

WYROK
z dnia 8 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., 24-200 Częstochowa, ul. Bór 143/157** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o.o., 86-300 Grudziądz, ul. Mickiewicza 28/30** protestu, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: HYDROBUDOWA POLSKA S.A. (pełnomocnik), HYDROBUDOWA 9 S.A., HUSAR Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o., z dnia 19 sierpnia 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: HYDROBUDOWA POLSKA S.A., Wysogotowo k. Poznania 62-081 Przeźmierowo, ul. Skórzewska 35 (pełnomocnik), HYDROBUDOWA 9 S.A., HUSAR Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o.o., 86-300 Grudziądz, ul. Mickiewicza 28/30

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., 24-200 Częstochowa, ul. Bór 143/157,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o.o., 86-300 Grudziądz, ul. Mickiewicza 28/30** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., 24-200 Częstochowa, ul. Bór 143/157,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 538 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., 24-200 Częstochowa, ul. Bór 143/157.**

Uzasadnienie

I. Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 28/30, 86-300 Grudziądz (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Przebudowa Stacji Uzdatniania Wody oraz rozbudowa i przebudowa Ujęcia Wody wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Grudziądzu". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 167700-2009 z dnia 26.05.2009 r. i Zamawiający zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu

nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12.08.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania - za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., ul. Bór 143/157, 24-200 Częstochowa.

W dniu 19 sierpnia 2009 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: HYDROBUDOWA POLSKA S.A. (pełnomocnik), HYDROBUDOWA 9 S.A.,

HUSAR Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o. – złożyli protest, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia ABT z postępowania, pomimo posługiwania się przez wykonawcę w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w przygotowaniu prowadzonego postępowania, co w sposób oczywisty uniemożliwiło zachowanie uczciwej konkurencji. Mianowicie ABT posłużyło się przy opracowaniu oferty (w tym w szczególności kosztorysu) osobą, która sporządziła dokumentację techniczną dla Zamawiającego, stanowiącą integralny element Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) w niniejszym postępowaniu; osobą tą jest Zakład Urządzeń Inżynierii Sanitarnej "Dynamik Filtr" Nocoń i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Częstochowie, powiązany kapitałowo i osobowo z ABT.
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ABT, pomimo, iż złożona ona została przez wykonawcę, który powinien być wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1. pkt 1 oraz w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tekst jednolity z dnia 26 czerwca 2003 r., Dz. U. Nr 153, poz. 1503) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ABT, pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Protestujący podnosił, iż kosztorys ofertowy ABT zawiera kilkaset pozycji z rażąco zaniżonymi w stosunku do rynkowych cenami poszczególnych jego elementów oraz kilkaset pozycji, w których ceny te, w stosunku do cen rynkowych, są rażąco wygórowane. Co więcej, pozycje te dotyczą często tych samych elementów kosztorysowych. Wskazane przez Protestującego rażące niespójności kosztorysu, w ocenie składającego protest, świadczą o fakcie posiadania przez ABT istotnych informacji co do możliwości wprowadzenia do przedmiotu zamówienia zmian (zgodnie z powołanymi wyżej zapisami SIWZ), które umożliwią zmniejszenie zakresu robót, przy jednoczesnym utrzymaniu wynagrodzenia ryczałtowego,
- 4) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Powyżej opisany protest Zamawiający rozstrzygnął w dniu 28 sierpnia 2009 r. poprzez jego uwzględnienie.

Zamawiający przeanalizował postawione zarzuty i zbadał, czy opisane przez Protestującego powiązania pomiędzy ABT a wykonawcą dokumentacji projektowej mogą utrudniać uczciwą konkurencję. W rezultacie za słuszne uznał stwierdzenie, że współpraca obu zespołów ludzkich gwarantowała Przedsiębiorstwu Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. możliwość

przygotowania oferty na lepszych warunkach, niż te, z jakich korzystali inni wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający zgodził się również z zarzutem Konsorcjum, podniesionym w odpowiedzi na do według którego, żaden inny, niż przystąpienie protestu, Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., wykonawca nie zastosował w swoim kosztorysie takiego zaniżenia bądź zawyżenia cen niektórych pozycji kosztorysowych. Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., w związku z posłużeniem się przy przygotowaniu oferty osobami, które brały udział w przygotowaniu postępowania miała większą wiedzę, a co za tym idzie mogła sporządzić ofertę bardziej konkurencyjną od innych wykonawców. Wybór ABT mógł doprowadzić do przygotowania projektu zamiennego w taki sposób, który spowodowałby jedynie nieznaczne obniżenie wynagrodzenia (o kwotę wyliczoną w oparciu o zaniżone ceny jednostkowe), bowiem

projektantem jest firma pozostająca w związku kapitałowo-osobowym z Przedsiębiorstwem Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o., a na tym ucierpiałby interes zamawiającego.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający postanowił, że:

