

**Sygn. akt: KIO 394/14**

**WYROK**

**z dnia 14 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Protokolant:** **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 marca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Silesia-Gór Sp. z o.o. (lider) oraz Jastrzębskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Węglowa 4c, 44-268 Jastrzębie-Zdrój** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie Zdrój**

przy udziale wykonawcy **TEMKOP Sp. z o.o., ul. Szopienicka 58, 40-432 Katowice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnia czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie Zdrój** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Silesia-Gór Sp. z o.o. (lider) oraz Jastrzębskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Węglowa 4c, 44-268 Jastrzębie-Zdrój** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie Zdrój** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Silesia-Gór Sp. z o.o. (lider) oraz Jastrzębskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Węglowa 4c, 44-268 Jastrzębie-Zdrój** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisów oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie: przebudowy, wzmocnienia obudowy oraz spągowania wytycznej południowej taśmowej poziom 900 w JSW S.A. KWK „Borynia- Zofiówka- Jastrzębie” Ruch „Zofiówka”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. (dalej „zamawiający”) wykonawca - konsorcjum firm w składzie: Silesia- Gór Sp. z o.o. oraz JPRG Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”] i dokonaniu w związku z tym wyboru oferty TEMKOP Sp. z o.o., zarzucając zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1, poprzez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu, co skutkowało wadliwym badaniem i oceną ofert, a w konsekwencji wadliwym wyborem oferty najkorzystniejszej,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na fakt, iż w ocenie zamawiającego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy odwołujący złożył wyczerpujące wyjaśnienia w kwestii elementów oferty mających wpływ na jej wysokość,
3. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności zwrócenia się do wykonawcy TEMKOP Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
4. art. 90 ust. 2 i 3, poprzez ich niezastosowanie, a tym samym brak prawidłowej analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty odwołującego, co w konsekwencji spowodowało odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że złożone przez niego wyjaśnienia potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
5. art. 91 ust. 1, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z ofert niepodlegających odrzuceniu lub wykluczeniu,
6. art. 92 ust. 1 pkt 2, poprzez brak podania przez zamawiającego podstawy prawnej oraz przede wszystkim faktycznej odrzucenia oferty odwołującego, co znacznie utrudnia podniesienie dalszych zarzutów względem faktycznych podstaw odrzucenia oferty.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,

2. unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - TEMKOP sp. z o.o.,
3. powtórne dokonanie czynności zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. nakazanie wyboru zamawiającemu oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
5. zwrot kosztów w postępowaniu odwoławczym.

Nadto wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka Pana J..... M..... na poparcie twierdzeń zawartych w odwołaniu, a w szczególności na okoliczność wykazania, iż cena zaoferowana przez odwołującego nie jest ceną rażąco niską i została ustalona w sposób rzetelny i odpowiadający warunkom panującym na rynku.
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z Umowy nr 051200626 zawartej z zamawiającym w ramach postępowania nr 99/IX/ZZ/12 na okoliczność wykazania, iż umowa ta będzie realizowana w trakcie realizacji przedmiotowego zadania, a to stanowi wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy i skutkuje możliwością optymalnego wykorzystania potencjału odwołującego, co ma bezpośredni wpływ na zawartą w ofercie cenę.
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu nr 53/ZZ/13 oraz Umów o numerach: 011300260, 011300261, 01130026 na okoliczność wykazania, iż w ramach tożsamego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego pomimo, iż cena oferty była znacznie niższa od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na realizację zadania.
4. wydanie zakazu zawarcia przez zamawiającego umowy z wykonawcą TEMKOP sp. z o.o. do czasu rozpoznania niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazał, że podczas sesji otwarcia ofert zamawiający podał, iż na sfinansowanie zamówienia przeznacza kwotę w wysokości 6.930.676,74 zł brutto. Odwołujący wskazał nadto, że oferta złożona przez odwołującego opiewała na kwotę 4.749.645,00 brutto i stanowiła drugą co do wysokości najniższą zaoferowaną cenę.

