

Sygn. akt: KIO 2480/16

**WYROK**  
**z dnia 12 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Sylwia Jankowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2016 r. przez wykonawcę - **Akor Sp. z o.o., ul. Olszewska 7/9/11 lok. 51, 00-796 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii im. Prof. Franciszka Łukaszczyka, ul. Dr I. Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz**,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę - Akor Sp. z o.o., ul. Olszewska 7/9/11 lok. 51, 00-796 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę - Akor Sp. z o.o., ul. Olszewska 7/9/11 lok. 51, 00-796 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Bydgoszczy**.

.....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka w Bydgoszczy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Świadczenie usług hotelowych oraz transportowych w roku 2017 na potrzeby pacjentów Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka w Bydgoszczy” w podziale na dwie Grupy - o wartości powyżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Pzp. Odwołujący – AKOR Sp z o.o. z Warszawy [Odwołujący lub wykonawca Akor], wniósł odwołanie w zakresie Grupy 1 Bydgoszcz, podnosząc następujące zarzuty:

- 1) zaniechanie, z naruszeniem art. 22a ust. 3 Pzp w związku z art. 26 ust. 1 Pzp, zbadania czy spółka Bomn Cast spółka z o. o., wskazana przez wykonawcę - Pan Tadeusz E. K., N. K. s.c. [wykonawca Pan Tadeusz s.c.] jako podmiot na zdolnościach, którego wykonawca będzie polegał przy realizacji zamówienia, nie podlega wykluczeniu z postępowania poprzez przedłożenia dokumentów wskazanych w pkt. 9.4 i 9.6 SIWZ -
- 2) dokonanie, z naruszeniem art. 87 ust. 1 Pzp, wskutek wystosowania w dniu 8 grudnia 2016r. wezwania do wykonawcy - Pan Tadeusz s.c. E. K., N. K., zmiany treści oferty złożonej przez tego wykonawcę -
- 3) zaniechanie, z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, odrzucenia oferty wykonawcy - Pan Tadeusz s.c. E. K., N. K., z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ;
- 4) zaniechanie z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 4 odrzucenia oferty wykonawcy - Pan Tadeusz s.c. E. K., N. K. z uwagi na rażąco niską cenę;
- 5) dopuszczenie, z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 do udziału w postępowaniu, jako wykonawcy spółki cywilnej - Pan Tadeusz s.c. E. K., N. K. z uwagi na brak należytej legitymacji do udziału w postępowaniu po stronie tego wykonawcy i zaniechanie odrzucenia tej oferty.

Odwołujący stwierdził, że w wyniku wskazanych czynności, stanowiących rażące naruszenie przepisów ustawy, interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż nie odrzucono oferty wykonawcy - Pan Tadeusz s.c. E. K., N. K. i w konsekwencji wybrano tę ofertę, jako najkorzystniejszą bezpodstawnie. W wyniku niezgodnego z prawem wyboru tej oferty nie udzielono zamówienia publicznego Odwołującemu, o które się ubiegał, pomimo że jego oferta spełniała wymagania i wobec podstaw odrzucenia oferty konkurencyjnej jest ofertą najkorzystniejszą.

Wykonawca wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania; 2) unieważnienie czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Pan Tadeusz s.c. E. K., N. K. z siedzibą w Osielsku; 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionym podczas rozprawy.

W uzasadnieniu zarzutów w szczególności wskazał na następujące okoliczności:

Za najkorzystniejszą ofertę w Grupie 1 (świadczenie usług stanowiących przedmiot zamówienia na terenie Bydgoszczy) – zawiadomienie z dnia 19 grudnia 2016 r. - została uznana oferta złożona przez wykonawcę Pan Tadeusz s.c., która przewidywała realizację przedmiotu zamówienia za cenę brutto wynoszącą 944.784 zł.