- 1) unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o.,
- 2) dokona ponownej weryfikacji ofert pod kątem ewentualnego wykluczenia niektórych wykonawców, a w konsekwencji możliwego odrzucenia oferty uprzednio wykluczonego wykonawcy,
- 3) wykluczy wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania i odrzuci jego ofertę,
- 4) dokona ponownej oceny ofert spośród ofert nieodrzuconych,
- 5) dokona czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przyłączyło się (zawiadomione w dn. 20.08.2009 r. o wniesieniu protestu) w dniu 24.08.2009 r. ABT (dalej zwany również Odwołującym).

Odwołujący w dniu 2 września 2009 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 1 poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, że nie zachodziły przesłanki określone w tym przepisie: W ocenie Odwołującego brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że realizował on bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem przedmiotowego postępowania. Aby zaistniała przesłanka wykluczenia Wykonawcy, uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania

musi mieć charakter bezpośredni i merytoryczny. Ponadto, jeśli udział osób biorących udział w przygotowaniu postępowania nie utrudni uczciwej konkurencji, to sam fakt uczestnictwa w fazie przygotowawczej postępowania nie stanowi przesłanki wykluczenia Wykonawcy. Może ono mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy wykonawca mógł wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia lub innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest w stosunku do pozostałych Wykonawców uprzywilejowany, a Zamawiający nie może zrównoważyć ich pozycji w postępowaniu, np. poprzez zapewnienie wyczerpujących wyjaśnień, przedłużenie terminu składania ofert. W przypadku wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Ustawy, na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania nie tylko faktu, iż Wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, ale również tego, że udział Wykonawcy w postępowaniu utrudniałby uczciwą konkurencję. Jeżeli zatem nie jest możliwe wykazanie naruszenia zasad uczciwej konkurencji to wówczas omawiany przepis nie znajduje zastosowania.

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonanie robót budowlanych poniżej kosztów własnych nie wystarcza do kwalifikacji danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest również wykazanie, że ewentualne uzyskanie zamówienia doprowadzi do eliminacji innych przedsiębiorców. Zarówno Odwołujący jak i Protestujący działają w warunkach konkurencyjnego rynku, tj. tego samego segmentu robót budowlanych, zatem podejmowanie działań służących obniżeniu ceny jest naturalną konsekwencją tego stanu rzeczy. Zaoferowanie przez Odwołującego niższych cen w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego Odwołującego nastąpiło w wyniku optymalizacji kosztów wykonania robót budowlanych w celu uzyskania konkurencyjności oferty, a nie jak utrzymuje Protestujący w celu eliminacji konkurencji. Podniósł, że cena jednostkowa odnosząca się do poszczególnych pozycji kosztorysu Odwołującego stanowi tylko jeden z elementów wyceny oferty. Biorąc pod uwagę trudność określenia ilości i zakresu tych prac determinowane postanowieniami SIWZ w przedmiocie rozwiązań dotyczących rurociągów technologicznych i instalacji towarzyszących, niepewny jest udział owej ceny jednostkowej w kosztach całłościowych wykonania zamówienia, wobec czego trudno uznać, że przesądza ona o tym, że wykonawca oferuje sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia albo, że jego działanie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.

- 3) art. 7 ust. 1 Ustawy - poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców: Dokonana przez Zamawiającego ocena oferty złożonej przez Odwołującego stanowi rażące naruszenie wyżej wskazanej zasady.

W odwołaniu wnoszono o:

-
- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
 - 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
 - 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert,
 - 5) nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej,
 - 6) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: HYDROBUDOWA POLSKA S.A. (pełnomocnik), HYDROBUDOWA 9 S.A., HUSAR Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o. (dalej również Konsorcjum bądź Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołanie zostało złożone w terminie, a gdyby zostało złożone dopiero po dokonaniu przez Zamawiającego zapowiedzianej w rozstrzygnięciu protestu czynności – byłoby uznane za spóźnione.