Odwołujący podał, że zamawiający wezwał go do udzielenia pisemnych wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, jednocześnie wskazując, iż zaoferowana przez odwołującego cena różni się od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia o ok. 46% i średnio o ok. 33 % od cen innych wykonawców w tym

postępowaniu. Wzywając do udzielenia wyjaśnień zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia powinny zwracać kalkulację ceny oferty z podaniem składników cenotwórczych, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej przez odwołującego ceny oraz, że odwołujący może uwzględnić m.in. czynniki takie jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący wyjaśnił, że w odpowiedzi, zgodnie z wezwaniem zamawiającego, w oparciu o kosztorys wykonania zamówienia stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ, złożył wykaz składników cenotwórczych, dokonał rozbicia wszystkich 15 pozycji kosztorysu wskazując, iż na wysokość cen jednostkowych oraz ceny oferty wpływa, po pierwsze średnia roboczodniówka ustalona w wysokości 390 zł oraz ilość dni przewidzianych przez odwołującego do realizacji poszczególnych pozycji wskazanych przez zamawiającego w załączniku nr 3 do SIWZ. Dodatkowo odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, iż:

1. średnia wartość roboczodniówki na poziomie 390 zł została przyjęta zarówno dla pracowników fizycznych jak i pracowników dozoru,
2. roboty związane z wykonaniem robót ubocznych, poza przodkiem, będą wykonywane przez pracowników zatrudnionych do obsługi urządzeń,
3. część odstawy urobku pokrywa się z przenośnikami odstawy, które są obsługiwane przez pracowników oferenta przy realizacji obecnej umowy (nie wymaga to angażowania dodatkowych pracowników),
4. osoby dozoru zatrudnione przy realizacji obecnie realizowanego zadania będą nadzorowały także prace na przedmiotowym zadaniu,
5. urządzenia potrzebne do realizacji przedmiotowego zadania, tj. ładowarka, sprężarka i torkretnica są własnością odwołującego,
6. roboty związane z pobierką spągu i przebudową wyrobiska będą wykonywane równocześnie.

Odwołujący podał, że w treści uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający podał jedynie, iż odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stwierdził, iż odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie zdołał wykazać, iż za zaoferowaną cenę jest zdolny wykonać należycie zamówienie. Dodatkowo zamawiający ponownie wskazał, iż zaoferowana przez odwołującego cena różni się od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia o ok. 46% i średnio o ok. 33 % od cen innych wykonawców w tym postępowaniu.

Kwestionując decyzję zamawiającego odwołujący wskazał, że zamawiający poprzestając na wskazaniu procentowych wartości, odnosząc się do kwestii złożenia przez odwołującego wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stwierdził jedynie, że odwołujący nie zdołał wykazać, że w ramach zaoferowanej przez niego ceny, że jest w stanie należycie wykonać zamówienie.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2011 r. o sygn. akt KIO 2470/11, KIO 2480/11: *„nie można przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu (tak też: orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18.06.1991 w sprawie C-295/890)”, „sam fakt że cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest jeszcze wystarczający dla uznania danej ceny za rażąco niską”.*

Przywołał także wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. o sygn. akt: XIX Ga 3/07, w którym to Sąd stwierdził: *„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 wytwarzania albo ofertowanie usług za symboliczną kwotę.*

Podkreślił, że w świetle orzecznictwa samo porównanie cen zaoferowanych przez wykonawców nie jest dowodem rażąco niskiej ceny, a w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11) jednoznacznie stwierdzono, iż *„stanowisko zamawiającego, który uznał, że ceny poniżej połowy wartości szacunkowej zamówienia są rażąco niskie, jest niezgodne z prawem”.*

Podniósł, że fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej powinien zostać przez zamawiającego udowodniony.

Podniósł również, że cena oferty odwołującego stanowi 68% kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia oraz 83% średniej ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, a orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, sądów polskich oraz Krajowej Izby Odwoławczej nie pozostawia wątpliwości, iż pomimo tego, że oszacowanie przez zamawiającego wartości zamówienia ma wpływ na uznanie ceny za rażąco niską to jednak nie oznacza to, że każda oferta z ceną niższą od szacunkowej wartości zamówienia stanowi ofertę z rażąco niską cenę.

Na podstawie wskazanego przez siebie faktu, iż zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego ograniczył się jedynie do wskazania procentowych różnic w kwotach pomiędzy ceną oferty odwołującego a szacunkową wartością zamówienia oraz średnią ceną ofert pozostałych wykonawców odwołujący przyjął, iż zamawiający nie dokonał analizy złożonych przez niego wyjaśnień, ewentualnie dokonał analizy nierzetelnie i nieobiektywnie o

czym może świadczyć fakt, iż zarówno w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, jak i w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień zamawiający podaje tożsame argumenty, odnosząc się wyłącznie do różnic procentowych. Podniósł, że zamawiający w żaden sposób nie nawiązał merytorycznie ani do kalkulacji ceny przedstawionej w jego piśmie wyjaśniającym, ani do okoliczności uzasadniających przyjęcie wartości o określonej wysokości, czy wskazaniu okoliczności sprzyjających wykonaniu zamówienia za cenę przedstawioną w ofercie. Powołał się na wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2011 r. o sygn. akt: KIO 1665/11: *„nie jest wystarczające do uznania ceny za rażąco niską fakt, iż cena może bardzo znacząco różnić się wartości zamówienia, a nawet od cen pozostałych ofert, złożonych w postępowaniu. Musi to być cena, nie tylko obiektywnie niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”*.

