w ceny złożonych ofert są porównywalne i różnice cenowe pomiędzy nimi są niewielkie i równomiernie rosnące.

Zamawiający podnosi, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (KIO 1573/17; KIO 1584/17) za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Wskazuje, że wystąpienie przesłanki arytmetycznej określonej w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp w odniesieniu do oferty El-mar stanowiło jedynie uzasadnienie do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a nie do uznania, że cena oferty jest rażąco niska. Zamawiający podkreśla, że zobowiązany był zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wezwać wykonawcę El-mar do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co uczynił pismem z dnia 14.11.2017 r. — wezwanie dotyczyło wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, w szczególności w zakresie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847).
W odpowiedzi wykonawca El-mar złożył zwięzłe wyjaśnienia, w tym dowody potwierdzające, że zastosowana przez niego stawka roboczogodziny zapewnia uzyskanie przez pracowników co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Wykonawca złożył oświadczenie, że jest w stanie zredukować koszty robocizny o 50% poprzez dwa razy szybszą realizację zamówienia. Ponadto wyjaśnił, że w trakcie obliczeń kosztorysowych, aby nie redukować ilości godzin dla powyższego tematu dokonał zmniejszenia stawki za roboczogodzinę uzyskując tą samą kwotę robocizny. W opinii Zamawiającego Wykonawca potwierdził tym samym, że płaci swoim pracownikom za wykonaną przez nich pracę według zasad, które nie opierają się na kosztorysie ofertowym złożonym wraz z ofertą. Wskazuje, że do pisma z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny El-mar jako dowody załączył:
1) wykaz sprzętu budowlanego oraz specjalistycznych narzędzi do realizacji robót budowlanych będących jego własnością (30 pozycji),
2) kopię zanonimizowanej szczegółowej listy płac za okres 01.2017-30.09.2017 r.,
3) kopię zanonimizowanej umowy o pracę zawartej z pracownikiem fizycznym na okres 04.10.2017 - 03.10.2019 r. z wynagrodzeniem 2.100,00 zł brutto.

Zamawiający wskazuje, iż z załączonej listy płac wynika, że wynagrodzenia pracowników „EL-MAR” sp. z o. o. wynoszą co najmniej minimalne wynagrodzenie. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy El-mar, w tym złożone dowody są precyzyjne, szczegółowe i wystarczające aby uznać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający podnosi, że El-mar wskazał czynniki, które są dla

wykonawcy istotne ze

względu na kalkulację ceny „bez *zbędnego rozpisywania się w temacie".* Podnosi, że sprzęt oraz narzędzia będące własnością wykonawcy mają bezpośrednie przełożenie na sposób kalkulacji ceny ofertowej. Zamawiający wskazuje, że trudno jest przedstawić dowody potwierdzające koszty pracy, w szczególności przy zamówieniach na roboty budowlane w sytuacji, gdy realizacja umowy dopiero będzie miała miejsce w przyszłości. Podnosi, że El-mar przedstawił dowody dotyczące jego sytuacji kadrowej — potwierdzenie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę 17 pracowników oraz umowę o pracę zawartą z nowym pracownikiem w dniu 04.10.2017r. — w opinii Zamawiającego są to dowody potwierdzające, że wykonawca wypłaca swoim pracownikom wynagrodzenia zgodne z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i stanowi potwierdzenie, że w trakcie realizacji będzie płacił pracownikom w wysokości co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej.

Zamawiający zwraca także uwagę na fakt, że przedmiotowe zamówienie dotyczy robót budowlanych, które są rozliczane w oparciu o system kosztorysowy — ceny jednostkowe zgodne z wycenionym przedmiarem robót w oparciu o rzeczywiście wykonane ilości robót budowlanych, w różnym czasie. Wskazuje, że praca wykonywana przez pracowników wykonujących roboty budowlane nie jest pracą wykonywaną z sposób ciągły, tak jak przy zamówieniach w których praca człowieka jest podstawowym czynnikiem cenotwórczym np. całodobowa ochrona obiektu, usługi sprzątania, usługi opiekuńcze. Podnosi, że dlatego też przy ocenie złożonych przez wykonawców wyjaśnień oraz dowodów należy brać pod uwagę rodzaj zamówienia oraz sposób jego wykonania.