Celem ustawodawcy było wprowadzenie zasady koncentracji stosowania środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności wobec czynności związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej. Chodzi o to, aby w przypadkach, kiedy jest to możliwe (możliwość uwzględnienia i jednoczesnego rozstrzygnięcia zarzutów podnoszonych wobec oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem stanowisk zarówno protestującego wykonawcy, jak i wykonawcy, którego oferty zarzuty dotyczą), nie prowadzić kilku odrębnych, rozłożonych w czasie postępowań z użyciem środków ochrony prawnej, co w efekcie prowadziłoby do przedłużenia całego postępowania o zamówienie publiczne (por. KIO/UZP 1115/09). Zatem Odwołujący słusznie postąpił, składając odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania i powtórnej oceny ofert, jego oferta pozostałaby ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 1 i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych.

Niewątpliwie pomiędzy ABT a Zakładem Urządzeń Inżynierii Sanitarnej "Dynamik Filtr" Nocoń i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Częstochowie, które wykonało dokumentację projektową istnieją powiązania osobowe. Kwestia ta nie była sporna, Strony różniły się wyłącznie co do interpretacji prawnych skutków faktu, że przedsiębiorca powiązany z Odwołującym wykonał dokumentację projektową na przedmiot zamówienia w postępowaniu, w którym złożono odwołanie.

Skład orzekający w pełni podziela argumentację Odwołującego opisaną w odwołaniu. Podstawą do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jest kumulatywne ziszczenie się przesłanek wymienionych tamże:

- 1) bezpośrednie wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwanie się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności,
- 2) i udział tych wykonawców musi utrudnić uczciwą konkurencję.

Odwołujący powołuje się wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2008 r., sygn. akt

KIO/UZP 456/08 i 457/08, w którym w uzasadnieniu stwierdzono, iż "Na gruncie Prawa zamówień publicznych nie ma podstaw, aby sankcję wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych stosować również wówczas, gdy określone czynności wykonywały podmioty powiązane, czy to kapitałowo, czy to osobowo z wykonawcą. (...) Na taką interpretację wskazuje też użycie przez ustawodawcę określenia "bezpośrednio" - wskazuje ono na konieczność istnienia ścisłego związku pomiędzy wykonywaniem czynności przygotowawczych w postępowaniu, a samym wykonawcą. Niezależnie od powyższego, nie wykazano, że przygotowanie dokumentacji projektowej przez Y Sp. z o.o. ograniczało uczciwą konkurencję w postępowaniu. Sam fakt wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia nie musi utrudniać uczciwej konkurencji. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na wywodzącym z tego faktu skutki prawne". Stan faktyczny w postępowaniu odwoławczym KIO/UZP 456/08 i 457/08 był bardzo podobny do istniejącego w niniejszym postępowaniu: oferta została złożona przez spółkę, będącą właścicielem udziałów spółki, która sporządziła dokumentację projektową. Warto zauważyć, że powyżej przywołany wyrok został zaskarżony i w zakresie zbieżnym z zarzutem podniesionym przez Odwołującego co do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych, Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy podzielił stanowisko Izby:

„Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych wskazuje przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego. Jednak aby zaistniała przesłanka wykluczenia, uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni, na co trafnie zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza.

A zatem to na skarżącym [tu: na Zamawiającym i Przystępującym] – spoczywał ciężar dowodu po myśli art. 6 k.c.

W okolicznościach niniejszej sprawy lider Konsorcjum nie wykonywał bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Nie zostało również wykazane aby lider Konsorcjum powierzył sporządzenie oferty osobom uczestniczącym w przygotowaniu prowadzonego postępowania.

Brak było zatem podstaw do uznania, że zachodziła konieczność wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia – w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Jedynie na marginesie należy wskazać, iż dopiero w sytuacji zaistnienia przesłanek, o których mowa wyżej, taki wykonawca musiałby udowodnić, iż mimo powyższych okoliczności jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.”

(wyrok z dn. 31 lipca 2008 r., sygn. akt XIX Ga 280/08).