Odwołujący stwierdził, że nie ma jednolitej linii orzeczniczej wskazującej jednoznacznie, która strona, tj. zamawiający czy wykonawca, ma obowiązek wykazać brak, czy też wystąpienie przesłanek uzasadniających zakwalifikowanie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę (przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie o sygn. akt: II Ca 425/05, z którego wynika, iż fakt rażąco niskiej ceny musi zostać wykazany w postępowaniu - zgodnie z art. 6 k.c. w związku z art. 14 ustawy PZP - przez zamawiającego, który powołując się na tę okoliczność odrzuca ofertę), jednocześnie, abstrahując od tego stanowiska, stwierdził, iż w razie wszczęcia przez zamawiającego procedury o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień. Podniósł, że zamawiający zwrócił się do odwołującego o podanie kalkulacji ceny oferty wraz z podaniem składników cenotwórczych, jednocześnie nie określając elementów budzących wątpliwości, stąd musiał nawiązać po pierwsze do "Opisu sposobu obliczenia ceny", który znajduje się w pkt. XVI SIWZ, po drugie do "Kosztorysu wykonania zamówienia" stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ.

Wyjaśnił, że jeżeli chodzi o "Opis sposobu obliczania ceny" to zamawiający, z racji tego, że postępowanie dotyczyło zamówienia na usługi, w sposób ogólny wskazał w pkt. XVI SIWZ, iż:

1. cenę należy ustalić jako cenę (brutto) za realizację całego przedmiotu zamówienia i należy ująć w niej wszystkie koszty, których poniesienie niezbędne jest dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia (koszty robocizny, sprzętu, urządzeń, materiałów, podatek VAT, koszty ubezpieczenia i inne),
2. cena podana w ofercie musi wynikać z „Kosztorysu wykonania zamówienia” i nie może być pomniejszona o ewentualny upust czy współczynniki zmniejszające. Wszystkie ceny powinny być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku,
3. „Kosztorys wykonania zamówienia” należy opracować poprzez wypełnienie każdej pozycji Załącznika nr 3 do SIWZ. Wypełniony i podpisany druk „Kosztorys wykonania zamówienia”



należy dołączyć do oferty.

W odniesieniu natomiast do Załącznika nr 3 do SIWZ stanowiącego „Kosztorys wykonania zamówienia” odwołujący wyjaśnił, że zamawiający wyszczególnił w nim 15 pozycji, wskazując dla każdej z nich z osobna: Zakres (mb, m<sup>2</sup>, szt.), Jednostkowe wartości netto oraz Wartości netto stanowiącą iloczyn poprzednich zmiennych.

Odwołujący wskazał, że w oparciu o tak sporządzony Kosztorys oraz „Opis sposobu obliczania ceny” przedstawił swoje wyjaśnienia - przedstawił kalkulację ceny oferty, poprzez „rozbicie” każdej z pozycji Kosztorysu, a następnie wskazanie, iż na ceny poszczególnych pozycji wpływa, po pierwsze średnia roboczodniówka ustalona na poziomie 390 zł, po drugie ilość dni przyjętych przez odwołującego, potrzebnych do wykonania określonej pozycji kosztorysu, ceny zaoferowane przez odwołującego dla poszczególnych pozycji stanowiły iloczyn średniej roboczodniówki przyjętej przez odwołującego i liczby dni przeznaczonych na wykonanie określonej części zamówienia, suma wszystkich pozycji kosztorysu dała cenę, jaką odwołujący zaoferował w ramach złożonej oferty.

Podkreślił, że dokonując powyższej kalkulacji ceny zastosował identyczną metodę jak zamawiający przy określeniu szacunkowej wartości zamówienia (wynika to z faktu, iż jak przyznał Zamawiający, w piśmie z dnia 25 lutego 2014 r., przy określeniu wysokości środków przeznaczonych na realizację przedmiotowego zamówienia korzystał z metody kalkulacji wartości roboczodniówek w odniesieniu do liczby dni przeznaczonych na wykonanie określonej pozycji kosztorysu; dodatkowo za powszechnie znane przyjął okoliczności dotyczące zarobków pracowników JSW S.A., gdzie przy ustalaniu średniego wynagrodzenia i średniej roboczodniówek uwzględnia się dodatkowe przychody pracowników, tj. Barbórka, 13-stka, 14-nastka itp. składniki wynagrodzenia, które nie występują u odwołującego, w związku z czym koszt utrzymania pracowników i wyceny roboczodniówki odwołującego jest niższy w porównaniu do roboczodniówek pracowników JSW S.A.)