Wykonawca Pan Tadeusz s.c. w złożonej pierwotnie ofercie wskazał, że usługi będące przedmiotem zamówienia będzie realizował w oparciu o zasoby innego podmiotu - Bomn Cast sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy. Podmiot ten nie został pierwotnie określony, jako podwykonawca, ale w dołączonym do oferty formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w części II sekcji C został wyraźnie określony, jako podmiot na którego zdolności wykonawca polega. Jednocześnie w części II sekcji D formularza JEDZ wykonawca ten wskazał, że nie korzysta z usług podwykonawców, na których zdolnościach nie polega, a w części IV sekcji C rubryce 10 określił, iż powierzy wykonanie innym podmiotom 10% przewidywanej liczby noclegów i obiadowo-kolacji zgodnie z załącznikiem nr 7 „Opis przedmiotu zamówienia” i załącznikiem nr 6.

W załączniku nr 7 do SIWZ w części II „Wymagania” w pkt 6 Zamawiający określił, że, w ramach Grupy I, przewidywana liczba noclegów, jakie musi zapewnić ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca wynosi od 40 do 80 według potrzeb Zamawiającego. Logiczny i uzasadniony jest zatem wniosek, że każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi zapewnić 80 miejsc noclegowych, aby móc spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego i móc należycie wykonać zamówienie.

Pismem z dnia 2 grudnia 2016 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Pan Tadeusz s.c., w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o złożenie wyjaśnień i dowodów uzasadniających zastosowanie w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia. Jak ustalił Zamawiający, cena wskazana przez wykonawcę Pan Tadeusz s.c. była o 37,5 % niższa niż podana szacunkowa wartość zamówienia.

Pismem z dnia 5 grudnia 2016r. wykonawca Pan Tadeusz s.c. udzielił - zdaniem Odwołującego - ogólnikowych wyjaśnień mających uzasadnić zastosowanie przez niego rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te nie zostały poparte żadnymi dowodami, które potwierdzałyby zasadność i prawdziwość podniesionych w nich okoliczności. Wyjaśnienia wykonawcy Pan Tadeusz s.c. w zasadzie sprowadzają się do szeregu ogólnikowych

oświadczeń odnoszących się do kosztów prowadzenia działalności, korzyści związanych z położeniem obiektu hotelowego czy niskich kosztów własnych. Jako dowód, że pracownicy hotelu są zatrudniani zgodnie z przepisami prawa pracy i przepisami o zabezpieczeniu społecznym wykonawca wskazuje dołączone do oferty zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie społeczne.

Odwołujący wskazał, że stosownie do treści art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W ocenie Odwołującego, wykonawca Pan Tadeusz s.c. składając ogólnikowe i nie poparte żadnymi dowodami wyjaśnienia obowiązku tego nie dopełnił. Należy podkreślić również, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez Pan Tadeusz s.c., budzą poważne wątpliwości zważywszy na standard obiektu hotelowego tego wykonawcy, który to obiekt jest skategoryzowany, jako obiekt trzygwiazdkowy. Utrzymanie obiektu tej kategorii generuje dużo wyższe koszty niż obiektu dwugwiazdkowego, jakim dysponuje Odwołujący, którego oferta, przy niższym standardzie obiektu była niższa od wartości szacunkowej zamówienia jedynie o ok. 27%. Podane przez wykonawcę Pan Tadeusz s.c. w piśmie z dnia 5 grudnia 2016 r. sposoby obniżenia kosztów, nie pozwalają na zaoferowanie, uwzględniając kategorię hotelu 3\*, aż tak niskiej ceny jak zawarta w ofercie. Dalej podał, że jednocześnie w pkt. 4 wyjaśnień złożonych w piśmie z dnia 5 grudnia 2016 r. Wykonawca Pan Tadeusz s.c. przyznał, że wobec wymagań Zamawiającego dotyczących maksymalnej ilości noclegów w jednej dobie, będzie polegał na zdolnościach innego podmiotu, Bomn Cast sp. z o. o., który zapewni brakujące osiem miejsc noclegowych. Pismem z dnia 8 grudnia 2016 r.

Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę Pan Tadeusz s.c. do: złożenia formularzy JEDZ osobno dla wspólników spółki cywilnej oraz uzupełnienia oferty o formularz JEDZ podwykonawcy, a także poinformował go o błędnym wypełnieniu części II sekcji A, C i D formularza JEDZ wskazując m.in., że niepoprawnie zaznaczył informację o poleganiu na zdolnościach innych podmiotów, a winien zaznaczyć informację o podwykonawcach, na których zdolnościach nie polega.

Wykonawca Pan Tadeusz s.c. w odpowiedzi przedłożył żądane dokumenty, przy czym w porównaniu z wcześniejszą ofertą spółka Bomn Cast sp. z o. o. została wskazana, jako podwykonawca, a nie podmiot, na którego zdolnościach polega wykonawca Pan Tadeusz s.c.

Zdaniem Odwołującego opisany powyżej stan faktyczny obejmuje szereg naruszeń ustawy Pzp dokonanych przez Zamawiającego:

1. Wykonawca Pan Tadeusz s.c. w pierwotnie złożonej ofercie wskazał, iż w wykonaniu zamówienia będzie korzystał ze zdolności innych podmiotów, zatem obowiązkiem Zamawiającego było, stosownie do treści art. 22a ust. 3 Pzp zbadanie czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja

finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5. Skutkiem tego Zamawiający winien wezwać, na równi z wykonawcą ubiegającym się o zamówienie, wskazany przez tegoż wykonawcę podmiot do przedłożenia tożsamyh dokumentów, jakich przedłożenia żądał od wykonawcy, aby zbadać, czy nie zachodzą podstawy do wykluczenia go z postępowania. Zamawiający sam określił w pkt. 9.4 i 9.6 SIWZ, jakiego rodzaju dokumenty ma obowiązek złożyć wykonawca, aby wykazać, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Tym samym należy Zamawiającemu przypisać naruszenie art. 22a ust. 3 Pzp w związku z art 26 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania podmiotu trzeciego - spółki Bomn Cast sp. z o. o. - do przedłożenia tożsamyh dokumentów, których żądał od wykonawcy Pan Tadeusz s.c. celem wykazania, że nie podstaw do jego wykluczenia z postępowania. Należy podkreślić, że w świetle oferty złożonej przez Pan Tadeusz s.c. oraz wyjaśnień składanych na wezwanie Zamawiającego, a także biorąc pod uwagę treść załącznika nr 7 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” wykonawca ten nie jest samodzielnie w stanie wykonać zamówienia, którego postępowanie dotyczy gdyż nie dysponuje we własnym obiekcie hotelowym 80 miejscami noclegowymi.

2. Treść wezwania wystosowanego przez Zamawiającego w dniu 8 grudnia 2016r., stwierdził, że w istocie jest ono istotną ingerencją w treść oferty złożonej przez Pan Tadeusz s.c, gdzie Zamawiający nakazuje, wbrew pierwotnej intencji wykonawcy, określić spółkę Bomn Cast sp. z o. o., jako podwykonawcę, a nie podmiot, na którego zdolnościach wykonawca polega. W ocenie Odwołującego stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp.
3. Oferta wykonawcy Pan Tadeusz s.c. powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2, jako niezgodna ze SIWZ. Wykonawca ten nie dysponuje dostateczną ilością miejsc noclegowych, aby samodzielnie wykonać zamówienie w zakresie określonym w załączniku nr 7 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”. Podwykonawcą jest podmiot, który na podstawie umowy zawartej z wykonawcą zobowiązuje się wykonać część zobowiązania udzielonego uprzednio wykonawcy, który to wykonawca sam jest zdolny do wykonania zamówienia w całości, ale ze względów organizacyjnych lub ekonomicznych powierza wykonanie części zobowiązania innemu podmiotowi - podwykonawcy. Przedstawiona interpretacja koresponduje z przyjętym w Pzp przez ustawodawcę rozróżnieniem na podwykonawcę i podmiot trzeci, na którego zdolnościach wykonawca polega, aby sprostać warunkom określonym przez zamawiającego. Nie odrzucając zatem oferty tego wykonawcy Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp z uwagi na jego niezastosowanie.