W ocenie Zamawiającego każdorazowo stan faktyczny danej sprawy powinien być badany ze względu na możliwość popełnienia błędu polegającego na subiektywnej ocenie przedstawionych przez wykonawców wyjaśnień oraz dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny. Wskazuje, że w przedmiotowej sprawie dokonując oceny złożonych wyjaśnień dowodów brał w szczególności pod uwagę następujące czynniki:

1) niewielka różnica cenowa pomiędzy złożonymi ofertami (zupełnie inna byłaby ta ocena w przypadku znacznych rozbieżności pomiędzy cenami złożonych ofert),
2) rodzaj zamówienia oraz sposób rozliczenia zawartej umowy — w przypadku zamówień na roboty wynagrodzenie pracowników zatrudnionych przy realizacji umowy nie jest głównym czynnikiem wpływającym na cenę oferty.

Zamawiający poprzez analogię do sytuacji El-mar odnosi się do zarzutów dotyczących oferty Memfis. W ocenie Zamawiającego nie zachodziła żadna z ustawowych przesłanek do wszczęcia procedury badania oferty Memfis w zakresie rażąco niskiej ceny — cena oferty nie wydawała się Zamawiającemu niska ze względu na stosunkowo wyrównany poziom cen wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 13.12.2017 r. strony podtrzymały stanowiska. Zamawiający wskazał ponadto, że skierował wezwanie do El-mar wobec wyliczenia arytmetycznego i obowiązku wynikającego z ustawy Pzp, nie miał natomiast odczucia, by cena El-mar była rażąco niska. W jego opinii cena El-mar daje gwarancję prawidłowej realizacji zamówienia. Zamawiający podniósł także, że po dodaniu kosztów pośrednich i zyskach wskazanych w kosztorysie stawka za roboczogodzinę w ofercie Memfis kształtuje się na poziomie 13 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertami złożonymi w postępowaniu, oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z pkt 4 SIWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie oświetlenia ulicznego w niektórych miejscowościach Gminy Grodków - etap II, dla miejscowości: 1) Bąków, 2) Bogdanów, 3) Gnojna, 4) Jędrzejów, 5) Kolnica, 6) Mikołajowa, 7) Osiek Grodkowski,

8) Wojnowiczki, 9) Wójtowice, 10) Żelazna, 11) Grodków - ul. Polna, ul. Traugutta, ul. Klubowa. Zamawiający wymaga, aby osoby wykonujące następujące czynności w zakresie realizacji zadania tj.: czynności wykonywane przez pracowników fizycznych w okresie realizacji niniejszej umowy, zostały zatrudnione przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę.

W pkt 8 SIWZ termin realizacji zamówienia określono na dzień 5.10.2018 r., w pkt 20 termin składania ofert na dzień 30.10.2017 r.

Zgodnie z pkt 15.3.1b SIWZ oferta musi zawierać wyceniony przedmiar robót. Punkt 24.2 SIWZ określa, że wyceniony przedmiar robót powinien zostać sporządzony w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót i dołączony do oferty.

Wraz ze złożonymi ofertami wykonawcy złożyli kosztorysy, w których wykonawca El-mar przyjął stawkę za roboczogodzinę w wysokości 8 zł, wykonawca Memfis zaś – 12 zł.

Pismem z dnia 14.11.2017 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wezwał wykonawcę El-mar do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, w szczególności w zakresie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r., poz. 847).