Podniósł, że w wyjaśnieniach wskazał na szereg okoliczności mających wpływ na zaoferowaną przez niego cenę, wykazując tym samym, iż nie można mówić o rażąco niskiej cenie w kontekście oferty złożonej w ramach postępowania.

Odwołujący podniósł także, iż zamawiający wszczynając wobec niego procedurę, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp podał jako motywy swojego działania różnice procentowe zachodzące pomiędzy ofertą odwołującego a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zadania oraz średnią ceną ofert pozostałych wykonawców, tę samą argumentację powielił w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, co zdaniem odwołującego pozwala domniemywać, iż zamawiający nie dokonał odpowiedniej analizy wyjaśnień odwołującego, ewentualnie dokonał analizy powierzchownie i nierzetelnie. Podkreślił, że polemikę ze stanowiskiem zamawiającego utrudnia fakt, iż nie wskazuje on jakiegokolwiek faktycznego uzasadnienia

swojego stanowiska co do podstaw odrzucenia oferty z uwagi na zawierającą rzekomo rażąco niską cenę.

Wskazując, że zamawiający w treści pisma informującego o odrzuceniu oferty podał jedynie, iż wyjaśnienia powinny zawierać kalkulację ceny oferty wraz z podaniem składników cenotwórczych, które miały wpływ na wysokość zaofferowanej przez odwołującego ceny za przedmiot umowy, odwołujący podniósł, iż zamawiający pozostaje w błędzie twierdząc, iż w wyjaśnieniach nie przedstawiono jej składników cenotwórczych - jak bowiem inaczej nazwać wskazanie przez odwołującego średniej roboczo-dniówki na poziomie 390 zł/netto oraz ilości dniówek przeznaczonych na zrealizowanie zadania. Przypomniał, że zamawiający również dokonał kalkulacji szacunkowej ceny w oparciu o powyższe składniki cenotwórcze.

Podniósł nadto, że zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do okoliczności wskazanych przez odwołującego, a pozostających w bezpośrednim związku z zaproponowaną ceną oferty (część przedmiotowego zakresu zamówienia pozostaje w związku z zakresem obecnie realizowanej umowy, wobec czego pracownicy wykonujący obecną umowę, w tym pracownicy dozoru będą brali udział przy wykonywaniu przedmiotowego zadania – umowa nr 051200626 z dnia 19 grudnia 2012 r. dotycząca "Wykonania przebudowy dróg wentylacyjnych poz. 880 oraz przekopu wentylacyjnego poz.880 w JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie” Ruch „Zofiówka” realizowaną obecnie przez Konsorcjum Firm JPRG sp. z o.o. i Silesia-GÓR sp. z o.o., zawartej na okres 23 m-cy od protokolarnego przekazania rejonu robót. Zgodnie z dyspozycją § 2 Istotnych postanowień umowy stanowiącej załącznik nr 13 do SIWZ 109/ZZ/13 termin wykonania przedmiotowego zamówienia został określony na okres 15 miesięcy od daty zawarcia umowy). Wskazał, że z faktu, iż odwołujący realizuje obecnie inną umowę na rzecz zamawiającego wynika, iż można mówić o obiektywnych czynnikach, o których stanowi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. – są to wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, pozwalające na optymalne wykorzystanie potencjału odwołującego i wykonanie zadania za cenę wskazaną w ofercie.

Podniósł także, że odwołujący dodatkowo wskazał w wyjaśnieniach, iż urządzenia potrzebne do realizacji przedmiotowego zadania, tj. ładowarka, sprężarka i torkretnica są własnością odwołującego oraz że roboty związane z pobierką spągu i przebudową wyrobiska będą wykonywane równocześnie - elementy te również stanowią obiektywne czynniki i powinny być wzięte pod uwagę przy rozstrzygnięciu kwestii rażąco niskiej ceny, co jednak zamawiający pominął.