4. Oferta złożona przez wykonawcę Pan Tadeusz s.c. powinna również zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) Pzp, albowiem zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Jak opisano powyżej Zamawiający wezwał Pan Tadeusz s.c. do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w trybie przewidzianym w art. 90 ust. 1 Pzp jednakże ogólnikowe i nie poparte żadnymi dowodami wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę w ocenie Odwołującego nie wykazały dostatecznie, że przedstawiona przez niego w ofercie cena była rażąco zaniżona. Wskazał także, że Zamawiający dokonując wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie wykazał się należyłą starannością ograniczając się jedynie do powielenia w wezwaniu treści art. 90 ust. 1 Pzp nie precyzując, jakich informacji i dowodów oczekuje od wykonawcy. Podana przez wykonawcę Pan Tadeusz s.c. cena, przy uwzględnieniu kategorii obiektu hotelowego 3\*, jest rażąco niska, zwłaszcza w porównaniu z ofertą Odwołującego, który dysponuje obiektem kategorii niższej i generującym dużo niższe koszty utrzymania, a zaoferował cenę wyższą odpowiadającą realnym kosztom prowadzonej działalności. Ogólnikowe wyjaśnienia złożone przez Pan Tadeusz s.c. nie mogą być uznane za należyte wykonanie obowiązku wskazanego w art. 90 ust. 2 Pzp. Zasadny jest zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4) Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Pan Tadeusz s.c.
5. Wykonawca - Pan Tadeusz s.c. E. K., N. K. z uwagi na formę organizacyjnoprawną prowadzonej działalności nie może występować, jako wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stosownie do treści art. 2 pkt. 11) Pzp wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem oferta tego podmiotu powinna być złożona, jako wspólna oferta dwóch wykonawców na podstawie art. 23 ust. 1 Pzp przy czym stosownie do treści art. 23 ust. 2 wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego czego w toku postępowania nie uczyniono i do czego nie wzywał ich Zamawiający, co niewątpliwie stanowi naruszenie art. 23 ust. 1 i 2 w związku z art. 2 pkt. 11) Pzp. Brak po stronie Pan Tadeusz E. K., N. K. s.c. legitymacji do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jako wykonawca powinno skutkować odrzuceniem złożonej przez ten podmiot oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 1) i pkt. 8) Pzp, jako niezgodnej z ustawą i nieważnej.

Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą Pan Tadeusz" s.c. E. K., N. K. w piśmie z dnia 29 grudnia 2016 r. złożonym do akt sprawy 2 stycznia 2017 r. zawiadomił Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, informując jednocześnie, że zawiadomienie o tym

fakcie przekazał również Zamawiającemu i wnoszącemu odwołanie. Tak jak podał Zamawiający kopia wniesionego odwołania przekazana została wykonawcom w dniu 29 grudnia 2016 r. W kolejnym piśmie z dnia 4.01.2017 r. złożonym do akt sprawy w dniu 5.01.2017 r. oznaczonym już, jako przystąpienie do postępowania odwoławczego (...) wskazał na art. 185 ust.2 i 3 i w szczególności wskazał, że „ma interes prawny w rozstrzygnięciu niniejszego odwołania na korzyść zamawiającego, ponieważ w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany decyzji Zamawiającego, a tym samym do pozbawienia Przystępującego możliwości uzyskania zamówienia. Zatem Przystępujący ma interes prawny w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego”.

