

WYROK
z dnia 9 stycznia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 4 stycznia 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2011 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: HYDROBUDOWA 9 S.A. z siedzibą w Wysogotowie przy ulicy Skórzewskiej 35, Przeźmierowo 62-081 Wysogotowo (lider), HYDROBUDOWA Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie przy ulicy Skórzewskiej 35, Przeźmierowo 62-081 Wysogotowo, AQUA S.A. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy kanclerskiej 28, 60-327 Poznań, CONTRAST Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wlkp. przy ulicy ks. Ignacego Jana Skorupki 1b, 63-400 Ostrów Wlkp. w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji WODNIK Spółka z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze przy Placu Piastowskim 12, 58-560 Jelenia Góra

przy udziale wykonawcy Cadaqua S.A. z siedzibą w Bilbao przy ulicy Gran Via 45, 48-011 Bilbao (adres do doręczeń: ulica Leszno 14, 01-192 Warszawa) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

- 2.** Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: HYDROBUDOWA 9 S.A. z siedzibą w Wysogotowie przy ulicy Skórzewskiej 35, Przeźmierowo 62-081 Wysogotowo (lider), HYDROBUDOWA

1

Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie przy ulicy Skórzewskiej 35, Przeźmierowo 62-081 Wysogotowo, AQUA S.A. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy kanclerskiej 28, 60-327 Poznań, CONTRAST Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wlkp. przy ulicy ks. Ignacego Jana Skorupki 1b, 63-400 Ostrów Wlkp. i:

- 2.1** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: HYDROBUDOWA 9 S.A. z siedzibą w Wysogotowie przy ulicy Skórzewskiej 35, Przeźmierowo 62-081 Wysogotowo (lider), HYDROBUDOWA Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie przy ulicy Skórzewskiej 35, Przeźmierowo 62-081 Wysogotowo, AQUA S.A. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy kanclerskiej 28, 60-327 Poznań, CONTRAST Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wlkp. przy ulicy ks. Ignacego Jana Skorupki 1b, 63-400 Ostrów Wlkp. tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2** zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: HYDROBUDOWA 9 S.A. z siedzibą w Wysogotowie przy ulicy Skórzewskiej 35, Przeźmierowo 62-081 Wysogotowo (lider), HYDROBUDOWA Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie przy ulicy Skórzewskiej 35, Przeźmierowo 62-081 Wysogotowo, AQUA S.A. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy kanclerskiej 28, 60-327 Poznań, CONTRAST Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wlkp. przy ulicy ks. Ignacego Jana Skorupki 1b, 63-400 Ostrów Wlkp. na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji WODNIK Spółka z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze przy Placu Piastowskim 12, 58-560 Jelenia Góra kwotę **4 321 zł 00 gr** (słownie: trzysta tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów uczestnictwa w sprawie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Jeleniej Górze.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 2771/11

UZASADNIENIE

Zamawiający Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji WODNIK Spółka z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze przy Placu Piastowskim 12, 58-560 Jelenia Góra prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą „Projektowanie, rozbudowa i modernizacja Miejskiej Oczyszczalni Ścieków w Jeleniej Górze - etap II”, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26 marca 2011 roku pod numerem 2011/S 60-097601.

15 grudnia 2011 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że wybrał do realizacji zamówienia wykonawcę Cadaqua S.A. z siedzibą w Bilbao przy ulicy Gran Vía 45, 48-011 Bilbao (adres do doręczeń: ulica Leszno 14, 01-192 Warszawa)

27 grudnia 2011 roku Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: HYDROBUDOWA 9 S.A. z siedzibą w Wysogotowie przy ulicy Skórzewskiej 35, Przeźmierowo 62-081 Wysogotowo (lider), HYDROBUDOWA Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie przy ulicy Skórzewskiej 35, Przeźmierowo 62-081 Wysogotowo, AQUA S.A. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy kanclerskiej 28, 60-327 Poznań, CONTRAST Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wlkp. przy ulicy ks. Ignacego Jana Skorupki 1b, 63-400 Ostrów Wlkp. złożyli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od następujących czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia:

- dokonania oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Cadaqua S.A. – zaniechania wezwania wykonawcy Cadaqua S.A. do udzielania w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

ewentualnie

- oceny oferty złożonej przez Cadaqua S.A. i zaniechania jej odrzucenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

3

-
- art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez 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 ustawy,
 - art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Cadaqua S.A. do udzielenia w trybie art. 90 ustawy wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

ewentualnie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Cadaqua S.A. pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia.