Zaznaczył, iż bezpośredni wpływ na ustalenie przez odwołującego ceny miało to, iż odwołujący świadczył już usługi na rzecz zamawiającego w ramach tożsamyh postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a oferty wówczas składane również znacznie odbiegały od kwot przeznaczonych na realizację zamówienia, a mimo to zamawiający dokonywał wyboru ofert odwołującego, nie zgłaszając nawet, iż zachodzi domniemanie

rażąco niskiej ceny (postępowania nr 53/ZZ/13 oraz Umowy nr 011300260, 011300261, 01130026).

Oświadczył, że zawsze wywiązywał się z zawieranych umów, a realizacja zamówienia nigdy nie była zagrożona w kontekście oferowanej niskiej ceny.

Odnosząc się do obowiązku, jaki spoczywa na zamawiającym w. związku z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, podkreślił, iż lista czynników, będących podstawą oceny wyjaśnień, wskazana w ww. przepisie jest jedynie listą przykładową i nie stanowi katalogu zamkniętego, co jest o tyle istotne, iż zamawiający biorąc pod uwagę okoliczności uzasadniające zaoferowanie ceny na poziomie znacznie niższym niż jego kalkulacja nie może brać pod uwagę wyłącznie czynników wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ale powinien dogłębnie rozważyć także inne obiektywne czynniki nie zakwalifikowane do żadnej z ww. grup, a mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Za nie wytłumaczalny uznał fakt, iż zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do wskazanej w wyjaśnieniach odwołującego stawki 390 zł/netto za roboczodniówkę oraz do przyjętych przez odwołującego ilości dniówek przeznaczonych na zrealizowanie zadania, pomimo że wartości te mają kluczowe znaczenie dla wykazania, iż zaoferowana cena nie jest dotknięta przesłanką ceny rażąco niskiej oraz, że nie istnieje zagrożenie dla jakości oraz terminowości wykonania zamówienia.

Oświadczył, że przyjmując za roboczodniówkę stawkę w wysokości 390 zł/netto oparł się na własnym doświadczeniu oraz rozeznaniu rynku, stawka ta jest pochodną ogólnej sytuacji rynkowej oraz istniejącej konkurencji między wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia dlatego w ocenie odwołującego nie sposób uznać, iż zamawiający odrzucając jego ofertę uznał stawkę roboczodniówki za nierealną i niemożliwą do osiągnięcia. Wskazał, że sporządzając SIWZ zamawiający nie określił ani sposobu obliczenia średniej stawki roboczodniówki, ani granicy poniżej, której stawka ta nie może być ustalona; pozostawił pełną dowolność w tym zakresie, pozwalając wykonawcom kształtować ceny w oparciu o zasadę konkurencji rynkowej oraz ryzyka gospodarczego uzasadniającego oferowanie cen o znacznych różnicach w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia. Podkreślił też, że zamawiający w SIWZ nie wskazał na konkretny sposób dysponowania osobami posiadającymi stosowne kwalifikacje potrzebne do realizacji przedmiotowego zadania, a jedynie podał, iż wykonawcy mają obowiązek podania informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami, co jest istotne o tyle, iż zamawiający nie nakłada obowiązku związania wykonawców z osobami realizującymi zamówienie na podstawie umów o pracę, ale dopuszcza możliwość świadczenia usług w oparciu o umowy cywilnoprawne. Przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 13 stycznia 2005 r. (sygn. akt: II Ca 835/04) z którego wynika, iż *„jeżeli zamawiający nie zastrzegł w SIWZ obowiązku zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę, dozwolone są wszelkie zgodne z prawem*

*sposoby naboru kadry np. umowy zlecenie, czy zatrudnienie osób korzystających ze świadczeń emerytalnych. Dlatego nie można podnosić zarzutu, że cena jest rażąco niska czy zaoferowana poniżej kosztów świadczenia usługi, nie można powoływać się na takie czynniki jak płaca minimalna, czy wskaźnik jej wzrostu.”*

Podniósł, że dysponowanie stosowną kadrą na podstawie innych umów aniżeli umowy o pracę pozwala na znaczne ograniczenie kosztów, a co za tym idzie umożliwia kształtowanie cen na poziomie konkurencyjnym i zarazem realnym.

Odwołujący uznał, że z uwagi na brak faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty przez zamawiającego, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 92 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Podkreślił, że to na zamawiającym spoczywał obowiązek faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę, po uprzednim dogłębnym przeanalizowaniu złożonych przez wykonawcę wyjaśnień.

Wskazał, że rolą zamawiającego było ustalenie, czy czynniki wskazane przez odwołującego mają charakter obiektywny oraz w jaki sposób wpływają na cenę oferty, zamawiający miał obowiązek odnieść się do warunków tego konkretnego postępowania przy jednoczesnym uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania.