Sprzeciwiając się temu przystąpieniu wnoszący odwołanie wykonawca Akor Sp. z o.o. z Warszawy w opozycji [pismo z dnia 9 stycznia 2017 r.] podniósł, że wykonawca – spółka cywilna - Pan Tadeusz s.c. E. K., N. K. dokonał przystąpienia do postępowania odwoławczego z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Jego zdaniem, „Nie można uznać za skuteczne dokonanie przystąpienia złożenie pisma z dnia 29 grudnia 2016r., w którym wykonawca Pan Tadeusz s.c. E. K., N. K. informuje o przystąpieniu jednakże nie wskazuje interesu prawnego uzasadniającego jego udział w postępowaniu. Interes prawny został przez wykonawcę wskazany dopiero w piśmie z dnia 4 stycznia 2017r., które zostało jednakże złożone już po terminie, którego bieg rozpoczął się dnia 30 grudnia 2016r., a zakończył dnia 2 stycznia 2017r. Stosownie do treści art. 185 ust, 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych przystąpienie wykonawcy do postępowania powinno wskazywać stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Pierwsze pismo wykonawcy Pan Tadeusz s.c. wskazuje wyłącznie stronę, po której ów wykonawca wstępuje do postępowania. Dopiero drugie pismo, jednakże złożone po terminie zawiera oba elementy wskazane w art. 185 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Uwzględniając powyższe pismo z dnia 29 grudnia 2016 r. nie może być uznane za skuteczne przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego z kolei drugie z pism, mimo wymaganej treści zostało złożone po upływie terminu, który to termin ma charakter zawity i nie podlega przywróceniu. Wskazać także należy, iż ustawa z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwość uzupełnienia braków formalnych takiej czynności jak przystąpienie wykonawcy do postępowania i z tego względu nie można traktować pisma z dnia 4 stycznia 2017r., jako uzupełnienia braków pisma wcześniejszego”.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem podnoszonym w opozycji. W istocie przepis art. 185 ust.2 ustawy Pzp [„2. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie] – wymaga, co podnosił wykonawca Akor, aby przystąpienie było zgodne z wymaganiami nie tylko, co do formy i terminu, ale także zawierało wskazanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Tego elementu zabrakło w piśmie z dnia 29.12.2016 r., które wobec pisma z datą wpływu dnia 5 stycznia 2017 r. należało traktować wyłącznie, jako zapowiedź zgłoszenia przystąpienia, a taka instytucja nie została ustawą Pzp przewidziana. W tych okolicznościach zgłoszona opozycja przeciw przystąpieniu wykonawcy Pan Tadeusz" s.c. E. K., N. K. została przez Izbę uwzględniona.

#### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 12 listopada 2016 r., a zatem do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług hotelowych oraz transportowych w roku 2017 na potrzeby pacjentów Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka w Bydgoszczy” oraz postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp po ich zmianie wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), które weszły w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

W odwołaniu podniesiono zarzuty naruszenia: art. 22a ust. 3 Pzp w związku z art. 26 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 tej ustawy, wskazując na:

1. zaniechanie, zbadania czy spółka Bomn Cast spółka z o. o., wskazana przez wykonawcę - Pan Tadeusz E. K., N. K. s.c. [wykonawca Pan Tadeusz s.c.] jako podmiot na zdolnościach, którego wykonawca będzie polegał przy realizacji zamówienia, nie podlega wykluczeniu z postępowania poprzez przedłożenia dokumentów wskazanych w pkt. 9.4 i 9.6 SIWZ;
2. dokonanie wskutek wystosowania w dniu 8 grudnia 2016r. wezwania do wykonawcy - Pan Tadeusz s.c. E. K., N. Kościński, zmiany treści oferty złożonej przez tego wykonawcę;



3. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - Pan Tadeusz s.c. Ewa K., N. K., w sytuacji gdy oferta jest niezgodna z treścią SIWZ oraz, która zawiera rażąco niską cenę;
4. dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jako wykonawcy spółki cywilnej - Pan Tadeusz s.c. E. K., N. K. w sytuacji braku należytej legitymacji do udziału w postępowaniu po stronie tego wykonawcy i w konsekwencji zaniechanie także odrzucenia tej oferty.

Izba w pierwszej kolejności rozpoznała kluczowy zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 i pkt 8 ustawy Pzp oparty na twierdzeniu, że wykonawca Pan Tadeusz s.c. E. K., N. K. nie posiadał należytej legitymacji do udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i z tego względu ta oferta podlegała odrzuceniu na wskazanej podstawie prawnej, jako niezgodna z ustawą i nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zdaniem Izby stanowisko to jest nietrafne z uwagi na stan faktyczny tej sprawy.