Odwołujący zażądał:

- unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Cadaqua S.A.,
- wezwania wykonawcy Cadaqua S.A. do udzielenia - w trybie art. 90 ustawy -

- wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- powtórzenia czynności oceny oferty złożonej przez wykonawcę Cadaqua S.A. i odrzucenia jej jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia,
- wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej

ewentualnie:

- unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Cadaqua S.A.,
- powtórzenia czynności oceny oferty złożonej przez wykonawcę Cadaqua S.A. i odrzucenia jej jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia,
- wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Interes prawny Odwołującego w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie wynikał z tego, że gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy i wezwałby wykonawcę Cadaqua S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, wówczas dopiero

4

Zamawiający mógłby dokonać prawidłowej oceny ofert, a w konsekwencji odrzuciłby ofertę Cadaqua S.A. z uwagi na rażąco niską cenę i dokonałby wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, bo zawierającej drugą cenę.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z przepisami ustawy oraz utrwalonym w tym zakresie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (wcześniej także Zespołu Arbitrów) oraz jednolitymi w tym zakresie poglądami doktryny, w przypadku, gdy powstają uzasadnione wątpliwości co do tego czy wykonawcy nie zaoferowali rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien w trybie art. 90 ust. 1 ustawy zwrócić się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Istotnym jest fakt, że zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy nie jest jedynie uprawnieniem Zamawiającego, a jego obowiązkiem o czym świadczy m.in. kateryczne stwierdzenie art. 90 ust. 1 ustawy „Zamawiający ... zwraca się”. W konsekwencji w każdym przypadku uzasadnionych wątpliwości co do tego czy wykonawcy nie zastosowali rażąco niskiej ceny Zamawiający powinien wezwać wykonawców do udzielenia wyjaśnień. W niniejszym postępowaniu, w ocenie Odwołującego, pomimo istnienia oczywistych przesłanek dla zastosowania powołanego przepisu Zamawiający zaniechał zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, czym naruszył dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazuje, że cena wskazana w ofercie Cadaqua S.A., która wynosi 20.306.907,01 zł. netto (24.977.495,62 brutto) jest rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia kwotę w wysokości 29.009.539,00 zł. netto (35.681.732,97 zł. brutto). Wartość realizacji Zamówienia zaoferowana przez Cadaqua S.A. w sposób istotny odbiega od wartości budżetu Zamawiającego. Różnica pomiędzy najniższą zaoferowaną ceną Cadaqua S.A. (24.977.495,62 zł. brutto), a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie inwestycji (35.681.732,97 zł. brutto) wynosi aż 10.704.377,35 zł., czyli 30 % wartości zamówienia. Odwołujący wskazał, że cena wykonawcy Cadaqua S.A. obiega istotnie również od cen zaproponowanych przez pozostałych oferentów. Druga w kolejności oferta złożona przez samego Odwołującego opiewa na kwotę 26.700.000,00 zł. netto (32.841.000.00 zł. brutto) co stanowi kwotę wyższą o 7.863.504,38 zł. od kwoty zaproponowanej przez Cadaqua S.A., zatem różnica pomiędzy tymi wartościami wynosi aż 24%. Co więcej trzecia w kolejności oferta opiewa na kwotę 33.037.840,59 zł. i jest tym samym wyższa o około 25 % od najniższej ceny. Pozostałe dwie oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu wynoszą

5

kolejno: 41.458.828,69 zł. brutto oraz 42.304.779,89 zł. brutto. Odwołujący podnosi,

że w tej sytuacji różnica pomiędzy ofertą złożoną przez Cadaqua S.A., a najdroższą ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu wynosi aż 17.327.284,27 zł., czyli 41 %. Różnice pomiędzy cenami pozostałych oferentów, przy bardzo konkurencyjnym rynku, na którym występują stosunkowo niskie marże, oraz ustalenie cen na poziomie poniżej poniesionych kosztów, w sposób jednoznaczny świadczy o tym, że zaproponowana przez Cadaqua S.A. cena jest ceną rażąco niską. Z porównania złożonych ofert wynika bowiem, że poziom cen zaproponowanych przez Cadaqua S.A. i pozostałych wykonawców odbiega od siebie w takim stopniu, że nie jest możliwe wykonanie Zamówienia przez Cadaqua S.A. bez poniesienia straty.