W niniejszej sprawie ani Zamawiający ani Przystępujący nie wykazali ani bezpośredniego wykonywania przez Odwołującego czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania (czynności takie mogła wykonywać ewentualnie osoba trzecia), ani okoliczności, że posługiwał się on osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności w celu sporządzenia oferty – osoby zaangażowane w przygotowanie projektów i przedmiarów musiałyby mieć ścisły związek ze sporządzaniem oferty, czego nie wykazano, ponieważ w ocenie Izby pełnienie funkcji zarządczych w obu tych podmiotach nie można traktować na równi ze „sporządzeniem oferty”.

Ze względu na powyższe argumenty, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Protestujący podnosił, iż kosztorys ofertowy ABT zawiera kilkaset pozycji z rażąco zaniżonymi w stosunku do rynkowych cenami poszczególnych jego elementów oraz kilkaset pozycji, w których ceny te, w stosunku do cen rynkowych, są rażąco wygórowane. Co więcej pozycje te dotyczą często tych samych elementów kosztorysowych. Powyższe niespójności kosztorysu, według Protestującego, świadczą o fakcie posiadania przez ABT istotnych informacji co do możliwości wprowadzenia do przedmiotu zamówienia zmian, które umożliwią zmniejszenie zakresu robót, przy jednoczesnym utrzymaniu wynagrodzenia ryczałtowego.

Nie można zgodzić się z argumentacją Protestującego Konsorcjum, że zaniżone ceny jednostkowe – o ile rzeczywiście miałyby dojść do takiego zaniżenia – stanowić miało czyn nieuczciwej konkurencji. Sam Protestujący podaje, że Odwołujący w niektórych pozycjach

zaniżył wartość prac, w innych zawyżył, przy czym nie był w podawaniu cen konsekwentny i dla tych samych prac podawał raz ceny zaniżone, raz zawyżone.

Sposób kalkulacji oferty przy cenie ryczałtowej stanowi wyłączną domenę wykonawcy składającego ofertę. Jeżeli Protestujący nie wykazał (takiej próby nawet nie podjął), że globalna cena oferty jest rażąco niska, to sposób kalkulacji cen jednostkowych nie ma znaczenia (tym bardziej, że na rozprawie Odwołujący wykazał, przez przywołanie konkretnych pozycji, że symbolicznie wycenił jedynie pozycje zdublowane, a wycenił je, aby nie pominąć żadnych pozycji przedmiarowych). Cena oferty Odwołującego (8 296 151,63 zł) jest najniższa w postępowaniu, ale nie odbiega w sposób rażący od innych cen w postępowaniu (cena oferty Protestującego wynosi 11 080 088,87 zł). Przystępujący nie wykazał, że Odwołujący użył różnej wyceny w podanych przez niego pozycjach dysponując wiedzą, że z pewnych prac będzie można zrezygnować, a wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Trudno zaakceptować pogląd Przystępującego o tak dużej dowolności manipulacji przez Odwołującego (jako przyszłego wykonawcy umowy) zakresem przedmiotu zamówienia, który ma zostać zrealizowany. Tym bardziej, że stanowisko Zamawiającego co do charakteru wynagrodzenia było sprzeczne ze stanowiskiem Przystępującego – według Zamawiającego, podana w ofertach cena ma charakter bezwzględnie ryczałtowy, a wobec tego ewentualne zaniżenie bądź zawyżenie cen jednostkowych nie ma przełożenia na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy. Na marginesie Izba zauważa, że stanowisko Przystępującego nie może być sprzeczne ze stanowiskiem strony, do której przystąpił.

W ocenie składu orzekającego Protestujący nie wykazał, że fakt, iż cena oferty Odwołującego jest niższa od jego ceny wynika z innych przyczyn, niż walka konkurencyjna (jedynym kryterium oceny ofert była cena) i nie można stwierdzić, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, wobec czego uwzględniono zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Przystępujący nie wykazał, na czym miałyby polegać nierówne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego, tak samo jak nie wykazał, w czym miałyby się przejawiać rzekome uprzywilejowanie pozycji Odwołującego względem innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Reasumując, uwzględniono wszystkie zarzuty Odwołującego i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów zastępstwa Odwołującego z uwagi na fakt, iż nie przedłożył on do akt sprawy stosownych rachunków wymaganych zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.). W ocenie składu orzekającego przedłożony przez Odwołującego do akt sprawy spis kosztów nie może być uznany za rachunek, o którym mowa w Rozporządzeniu.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....