W Formularzu oferty w polu przeznaczonym na „pieczęć Wykonawcy” wskazano na „PAN TADEUSZ” s.c. E. K., N. K. [dalej wskazano dane adresowe NIP i telefon]. W punkcie 2 Formularza [str 2] wymieniono p. E. K., jako osobę upoważnioną do podpisania przyszłej umowy oraz jako osobę upoważnioną do kontaktów w celu przyjęcia zamówienia, reklamacji. Podanie takich danych wynikało ze wzoru formularza, stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz]. Formularz oferty podpisany został przez E. K. i N. K., co koresponduje z językiem tego Formularza opartego na wzorze, w którym składający ofertę stwierdza, przykładowo: „Oferujemy realizację zamówienia (...) [preambuła] oraz „Pozostajemy związani niniejszą ofertą (...) [pkt 5 str 2] itp., jak w pkt 6 i 7. Także pozostałe załączniki, w tym Formularz cenowy – załącznik nr 4 oraz oświadczenia i zobowiązania, jak również Formularz JEDZ opatrzone zostały podpisami wskazanych osób. Na podstawie odpisów z Centralnej Ewidencji i Informacji Gospodarczej RP [CEIDG] Izba stwierdziła, że te osoby to przedsiębiorcy: „Firma przedsiębiorcy: E. K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz” oraz według drugiego odpisu – podobnie: N. K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz”. Dalej w tych odpisach [druki przedłożone na posiedzeniu wygenerowane ze strony [http:// prod.ceidg.gov.pl](http://prod.ceidg.gov.pl) stan na 2016-12-09] wskazano, w odniesieniu do obu przedsiębiorców, w pozycji: „Status indywidualnej działalności gospodarczej: Działalność prowadzona wyłącznie w formie spółki/spółek cywilnych” a w zakresie „Dane spółki” podano ten sam NIP i REGON. W odpisie CEIDG przedsiębiorcy Nicholas Kościński wskazano także na pełnomocnika przedsiębiorcy – E. K. . Izba zauważa także, że zaświadczenia o ubezpieczeniu – ZUS wystawione zostały na przedsiębiorców „Pan Tadeusz” odpowiednio E. K., N. K., a w przypadku zaświadczenia US na spółkę cywilną.

Stan faktyczny tej sprawy, a także zasady funkcjonowania spółek cywilnych, w tym wskazywane przez Zamawiającego na rozprawie przepisy Kodeksu cywilnego - art. 865 kc. i następne - nie pozwalają uznać, że oferent „PAN TADEUSZ” s.c. E. K., N. K., nie posiadał legitymacji do złożenia w tym postępowaniu oferty. W niniejszej sprawie wykonawca ten - w zakresie spornym - w piśmie z dnia 8.12.2016 r. wezwany został - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - do uzupełnienia oferty o oświadczenia w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia - stanowiącego załącznik Nr 1 do siwz, wypełnionego przez każdego wspólnika spółki cywilnej tj. osobno dla P. E. K. i P. N. K. . Zamawiający podał w tym wezwaniu, że *„Wykonawca załączył do oferty jedno oświadczenie w formie jednolitego dokumentu podpisane przez dwóch wspólników spółki cywilnej. Przedsiębiorcy prowadzący działalność w formie spółki cywilnej, na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych traktowani są, jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z pkt. 9.3. SIWZ w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, jednolity dokument (JEDZ) składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie”*.

Spółka cywilna w odpowiedzi na wezwanie przedłożyła odrębne Formularze JEDZ, w których w części II: Informacje dotyczące wykonawcy sekcja A w zakresie „Rodzaj uczestnictwa” zaznaczono pole [Tak] odnoszące się do wykonawców biorących udział w postępowaniu wspólnie z innymi wykonawcami, następnie z uwagi na odpowiedź twierdzącą wskazano na Lidera: E. K. wspólnik spółki cywilnej „Pan Tadeusz” oraz na Partnera: N. K. wspólnik spółki cywilnej „Pan Tadeusz” a także na kolejnym – wyznaczonym w JEDZ polu - na grupę biorącą udział: „Pan Tadeusz” s.c. E. K., N. K..