W związku z tym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek wezwać Cadaqua S.A., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zdaniem Odwołującego rażąco niska cena zaoferowana przez Cadaqua S.A. jest wynikiem znacznego niedoszacowania robót budowlano-montażowych dla których średnia wartość ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynosiła 24.383.896,04 zł, zatem różnica w stosunku do oferty Cadaqua S.A. o wartości 15.789.785,50 zł, wynosi 8.594.110,54 zł, czyli 35%, na które to składają się głównie roboty w zakresie reaktora biologicznego i osadników wtórnych, wyposażenia technologicznego i innych. Odnosząc się do jednostkowych cen kosztorysu można przykładowo wskazać, że za wykonanie robót budowlanych reaktora biologicznego i osadników wtórnych (poz. 8 i 13 Tabeli Ryczałtowej - Roboty budowlano-montażowe) Cadaqua S.A. zaoferowała łączną cenę 4.928.236,48 zł., gdy tymczasem Odwołujący ten zakres prac oszacował na poziomie 10.101.831,06 zł. Różnica wynosi zatem 5.173.594,58 zł. Średnia wartość ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w powołanym wyżej zakresie wynosiła 8.932.010,28 zł. W tej sytuacji wartość oferty Cadaqua S.A. odbiega o ok. 45 % od pozostałych cen ofertowych. Jeżeli natomiast porównamy wartość wyposażenia technologicznego zawartą w poz. 3, 9, 14 i 18 Tabeli Ryczałtowej - Robót budowlano-montażowych, to okaże się, że cena Cadaqua S.A. wynosi 4.302.349,54 zł., a średnia wartość pozostałych ofert wynosi 6.682.659,09 zł., czyli różnica ofert w tym zakresie to 2.380.309,55 zł. Powyższe zarzuty dotyczą wybranych robót z kosztorysu przedstawionego przez Cadaqua S.A. Odwołujący wskazuje jednak na to, że niedoszacowanie wartości tych robót jest na tyle duże, że Cadaqua S.A. nie ma technicznej możliwości zrekompensowania tego niedoszacowania poprzez

6

odpowiednie podniesienie ceny innych elementów zamówienia. Kompleksowo powoduje to niedoszacowanie wartości całości prac, co z kolei wpływa na to, że cena zaoferowana przez Cadaqua S.A. jest zbyt niska, aby pokryć wszelkie koszty, których poniesienie niezbędne jest do prawidłowej realizacji przedmiotowej inwestycji. W związku z powyższym należy uznać, że cena zaoferowana przez Cadaqua S.A. nie tylko uzasadnia obowiązek Zamawiającego do wezwania wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust 1 ustawy, ale również uzasadnia stanowisko, iż cena Cadaqua S.A. jest rażąco niska.

Odwołujący, z najdalej posuniętej ostrożności procesowej podniósł, że jeżeli Zamawiający wezwał Cadaqua S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę, a Odwołujący jedynie nie posiadał stosownej wiedzy w tym zakresie, to Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Cadaqua S.A. pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z przedstawionego przez Odwołującego opisu w sposób jednoznaczny wynika, że cena zaoferowana przez Cadaqua S.A. jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosi, że w/w cena nie tylko nie pozwala na osiągnięcie przez Cadaqua S.A. jakiegokolwiek zysku, ale również nie pozwala na pokrycie wszelkich niezbędnych do prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia kosztów. Podkreślenia wymaga również fakt, że świadczenie usług za cenę niższą od kosztów ich wytworzenia w celu wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

27 grudnia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie

przystąpienia wykonawcy Cadaqua S.A. z siedzibą w Bilbao przy ulicy Gran Via 45, 48-011 Bilbao (adres do doręczeń: ulica Leszno 14, 01-192 Warszawa). Zgłaszający przystąpienie wskazał, że zgłasza przystąpienie po stronie Zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego oraz podtrzymanie decyzji Zamawiającego z 15 grudnia 211 roku w zakresie uznania oferty Cadaqua S.A. za najkorzystniejszą. Uzasadnił, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, bowiem oczekuje, że w skutek oddalenia odwołania podtrzymana zostanie decyzja Zamawiającego w zakresie uznania oferty Cadaqua S.A. za najkorzystniejszą co w konsekwencji doprowadzi do uzyskania zamówienia publicznego.