W ocenie odwołującego zamawiający nie dokonał żadnej analizy wyjaśnień odwołującego, gdyż jak wynika z treści pisma informującego o odrzuceniu oferty nie podaje on żadnego faktycznego uzasadnienia takiej decyzji za wyjątkiem przywołanych wcześniej różnic procentowych. Odwołujący zauważył, iż podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności - wykonawcy mogą w odwołaniu sensownie podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności, nie mogą natomiast podnosić zarzutów względem powodów odrzucenia ich oferty, których mogą się jedynie domyślać lub które zamawiający zakomunikował im na przykład dopiero w odpowiedzi na odwołanie, czy na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić. Wskazał, że zaniechanie zamawiającego skutkujące brakiem uzasadnienia może być efektem tego, iż zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego już na etapie wezwania do udzielenia wyjaśnień, na co wskazywać może fakt, iż jedyne merytoryczne odniesienie (znajdujące się zarówno w wezwaniu do złożenia wyjaśnień jak i w piśmie informującym o odrzuceniu oferty) dotyczy wskazania, iż cena zaoferowana przez odwołującego różni się od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia o ok. 46% i średnio o ok. 33% od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, pisma odwołującego z dnia 12 marca 2014 r. wraz z załącznikami (Wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów), a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z drugą w kolejności najniższą ceną (cena, zgodnie z Rozdziałem XVII SIWZ, stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej), jednak biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca, który złożył ofertę z najniższą ceną nie odwołał się od odrzucenia jego oferty, a zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia ww. czynności oraz poddania oferty odwołującego ponownemu badaniu i ocenie, a zatem dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN).
2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
3. Oferta odwołującego.
4. Wezwanie skierowanego do odwołującego z dnia 16 stycznia 2014 r. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.
5. Odpowiedź odwołującego z dnia 21 stycznia 2014 r. na ww. wezwanie.
6. Opinia z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie oceny wyjaśnień wykonawców w sprawie rażąco niskiej ceny w postępowaniu.
7. Informacja o przebiegu postępowania w udzielenie przedmiotowego postępowania z dnia 12 lutego 2014 r.
8. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, odrzuceniu ofert, wykluczeniu wykonawców z postępowania i terminie zawarcia umowy z dnia 18 lutego 2014 r.

9. Wniosek odwołującego z dnia 20 lutego 2014 r. do zamawiającego o udostępnienie kopii kosztorysu inwestorskiego.
10. Odpowiedź zamawiającego z dnia 25 lutego 2014 r. na ww. wniosek.

Zarzuty: zaniechania podania przez zamawiającego podstawy prawnej oraz podstawy faktycznej odrzucenia oferty odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (zarzut pierwszy), zaniechania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w tym w zakresie analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość ceny ofertowej odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3, 90 ust. 2 i 3 oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp, bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp potwierdziły się z wyjątkiem zarzutu pierwszego w części dotyczącej zaniechania podania przez zamawiającego podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego.

W odwołaniu odwołujący wskazał: „w treści uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego Zamawiający jedynie podaje, iż odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP” (str. 8).

Ocena odwołującego, że takie uzasadnienie prawne oznacza zaniechanie obowiązku zamawiającego jest nietrafna, ponieważ wskazanie jednej z podstaw odrzucenia, przewidzianych przez ustawodawcę w art. 89 ustawy Pzp, tj. wskazanie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a nadto, że następuje to w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wyczerpuje obowiązek zamawiającego nałożony nań przepisem art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby uznał natomiast, że potwierdził się zarzut zaniechania podania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego i dalsze ww. zarzuty.

W ocenie składu orzekającego Izby uzasadnienia faktycznego nie stanowi zawarte w zawiadomieniu z dnia 18 lutego 2014 r. (odnoszące się zarówno do odwołującego, jak i wykonawcy Progór Sp. z o.o.) zdanie o treści: „Zamawiający stwierdził, że w uzasadnieniu Wykonawcy nie zdołali wykazać, iż za zaoferowaną cenę są zdolni wykonać należycie zamówienie”, ponieważ zdanie to jest jedynie wynikiem nieujawnionych ocen zamawiającego, pozostających w całkowitym oderwaniu od złożonych przez odwołującego wyjaśnień. Zdanie to zostało przez zamawiającego poprzedzone swego rodzaju streszczeniem przebiegu postępowania w zakresie badania zaoferowanych przez dwóch wykonawców cen pod kątem ich rażąco niskiego charakteru, tj. wskazaniem, że ze względu na zaoferowanie przez odwołującego ceny różniącej się o około 46% i średnio o 33% od cen

zaoferowanych przez innych 5 wykonawców odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień, wskazaniem terminu wyznaczonego na złożenie wyjaśnień oraz wskazaniem, że odwołujący (podobnie jak Progór Sp. z o.o.) wyjaśnienia takie terminowo złożył.