Przepis art. 23 ust.2 Pzp stanowi: (...) *wykonawcy [wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia] ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*”. W formularzach JEDZ zaznaczono wprost funkcję lidera dla E. K. . Ponadto umocowanie dla E. K., co do zawarcia umowy wynika wprost z Formularza oferty, a pośrednio do reprezentowania drugiego przedsiębiorcy w ramach działalności spółki w prowadzonym postępowaniu. E. K. bowiem – o statusie przedsiębiorcy – równoprawnego członka spółki cywilnej - w Formularzu oferty wskazana została jako osoba do kontaktów w prowadzonym postępowaniu, co nie ograniczało wspólników do łącznego podpisywania dokumentów. Ponadto wpis do CEIDG, które zawiera także adnotacje o ustanowieniu przedsiębiorcy E. K. wspólnika spółki cywilnej „Pan Tadeusz” pełnomocnikiem przedsiębiorcy N. K. wspólnika spółki cywilnej „Pan Tadeusz”.

Zarzuty naruszenia art. 22a ust. 3 Pzp w związku z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust.1 ustawy Pzp związane ze spółką Bomn Cast spółka z o. o. oparte zostały na twierdzeniu zaniechania żądania dokumentów od tej spółki określonych w punkcie 9.4 i 9.6 specyfikacji, celem oceny, czy ten podmiot nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz na twierdzeniu, że wezwanie z dnia 8 grudnia 2016 r. do wykonawcy Pan Tadeusz s.c spowodowało nieuprawnioną zmianę treści jego oferty.

Rozpoznając powyższe zarzuty Izba miała na uwadze nie tylko treść postanowień w części II sekcja C i sekcja D Formularza JEDZ wykonawcy Pan Tadeusz s.c, które to postanowienia, stanowiły podstawę zarzutów odwołania, ale także była zobowiązana mieć na uwadze postanowienia tego Formularza w części IV sekcja C „Zdolność techniczna i zawodowa” pkt 10 oraz wyjaśnienia, które zostały złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 8.12.2016 r. oraz powody, który uzasadniały decyzję wykonawcy o skorzystaniu z usługi spółki Bomn Cast w podanym zakresie - ograniczonym do ewentualnego zlecenia 10% przewidywanej liczby noclegów, z wyłączeniem usługi transportowej.

W części II sekcja C: „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów” spółka cywilna odnosząc się do zagadnienia: „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?” zaznaczył w odpowiedzi pole [TAK]. Z kolei w części II sekcja D: „INFORMACJE DOTYCZĄCE PODWYKONAWCÓW, NA KTÓRYCH ZDOLNOŚCI WYKONAWCA NIE POLEGA” „Podwykonawstwo” Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?” zaznaczył w odpowiedzi pole [NIE] Z kolei w części IV sekcja C pkt 10 podał: „ 10) Wykonawca zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcom następującą część (procentową) zamówienia: [10% przewidywanej liczby noclegów ze śniadaniem i obiadokolacją, zgodnie z załącznikiem nr 7 („Opis przedmiotu zamówienia”) i załącznikiem nr 6]”.

Zdaniem Izby, ustalenia w tej sprawie, potwierdzają, że Zamawiający niewątpliwie miał prawo skierować na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp wezwanie do oferenta wobec takich – jak wskazano – niejednoznaczności w jego Formularzu JEDZ *nota bene* nowym dokumencie wprowadzonym wskazaną ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz.1020). Zgodnie z art.26 ust.3 ustawy Pzp: „*Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez*

*zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.”*

W tym przypadku Zamawiający prawidłowo podał, że *„Wykonawca niewłaściwie zaznaczył w części II sekcja C odpowiedź, ponieważ zamawiający nie określił warunków udziału w postępowaniu”*. Zgodnie z art. 22a jego ust.1: *„Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych”*. Zatem kwalifikacja Zamawiającego była prawidłowa, albowiem w myśl art. 25 ust.1 Pzp, *[„1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert”]*, czym innym są warunki udziału, a czym innym wymagania związane z przedmiotem zamówienia, w tym, co do możliwości realizacji zakresu świadczenia.