7

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 grudnia 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawcę Cadaqua S.A. z siedzibą w Bilbao przy ulicy Gran Via 45, 48-011 Bilbao (adres do doręczeń: ulica Leszno 14, 01-192 Warszawa). W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 23 grudnia 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Cadaqua S.A. z siedzibą w Bilbao przy ulicy Gran Via 45, 48-011 Bilbao (adres do doręczeń: ulica Leszno 14, 01-192 Warszawa - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 27 grudnia 2011 roku (26 grudnia to dzień ustawowo wolny od pracy), zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę,

8

po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu. Izba uznała, iż wykonawca Cadaqua S.A. z siedzibą w Bilbao przy ulicy Gran Via 45, 48-011 Bilbao (adres do doręczeń: ulica Leszno 14, 01-192 Warszawa) stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie

do protokołu. Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego – (dowód nr 1) zestaw materiałów zawierający tabele według własnego opracowania oraz inne elementy a także oferty handlowe oraz złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego – (dowód nr 2) tabele stanowiąca opracowanie własne złożona na okoliczność wykazania, że ceny zaoferowane przez wykonawców w postępowaniach przetargowych od roku 2008 odbiegają stanowczo od wartości jakie przewiduje Zamawiający.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust.1 Pzp, poprzez zaniechanie badania czy oferta wybranego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień wykonawcy Cadaqua S.A. oraz (ewentualnie) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Cadaqua S.A. a także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - Izba uznała za niezasadne.

9

Rozpoznawany przez Izbę zarzut dotyczy zaniechania przez Zamawiającego zastosowania procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływu na wysokość zaoferowanej ceny – zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy 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.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia w dniu 23 marca 2011 roku na kwotę netto: 43 514 308,50 zł co stanowi równowartość 11 334 802,95 euro, która to kwota zawiera w sobie wartość przewidywanych zamówień uzupełniających – co wynika z protokołu ZP (pkt 2). Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że pierwotnie oszacowana wartość zamówienia przedmiotowo zgodnego z tym, na które toczy się postępowanie wynosiła 21 047 000 zł netto i taka też kwota została zawarta we wniosku aplikacyjnym na dofinansowanie - szacowanie to było dokonane w 2008 roku. Kwota 29 000 539 zł netto (35 681 733 zł brutto) to kwota jak została oszacowana ponownie przed ogłoszeniem postępowania. Zamawiający podał przy otwarciu ofert to 35 681 732,97 brutto, co wynika z protokołu ZP (pkt 11).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożonych zostało pięć:

- wykonawca Instal Kraków SA z ceną 33 037 840,59 zł brutto –
wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: POL-AQUA SA Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i EKOSERVICE Sp. z o.o. z ceną 41 458 828,69 zł brutto
- wykonawca Cadaqua S.A. z ceną 24 977 495,62 zł brutto –
WTE Wassertechnik Sp. z o.o. z ceną 42 304 779,89 zł brutto
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: HYDROBUDOWA 9 SA;
HYDROBUDOWA POLSKA SA; AQUA SA; CONTRAS SP. Z O.O. z ceną 32 841 000,00 zł brutto

Odwołujący podnosząc zarzut zaniechania przez Zamawiającego zastosowania procedury wyjaśnienia elementów oferty Wykonawcy Cadaqua S.A. w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę wskazał, iż należy się odnosić do wartości złożonych w postępowaniu ofert, szacunkowej wartości zamówienia sporządzonej przez
oraz rynkowych. również Zamawiającego, cen Odwołujący uzasadniał potrzebę przeprowadzenia procedury wyjaśnienia odnosząc się do jednostkowych cen zawartych w wybranej w postępowaniu ofercie.

10

Izba na wstępie rozważań wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia. Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż *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*”. Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. *O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę* (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). *Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). *Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia.

Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, których celem jest ustalenie poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – art. 90 ustawy. Ustawodawca nie określił

11

przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Ocena, jakiej dokonuje Zamawiający, a która może prowadzić do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości, iż cena zawarta w ofercie jest ceną rażąco niską prowadzić powinna do wniosku, iż zaoferowana cena jest ceną spekulacyjną, czyli taką która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia a po stronie Zamawiającego ryzyko nieuzyskania danego dobra. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku).

Jednakże nie należy zapominać, iż Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego Zamawiający dokonując rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności *rzeczywistą relację wartości*

świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego

Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Inny sposób dokonania badania zaofertowanej w danym postępowaniu przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania. Uwzględnienia wymaga również fakt, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ukształtował tylko jedno kryterium oceny ofert – kryterium ceny. Jedynie oferowane w postępowaniu ceny stanowią element konkurencji pomiędzy wykonawcami składającymi oferty, natomiast przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania i każdy z wykonawców składających oferty zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

12

Wskazanie przez Odwołującego dla ustalenia tego, czy zaofertowana cena w ofercie najkorzystniejszej jest wiarygodna, porównania złożonych oferty w przedmiotowym postępowaniu może stanowić jeden z elementów wskazujących na to, iż zaofertowana w ofercie Cadaqua S.A. cena jest rażąco niska. Uzasadnia to fakt, iż ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, a na kalkulacje mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców. Samo stwierdzenie przez Odwołującego różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Nawet okoliczność założenia zbyt niskiego poziomu zysku nie dowodzi przyjęcia ceny poniżej kosztów realizacji inwestycji. Odnoszenie się, dokonując kwalifikacji oferty jako oferty z rażąco niską ceną, do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu nie stanowi obiektywnie właściwego kryterium. Nie istnieje też, i nie można go wywieść na żadnej podstawie jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 126/09 z 12 lutego 2009 roku).

Odwołujący argumentując konieczność dokonania weryfikacji oferty wybranej w postępowaniu w zakresie rażąco niskiej ceny odwołał się do szacunkowej wartości zamówienia, jednakże należy pamiętać, iż w obliczu powyższych wywodów, wyznacznikiem rażąco niskiej ceny nie może być jednak wyłącznie wartość zamówienia z podatkiem VAT (porównaj: Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-210/07). Opierając się o szacunkową wartość zamówienia Zamawiający indywidualnie do danego przypadku stwierdza czy powziół wątpliwości w zakresie zaistnienia rażąco niskiej ceny; nie istnieją bowiem ustalone granice jakie zobowiązują Zamawiającego do uznania, iż zaofertowana cena stanowi cenę rażąco niską, co więcej w zakresie każdego postępowania procentowa wartość odstępstwa danej oferty od oszacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, bowiem mają na nią wpływ między innymi terminy w jakich zostały dokonane szacunki zarówno Zamawiającego jak i składającego ofertę, dana sytuacja rynkowa i inne, tak więc odnoszenie ceny oferowanej do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające (porównaj Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 691/08). Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalana przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania ma przede wszystkim znaczenie dla proceduralnych ustaleń Zamawiającego, co do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

13

Badaniu w zakresie wątpliwości rażąco niskiej ceny podlega cena oferty a nie poszczególne składniki tejże oferty, jest to pogląd ugruntowany w orzecznictwie od lat. Odnoszenie się do poszczególnych cen jednostkowych czyli wyodrębnionych elementów nie wskazuje na cenę oferty. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych wykonawców nie jest dowodem, że oferta stanowi ofertę z rażąco

niską ceną. Konieczność odnoszenia się do ceny oferty wynika z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, która nakłada sankcję wykluczenia wykonawców, których oferty będą złożone z rażąco niską ceną. Wskazanie przez Odwołującego ceny w części wyceny dotyczącej reaktora biologicznego oraz zestawienia wyposażenia wymaganego jako nierealnie niskich nie może stanowić uzasadnienia, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, bowiem jej składników jest wiele. Nadmienić należy w tym miejscu, iż uczestnik postępowania odwoławczego wskazał, w oparciu o przedstawiony przez Odwołującego dowód (tabela oznaczona w dokumencie nr 3 na rozprawie), że gdyby z wszystkich złożonych ofertach z wyłączeniem oferty uczestnika postępowania odwoławczego wybrać najtańsze pozycje dla całości oferty, to suma ich wynosiłaby 18 400 369,50 zł i tym samym byłaby niższa od oferowanej przez uczestnika postępowania odwoławczego ceny oferty.