Powołując jako podstawę odrzucenia oferty odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający nie sprecyzował, czy uznał, że odwołujący wyjaśnień nie złożył („Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień”), czy też, że ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę („Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy (...) jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”).

Kwestia ta nie została wyjaśniona nawet na rozprawie, podczas której zamawiający z jednej strony twierdził, że „wyjaśnienia są niewystarczające, co pozwala raczej na stwierdzenie, że w ogóle nie zostały złożone”, z drugiej, że „odwołujący jakieś wyjaśnienia złożył, ale nie były to wyjaśnienia wykazujące fakt niezaoferowania rażąco niskiej ceny”.

Wskazać należy, że zamawiający w wezwaniu zażądał: „złożenia pisemnych wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej (...) ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia” oraz sprecyzował: „wyjaśnienia powinny zawierać kalkulację ceny oferty z podaniem składników cenotwórczych, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny”. Zamawiający wskazał także na możliwość uwzględnienia w wyjaśnieniach obiektywnych czynników, powołując się przy tym na przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby złożone przez odwołującego wyjaśnienia czyniły zadość żądaniu zamawiającego, ponieważ odwołujący zawarł kalkulację ceny oferty, korzystając z „Kosztorysu wykonania zamówienia”, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ i podając jako składniki cenotwórcze przyjęte przez siebie ilości dniówek niezbędne do realizacji poszczególnych pozycji kalkulacyjnych (kosztorysowych) oraz średnią dniówkę dla pracowników fizycznych i pracowników dozoru – tożsamą dla każdej z pozycji w wysokości 390 zł. Podał także następujące, uznane przez odwołującego za obiektywne, czynniki:

1. roboty związane z wykonaniem robót ubocznych poza przodkiem będą wykonywane przez pracowników zatrudnionych do obsługi urządzeń odstawy,
2. część obsługi odstawy pokrywa się z przenośnikami odstawy, które są obsługiwane przez pracowników oferenta przy realizacji obecnej umowy,
3. osoby dozoru zatrudnione przy realizacji obecnie realizowanego zadania będą nadzorowały także prace na przedmiotowym zadaniu,
4. urządzenia potrzebne do realizacji przedmiotowego zadania, tj. ładowarka, sprzężarka

i torkretnica są własnością odwołującego,

5. roboty związane z pobierką spągu i przebudową wyrobiska będą wykonywane równocześnie.

W zawiadomieniu zamawiający nie zawarł żadnej merytorycznej, zindywidualizowanej oceny wyjaśnień odwołującego, choć taki obowiązek został także wprost wskazany w Opinii z dnia 4 lutego 2014 r., którą dysponowała komisja przetargowa zamawiającego: „Obowiązkiem zaś Zamawiającego jest dokonanie krytycznej oceny przedłożonych wyjaśnień, a to oznacza, że musi dokonać ich oceny merytorycznej z punktu widzenia zawartych odpowiedzi na postawione przez siebie żądania” (str. 5).

Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 18 lutego 2014 r. nie odniósł się ani do przyjętej przez odwołującego średniej dniówki, ani do przyjętej liczby dniówek, ani do żadnego z czynników wskazanych przez odwołującego w wyjaśnieniach.

Co więcej, zamawiający nawet na rozprawie odniósł się do złożonych przez odwołującego wyjaśnień (w tym wskazanych jako obiektywne czynniki) jedynie fragmentarycznie, zdawkowo i w oderwaniu od tego konkretnego zamówienia, stwierdzając, że:

1. „W ocenie zamawiającego powołanie się przez odwołującego na fakt, że maszyny, którymi chce wykonywać zamówienie stanowią jego własność nie stanowi żadnej, sprzyjającej obiektywnej okoliczności (...). Podkreśla, że własność maszyn, którymi wykonawcy realizują usługi jest w tej branży normą”,
2. „godziny niezbędne do realizacji poszczególnych zadań są zaniżone i skłaniają do wniosku, że oferta jest niezgodna z SIWZ, tj. usługi nie będą realizowane zgodnie z odpowiednimi przepisami i normami obowiązującymi w górnictwie”,
3. „realizacja w tym samym czasie dwóch różnych umów przez tego samego wykonawcę może nie mieć znaczenia, ponieważ miejsca realizacji usług na podstawie tych umów mogą być oddalone nawet o kilka kilometrów”.