Wykonawca Elmar udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 16.11.2017 r. Wskazał w nich, iż:
„1. Oświadczamy, że płace w naszym przedsiębiorstwie nie są niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3 – 5 ustawy z 10 października 2002.(…)
2. Określona w ofercie stawka – obejmuje wszelkie koszty pracy – w tym nakłady na bezpieczeństwo, odzież roboczą, doskonalenie, działalność socjalno – bytową, składkę ubezpieczeniową i inne pozapłacowe obciążenia.
3. Nabyte doświadczenie w realizacji inwestycji dotyczących oświetlenia drogowego, jak również specjalistyczny sprzęt, który wchodzi w zasoby naszej firmy (ujęty w załączniku nr 3), pozwala w znaczący sposób zredukować termin realizacji inwestycji – co za tym idzie ograniczyć koszty związane z robocizną. W związku z powyższym nasza firma jest w stanie zredukować koszty robocizny o 50% poprzez dwa razy szybszą realizację zadania. W trakcie obliczeń kosztorysowych, aby nie redukować ilości godzin dla powyższego tematu, dokonaliśmy zmniejszenia stawki za roboczogodzinę – uzyskując tą samą kwotę robocizny.

Nadmieniamy, iż faktyczna stawka robocizny wynikająca z kosztorysu (z uwzględnieniem kosztów pośrednich w wysokości 22% oraz zysku w wysokości 5%) wynosi 11,67 netto zł/rbg. Dodatkowo przewidujemy do realizacji tego zadania koszty transportu i zaopatrzenia w wysokości 5%, zysk na materiale w wysokości 15% oraz sprzęt własny, którego zestawienie ujęto w załączniku nr 3”.
Do wyjaśnień wykonawca dołączył załącznik w postaci tabeli zawierającej „Wykaz *istotnego sprzętu budowlanego oraz specjalistycznych narzędzi do realizacji robót budowlanych”* zawierający 30 pozycji. Wykonawca przedłożył wraz z wyjaśnieniami także „Szczegółową listę płac” za okres 1.09.2017 r. do 30.09.2017 r., zawierający 17 zanonimizowanych pozycji, z których wynika, iż osoby o czasie pracy 168 h miesięcznie otrzymywały wynagrodzenie w wysokości co najmniej 2000 zł miesięcznie. Załączył także umowę o pracę z dnia 4.10.2017 r. z pracownikiem fizycznym na czas określony do dnia 30.10.2019 r. Umowa określała, że

praca jest na pełen etat, 40 godzin tygodniowo, wynagrodzenie – 2100 zł brutto.

Pismem z dnia 23.11.2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy El-mar. W zawiadomieniu wskazał, iż oferta ta jest najkorzystniejszą ze złożonych ofert, jest kompletna pod względem formalnym oraz spełnia warunki określone w SIWZ. Ponadto zamawiający poinformował o ilości punktów przyznanych pozostałym ofertom. W kryterium „cena" punktacja kształtowała się w nw. sposób:

1. El-mar – cena 1 000 332,60 zł – 60 pkt,
2. Memfis – cena 1 094 198,34 zł – 54,85 pkt,
3. PPHU Piomar Sp. z o.o., Piomar P. C. – cena 1 179 889,80 zł – 50,87 pkt,
4. Amikar Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe M. K. – cena 1 330 404,44 zł – 45,11 pkt,
5. WASBUD Robert Wąs – cena 1 403 492,37 zł – 43,76 pkt.

W drugim z kryteriów – termin gwarancji, wszyscy wykonawcy uzyskali maksymalną ilość punktów.

W

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów:

1. **Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.**

Izba uznała, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty El-mar pomimo, że wykonawca El-mar nie złożył wyjaśnień, które można uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, a tym samym wykonawca El-mar nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Artykuł 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847).

Art. 90 ust. 1a ustawy Pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Przesłankę odrzucenia oferty wobec jej rażąco niskiej ceny precyzuje art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu został wyznaczony na dzień 30.10.2017 r., a przewidywany termin realizacji umowy został określony na 5.10.2018 r.

Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9.9.2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1456), od 1 stycznia 2017 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2 000 zł, z kolei zgodnie z

rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 12.09.2017 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2018 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 1747) od 1 stycznia 2018 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2 100 zł.

Przy przyjęciu 160-godzinnego miesiąca pracy, ww. kwoty dają stawkę za godzinę, odpowiednio, 12,5 zł i 13,125 zł brutto.