Uczestnik postępowania odwoławczego w złożonym zestawieniu w postaci tabeli stanowiącej opracowanie własne wykazał, że istnieją w realiach rynkowych różnice pomiędzy cenami jakie były oferowane przez wykonawców w postępowaniach przetargowych a wartościami jakie przewidywali na ich realizację Zamawiający. Tym samym odwoływanie się do cen rynkowych a także do cen poszczególnych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu nie stanowi uzasadnienia stwierdzenia, iż cena w ofercie Cadaqua S.A. jest rażąco niska, tj. niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji poniżej kosztów wytworzenia.

W ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia argumentacja uczestnika postępowania odwoławczego, jakoby Odwołujący nie posiadał interesu we wniesieniu odwołania w zakresie zaniechania przez Zamawiającego czynności z art. 90 ust. 1 ustawy tj. wezwania do złożenia wyjaśnień, w efekcie których nie wiadomo jaki będzie efekt w postępowaniu Zamawiającego. Środki ochrony prawnej przewidziane w Dziale VI ustawy przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi. Ustawodawca w art. 2 pkt 11 ustawy zdefiniował pojęcie wykonawcy – *ilekroć w ustawie jest mowa o (...) wykonawcy*

14

– *należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.* Tak więc, wykonawcą w rozumieniu ustawy mogą być zarówno osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, jednakże niezależnie od formy organizacyjnej zawsze status wykonawcy łączy się z jego uczestnictwem w procedurze udzielania zamówienia publicznego. Nie jest więc możliwe uznanie za wykonawcę podmiotu, który nie jest związany z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, nie uczestniczy w danym zamówieniu w żaden sposób. Warunkiem *sine qua non* uznania danego podmiotu za wykonawcę jest jego powiązanie z danym, konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, powiązanie nie pozorne oraz nie takie, które już ustało w wyniku innych okoliczności.

Zgodnie z regulacją art. 179 ust. 1 uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca (i inne wskazane w przepisie podmioty), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Niezbędnym dla skuteczności wniesienia odwołania jest wykazanie kumulatywnego spełnienia wymienionych przesłanek. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, iż Odwołujący nie musi wykazywać jak to było dotychczasowo, iż ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia – obecnie wystarczające jest wykazanie, iż miał lub ma interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub mógł ponieść szkodę. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia.

Zdaniem Izby, interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu w wyniku naruszenia przepisów ustawy. Istotnym jest dla tej sprawy, że czynność zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny stanowi czynność obowiązkową w sytuacji, gdy Zamawiający zamierza zastosować

w stosunku do wykonawcy sankcję w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy. Ustawodawca, znamienne w skutkach dla wykonawcy stwierdzenie, iż jego oferta zawiera cenę rażąco niską, poprzedził obowiązkowym zwróceniem się Zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym przedmiocie. W art. 90 ust. 1 ustawy nie dookreślił ustawodawca, poza zobowiązaniem do wyznaczenia terminu udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, żadnych innych

15

formalnych regulacji. Właściwie, co do zasady, postąpił Odwołujący zarzucając Zamawiającemu zaniechanie dokonania czynności wyjaśnienia zaoferowanej ceny w ofercie Cadaqua S.A., jednocześnie podnosząc w treści odwołania argumentację wskazującą na konieczność odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny tj. próby wykazania spełnienia przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy.* Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy wnoszącym odwołanie i w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, żadnym środkiem dowodowym okoliczności mogących potwierdzić zasadność stawianego zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż określona art. 90 ustawy procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy, na co wskazał w Wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu (X Ga 140/08). Zatem, brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie może stanowić dowodu dla potwierdzenia zarzutu rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wykazując okoliczności jakie wpływałyby na konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśniającej zaoferowaną cenę, nie wykazał również podstaw do uwzględnienia zarzutu

16

zgłoszonego ewentualnie tj. odrzucenia oferty Cadaqua S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy).

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd

Okręgowy w Bydgoszczy oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

17

W świetle powyższych ustaleń w przedmiotowej sprawie, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszyło regulacji art. 7 ust 1 i 3, art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

18

19