Podnieść należy, że zamawiający, pomimo wskazania w Protokole postępowania, że wartość zamówienia została ustalona na podstawie kalkulacyjnych wartości roboczodniówek obowiązujących w KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie” Ruch „Zofiówka” nie odwołał się do tych wartości ani w zawiadomieniu, ani nawet na etapie rozprawy, torpedując wartość podaną przez odwołującego stwierdzeniem, że jest zaniżona (nie wskazał o ile, czy różnica taka uzasadnia uznanie ceny odwołującego za rażąco niską), nie odwołał się do „właściwej” zapewniającej prawidłową realizację zamówienia ilości dniówek (próbując na rozprawie rozszerzyć podstawę odrzucenia oferty odwołującego o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), nie



oświadczył, że pozostali wykonawcy w tym postępowaniu są właścicielami maszyn, którymi chcą realizować zamówienia (realia tego postępowania mogą nie odpowiadać normom w branży), nie podał dlaczego miejsca realizacji usług na podstawie umowy realizowanej już przez odwołującego i na podstawie umowy, która zostanie zawarta w wyniku tego postępowania nie pozwala mu uznać tego czynnika (równoległa realizacja umów).

Wskazane przez odwołującego czynniki:

1. roboty związane z wykonaniem robót ubocznych poza przodkiem będą wykonywane przez pracowników zatrudnionych do obsługi urządzeń odstawy,
  2. roboty związane z pobierką spągu i przebudową wyrobiska będą wykonywane równocześnie
- zamawiający w ogóle pominął tak w zawiadomieniu, jak i na rozprawie.

Przypomnienia wymaga, że brak uzasadnienia odrzucenia oferty co najmniej utrudnia wykonawcy podnoszenie zarzutów w celu obrony swojej oferty. I tak jak na rozprawie zamawiający podnosił, że „składanie przez wykonawcę dodatkowych wyjaśnień na etapie postępowania odwoławczego jest niedopuszczalne” tak skład orzekający Izby wskazuje na niedopuszczalność wypełniania przez zamawiającego obowiązku, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na etapie rozprawy. Pozbawia to bowiem wykonawcę możliwości odniesienia się do podstaw odrzucenia z zachowaniem przysługującym wykonawcy terminu (terminu na wniesienie odwołania).

Podsumowując, stwierdzić należy, iż ani uzasadnienie zawarte w zawiadomieniu z dnia 18 lutego 2014 r. o odrzuceniu oferty odwołującego, ani nawet uzasadnienie prezentowane na rozprawie nie dawały zamawiającego podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający winien zatem ponowić czynność badania i oceny oferty odwołującego wraz ze złożonymi przez niego wyjaśnieniami. W ramach badania i oceny zamawiający może ponownie skierować wezwania do złożenia przez odwołującego wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, precyzując swoje wątpliwości wobec ceny ofertowej odwołującego i swoje oczekiwania wobec zawartości wyjaśnień.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czym zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący upatrywał obowiązek zwrócenia się przez zamawiającego do przystępującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyłącznie w tym, iż do takich wyjaśnień, w związku z różnicami procentowymi pomiędzy

ofertą odwołującego a wartością szacunkową powiększoną o podatek VAT oraz pomiędzy ofertą odwołującego a cenami ofertowymi innych pięciu wykonawców, został wezwany odwołujący, w sytuacji gdy znaczące różnice procentowe występują także w przypadku oferty przystępującego.

Podnieść jednak należy, że odwołujący ignoruje zupełnie fakt, że oferta przystępującego w wysokości na poziomie ponad 5,5 mln zł wpisuje się w przedział cenowy większości cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, tj. poziom 5,5 – 6,0 mln zł, a nadto różni się „in plus” od oferty odwołującego o ponad 750 tys. zł.

Nadto wskazać należy na brak po stronie odwołującego interesu w kwestionowaniu oferty przystępującego zawierającej wyższą od oferty odwołującego cenę w sytuacji, gdy to właśnie cena stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

Zarzut zaniechania wyboru przez zamawiającego oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby, o czym była mowa wyżej, stanął na stanowisku, że zaprezentowane przez zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego nie dawały zamawiającemu ku temu podstaw. Jednocześnie jednak skład orzekający Izby wskazuje, że nie ma obecnie podstaw do uznania, że to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza. Zamawiający, jak wskazano wyżej, musi ponowić czynność badania i oceny oferty odwołującego, a w jej ramach może ponownie skierować wezwanie do złożenia przez odwołującego wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:** .....