Okolicznością bezsporną w niniejszej sprawie było, iż stawka 8 zł i 12 zł za roboczogodzinę jest niezgodna z przepisami dot. minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Wykonawca El-mar w złożonym wraz z ofertą kosztorysie wskazał stawkę roboczogodziny w wysokości 8 zł.

Pismem z dnia 14.11.2017 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wezwał wykonawcę El-mar do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, w szczególności w zakresie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r., poz. 847).

Wykonawca El-mar udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie pismem z dnia 16.11.2017 r., w którym wskazał, że płace w spółce nie są niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, określona w ofercie stawka obejmuje wszelkie koszty pracy, zaś nabyte doświadczenie oraz posiadany specjalistyczny sprzęt pozwala o połowę zredukować termin realizacji inwestycji, co pozwala zredukować koszty robocizny o 50%. Wskazał, iż w trakcie obliczeń kosztorysowych dokonał zmniejszenia stawki za roboczogodzinę by nie redukować przyjętej ilości godzin i uzyskał tę samą kwotę robocizny. Podał także, że faktyczna stawka robocizny wynikająca z kosztorysu wynosi 11,67 zł netto za roboczogodzinę – z uwzględnieniem kosztów pośrednich w wysokości 22% oraz zysku w wysokości 5%. Do wyjaśnień dołączony został wykaz posiadanego sprzętu, wyciąg z listy płac za wrzesień 2017 r., oraz umowa o pracę z pracownikiem fizycznym z dnia 4.10.2017 r.

W ocenie Izby, mając na uwadze dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, Zamawiający bezpodstawnie uznał, że wykonawca El-mar wykazał, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska, w szczególności, że przyjęta do ustalenia ceny wartość kosztów pracy nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847).

Wyjaśnienia wykonawcy ograniczyły się jedynie do oświadczeń, przy czym ich treść budzi wątpliwości – wykonawca nie wyjaśnił, dlaczego uznał za konieczne zmniejszenie

stawki za roboczogodzinę w wyliczeniach kosztorysowych, aby nie zmniejszać liczby przyjętych roboczogodzin w sytuacji, gdy Zamawiający nie zabraniał modyfikacji liczby roboczogodzin która powinna być przyjęta w cenach kosztorysowych. Przede wszystkim jednak wskazać należy, iż wykonawca El-mar w żaden sposób nie udowodnił możliwości skrócenia terminu realizacji zadania, co miało pozwolić na redukcję liczby roboczogodzin. Wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie sprowadziły się do deklaracji dotyczącej posiadanego doświadczenia (jak zasadnie podnosi Odwołujący – również nieudowodnionego) oraz posiadanego sprzętu. Wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnił, w jaki sposób posiadane doświadczenie oraz sprzęt pozwalają skrócić czas wykonania robót aż o 50%, nie przedstawił również żadnych wyliczeń w tym zakresie. Co więcej, wykonawca El-mar nie wskazał również żadnych wyliczeń pozwalających na dokładne prześledzenie w jaki sposób skrócenie czasu realizacji robót wpływa na przyjętą stawkę za roboczogodzinę i powoduje, iż wskazana w kosztorysie stawka 8 zł w rzeczywistości wynosi 11,67 zł netto. W ocenie Izby oświadczenie o płacach, jakie przyjęte są w przedsiębiorstwie wykonawcy El-mar, jak również załączony wyciąg z listy płac oraz umowa o prace w żaden sposób nie

pozwalają na przyjęcie, iż wykonawca udowodnił, że przyjęte dla wyliczenia ceny koszty pracy są zgodne z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu. W pierwszej kolejności wskazać należy, że wykonawca El-mar w żaden sposób nie powiązał ww. oświadczenia o poziomie płac oraz wyciągów z listy płac ze stawką kosztu roboczogodziny przyjętą dla wyliczenia kosztów pracy przy obliczaniu ceny oferty, nie wskazał również, że pracownicy, których dotyczył załączony wyciąg z listy płac będą brali udział w realizacji przedmiotowego zamówienia. Po drugie, nie sposób przyjąć, że wyciąg z listy płac, dotyczący jednego miesiąca, osób, co do których nie zostało określone, czy są pracownikami fizycznymi i czy będą brały udział w realizacji zamówienia, stanowi dowód pozwalający na stwierdzenie o przyjęciu zgodnej z ustawą stawki za roboczogodzinę do wyliczenia ceny oferty. Odnieść to należy również do ww. przedłożonej umowy o pracę. Bez znaczenia dla oceny wyjaśnień wykonawcy El-mar pozostaje również podnoszona przez Zamawiającego w toku rozprawy okoliczność, że z jego doświadczenia wynika, iż praktyka podawania w kosztorysie niższych kosztów pracy niż rzeczywiście wypłacane pracownikom jest powszechna i nie budzi jego wątpliwości. Należy podkreślić, iż wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1a w zw. z ust. 1 ustawy Pzp, nie powinny pozostawiać pola do spekulacji w zakresie prawidłowości wyliczenia ceny oferty, a takowymi jest założenie, że wykonawca może wskazał stawkę za roboczogodzinę niezgodną z ustawą, ale z pewnością wypłaci pracownikom pensję w dozwolonej wysokości. Ponadto Izba wskazuje, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO zamawiający, posiadający wiedzę wynikającą z profesjonalnego prowadzenia działalności w dziedzinie objętej zamówieniem nie może wiedzy tej wykorzystywać do zastępowania wyjaśnień

wykonawcy który nie wykazał prawidłowości ceny oferty (por. wyrok KIO z dnia 7.04.2017 r., sygn. akt 545/17).

Mając na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania, że wykonawca El-mar nie uniósł spoczywającego na nim ciężaru dowodu zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wobec czego zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający powinien ofertę tę odrzucić. Wykonawca El-mar nie złożył wyjaśnień i dowodów pozwalających na uznanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie udowodnił bowiem, iż przyjęte do ustalenia ceny koszty pracy nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zamawiający był zatem w obowiązku przyjąć, iż rzeczona oferta zawiera cenę rażąco niską i ofertę wykonawcy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zaniechanie odrzucenia oferty El-mar stanowiło naruszenie tych przepisów, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem bezpodstawne przyjęcie, że oferta ww. wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny, stanowiło naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby znalazł potwierdzenie zarzut naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty El-mar pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie za art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. 2003 r. Nr 153, poz. 1503) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jak wskazuje w wyroku z dnia 9 grudnia 2011 r. III CSK 120/11 Sądu Najwyższy, art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pełni m.in. tzw. funkcję uzupełniającą, która polega na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest bowiem możliwe skatalogowanie i stypizowanie wszystkich zachowań, które mogą być zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwego obrotu, dlatego takie zachowania, które nie podpadają pod hipotezy przepisów rozdziału drugiego ustawy, ale są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przy tym zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, również stanowią czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 przedmiotowej ustawy.

W ocenie Izby, poczynione powyżej ustalenia – iż wykonawca El-mar dla ustalenia ceny przyjął wartość kosztów pracy niezgodnie z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, pozwalają na stwierdzenie, że działanie wykonawcy było sprzeczne z prawem. W jego rezultacie wykonawca El-mar uzyskał niższą cenę oferty w sposób naruszający interes innych wykonawców, którzy przy ustalaniu ceny przyjęli koszty pracy zgodnie z przepisami o wynagrodzeniu minimalnym. W związku z powyższym „pogorszyła się" konkurencyjność ofert tych wykonawców w zakresie kryterium ceny – w porównaniu do nieuczciwie skalkulowanej ceny wykonawcy El-mar. Działanie takie jaskrawo narusza interes innych przedsiębiorców, polegający na dążeniu do uzyskaniu jak najlepszej pozycji w rankingu ofert – a co za tym idzie, pozyskaniu zamówienia publicznego - ma zatem też wymierny, materialny charakter.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała za trafny zarzut naruszenia art. 89 ust. 3 ustawy Pzp wobec zaniechania odrzucenia oferty El-mar, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło także do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem postawiło wykonawców, którzy nie dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, w gorszej sytuacji i naruszyło zasadę uczciwej konkurencji.

3. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu wezwania wykonawcy Memfis o udzielenie wyjaśnień. Odwołujący zarzuca, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji, gdy podana w kosztorysie stawka za roboczogodzinę – 12 zł - jest niższa niż określają to przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Zamawiający na rozprawie przed Izbą podniósł, że po dodaniu kosztów pośrednich i zyskach wskazanych w kosztorysie stawka ta kształtuje się na poziomie 13 zł.

Dla rozstrzygnięcia, czy Zamawiający dopuścił się zaniechania wezwania do wyjaśnień wykonawcy Memfis, kluczowym jest ustalenie, czy zaktualizował się obowiązek określony w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający stoi na stanowisku, iż nie zaszły fakultatywne przesłanki wezwania do wyjaśnień określone w tym artykule, bowiem nie powziął on wątpliwości w zakresie możliwości realizacji zamówienia za oferowaną cenę. Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności w zakresie m.in.

kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847).

Z powyższego wywieść należy, iż w sytuacji, gdy Zamawiający nie poweźmie wątpliwości w zakresie możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami, nie ma on obowiązku wzywania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień i przedłożenia dowodów. Nie mniej jednak, w ocenie Izby art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w wyjątkowej sytuacji może kreować obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień. Sytuacja taka ma miejsce, jeżeli w okolicznościach konkretnej sprawy Zamawiający winien był ww. wątpliwości powziąć. Zaznaczyć należy, iż przypadek taki będzie miał miejsce niezwykle rzadko tj. gdy możliwym będzie stwierdzenie, że Zamawiający miał wiedzę o okolicznościach które jednoznacznie wskazują na nieprawidłową, w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wycenę oferty wykonawcy.

W ocenie Izby sytuacja taka miała miejsce w niniejszej sprawie. Wykonawca Memfis do oferty załączył kosztorys, zgodnie z którym przyjął stawkę za roboczogodzinę niższą niż wymagana w przepisach o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W tej sytuacji, wobec wyceny kosztów pracy niezgodnie z obowiązującymi normami *ius cogens* Zamawiający niewątpliwie powinien był powziąć wątpliwości w zakresie prawidłowości przyjętej wyceny.

Bez znaczenia pozostaje podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że nie wymagał wskazania przez wykonawców stawki za roboczogodzinę. Z załączonego do oferty kosztorysu stawka ta wynika wprost, zatem Zamawiający nie mógł w toku badania oferty pominąć tego wskazania, uznać je za niebyłe. Należy przy tym zauważyć, że wobec wprost wynikającego z oferty pominięcia przy ustalaniu kosztów pracy przepisów prawa powszechnie obowiązującego, Zamawiający nie powinien był we własnym zakresie dokonywać niejako „wyjaśnień" wskazanej kwestii i przyjmować, że wskazana stawka za roboczogodzinę zgodna jest z ww. przepisami, po dodaniu kosztów pośrednich i zysku wskazanych w kosztorysie. Przygotowanie oferty w zgodzie z powszechnie obowiązującymi przepisami, jak również prawidłowe ustalenie ceny należy do obowiązków wykonawcy i to po jego stronie spoczywa również obowiązek wykazania, że w spełnił te obowiązki. Okoliczność ewentualnej niezgodności z przepisami określającymi minimalne wynagrodzenie za pracę składników kosztotwórczych oferty nie może być przez zamawiającego lekceważona i winien on wymagać od wykonawcy wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający nie ma żadnych narzędzi pozwalających na sanowanie takiej oferty i tylko wykonawca może wykazać, że została ona sporządzona w sposób prawidłowy.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż zaniechanie Zamawiającego do wezwania wykonawcy Memfis do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowiło

naruszenie tego przepisu. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Memfis do wyjaśnień w tym zakresie.

Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutów:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego, mającego polegać na nierównym traktowaniu wykonawców i zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Memfis pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba uznała, iż zarzut ten należało uznać za bezpodstawny. Przyjętym jest w orzecznictwie, że nie jest możliwym skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w sytuacji braku wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powołać w tym miejscu należy zachowujący aktualność w obecnym stanie prawnym wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C-295/89, w którym Trybunał wskazał, że *„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzenia przepisów, które wymagają automatycznej ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium dyskwalifikacji natomiast zamawiającego do zastosowania procedury arytmetycznego, zobowiązuje w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność analizy ofert przewidzianej przedstawienia wyjaśnień".* Wykluczenie całkowicie dyskrecjonalnej decyzji o odrzuceniu oferty oraz konieczność umożliwienia wykonawcy wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny wynika również z aktualnie obowiązujących przepisów - art. 90 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 69 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE. Z kolei art. 69 ust. 3 Dyrektywy wprost stanowi, iż instytucja zamawiająca może *„odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2".*

W ocenie Izby, pomimo iż ww. wyrok oraz przepisy nie odnoszą się do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to dotyczą analogicznej sytuacji. Uznanie, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bez umożliwienia wykonawcy wyjaśnienia okoliczności, które miałyby stanowić podstawę do stwierdzenia popełnienia tego czynu, byłoby działaniem przedwczesnym i nieuprawnionym. Co więcej, Zamawiający odrzucając ofertę wykonawcy Memfis na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i zasady równego traktowania wykonawców – Zamawiający wezwał bowiem do wyjaśnień wykonawcę El-mar (który jednakże nie uniósł

ciężaru udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i jest zgodna z przepisami określającymi minimalne wynagrodzenie za pracę).

Mając powyższe na uwadze, Izba oddaliła rzeczony zarzut, uznając go za bezpodstawny.

2. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia ww. przepisów przez Zamawiającego poprzez dokonanie wyboru oferty El-mar jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił ani nie wykazał naruszenia powołanego przepisu. Wskazał jedynie, iż jest on konsekwencją pozostałych zarzuconych naruszeń. Podobne odniesienie nie może zostać uznane za pozwalające na stwierdzenie naruszenia, Odwołujący bowiem niejako podjął próbę przeniesienia ciężaru udowodnienia naruszenia na Izbę, wskazując, że *„w przypadku potwierdzenia się zarzutów zaniechania odrzucenia ofert El-mar oraz Memfis, czynność wyboru oferty El-mar będzie uznana za naruszającą przepisy ustawy Pzp”.*

Zgodnie dyspozycją art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten zatem określa podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, którą winny być kryteria określone w SIWZ. Odwołujący nie podważał, iż Zamawiający wybierając ofertę najkorzystniejszą nie zastosował kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, bądź w sposób błędny ustalił przyznaną punktację. Zarzut Odwołującego sprowadzał się do okoliczności, iż wybrana została oferta podlegająca odrzuceniu. Jednakże, w ocenie Izby okoliczność, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wobec jej niezgodności z SIWZ oraz rażącą niską cenę stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, tak jak zostało to stwierdzone powyżej. Zgodnie z orzecznictwem Izby art. 91 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wyboru ofert niepodlegających odrzuceniu. Należy z tego wywieść, iż naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp miałoby miejsce, w sytuacji wyboru oferty najkorzystniejszej, która została uprzednio odrzucona, bądź w przypadku wyboru oferty na podstawie innych kryteriów niż określone w SIWZ bądź kryteriów błędnie zastosowanych. Odwołujący nie udowodnił (ani nawet nie podnosił), ażeby okoliczność taka miała miejsce.

Wbrew założeniom Odwołującego, w niniejszej sprawie nie został uwzględniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 3 ustawy Pzp w stosunku do oferty Memfis, zatem nie było żadnych podstaw dla uznania, iż jako najkorzystniejszą Zamawiający winien uznać ofertę Odwołującego, zajmującą trzecią pozycję w rankingu ofert.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż w niniejszej sprawie nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 pkt 1 i 2 § 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 ze zm.).

Przewodniczący: ……