Wobec tych ustaleń także podnoszony w odwołaniu zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Pan Tadeusz s.c. z powodu jej niezgodność z treścią specyfikacji nie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca w ofercie oraz składanych wyjaśnieniach – w zakresie spornym - potwierdził, że jest w stanie wykonać zamówienie, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie, albowiem do tego celu dysponuje własnym obiekcie hotelowym oraz ma zagwarantowane 10% przewidywanej liczby noclegów ze śniadaniem i obiadową kolacją w spółce Bomn Cast [zgodnie z załącznikiem nr 7 („Opis przedmiotu zamówienia”) i załącznikiem nr 6], co w konsekwencji gwarantuje mu wymagane 80 miejsc noclegowych.

Izba zwraca uwagę, że Podwykonawcą - zgodnie z doktryną i orzecznictwem - jest podmiot, który na podstawie umowy zawartej z wykonawcą zobowiązuje się wykonać część zobowiązania udzielonego uprzednio wykonawcy, który to wykonawca sam nie jest zdolny do wykonania zamówienia w całości, m.in. tak zarówno ze względów organizacyjnych jak i [lub]

ekonomicznych czy technicznych. Dlatego też powierza wykonanie części zobowiązania innemu podmiotowi - podwykonawcy. Niewątpliwie interpretacja Podwykonawcy koresponduje z przyjętym w Pzp przez ustawodawcę rozróżnieniem na podwykonawcę i podmiot trzeci, na którego zdolnościach wykonawca polega, aby sprostać warunkom określonym przez zamawiającego. Ustawa Pzp, chociażby w art. 36a ust.1 [„1.Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.”] wyodrębnia niezależnie podmiot podwykonawcy i do tego nawiązuje we wskazanych częściach także Formularz JEDZ.

Izba ponownie stwierdza, że procedura z zastosowaniem Formularza JEDZ dotychczas nie była stosowana w prawie krajowym. Ponadto ocena treści Formularza JEDZ i danego warunku powinna przede wszystkim zmierzać - zdaniem Izby - do oceny rzeczywistej wiedzy i doświadczenia wykonawcy, oraz możliwości realizacji danego zamówienia, w tym w przypadku świadczenia usługi, z użyciem dostępnych narzędzi i środków prawnych zezwolonych ustawą Pzp na każdym etapie oceny. W konsekwencji taka ocena nie powinna się sprowadzać do oceny umiejętności wypełniania przez wykonawcę formularza JEDZ, którego z kolei wprowadzenie miało na celu ułatwienie – bez zbędnego i nadmiernego formalizmu – prowadzenia procedury zamówieniowej oraz wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który obiektywnie spełnia wymagane warunki.

Odnosnie nie przedłożenia przez spółkę Bomn Cast dokumentów z pkt 9.4 i 9.6 specyfikacji Izba stwierdza, że postanowienia tych punktów mogły mieć zastosowanie tylko wówczas, gdyby spółka ta była podmiotem, na którego zasobach na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp polegałby wykonawca Pan Tadeusz. Powyższe wynikałoby z § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym „2. Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9”. W tej sprawie – jak podnosił na rozprawie Zamawiający – miał zastosowanie ust.3 § 9 w myśl którego: „3. Zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9, dotyczących podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia, a który nie jest podmiotem, na którego zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a ustawy”. Takie żądanie nie zostało określone w specyfikacji, w tym jej punkcie 23 odnoszącym się do podwykonawców.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, Odwołujący oparł na twierdzeniu, że wykonawca - Pan Tadeusz s.c, E. K., N. K. - pomimo wezwania na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp - nie wykazał, że oferowana cena nie jest rażąco niska.

Izba zgodziła się z Odwołującym, że wezwanie skierowane do wykonawcy w piśmie z dnia 2 grudnia 2016 r. oparte na treści art. 90 ust.1 Pzp, stanowiło jego powielenie i nie precyzowało, jakich informacji i dowodów Zamawiający oczekuje od wykonawcy. Nie zgodziła się natomiast, że złożone przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia mają ogólnikowy charakter i, że tych wyjaśnień nie poparto żadnymi dowodami. Zdaniem Izby w przedstawionych wyjaśnieniach wykonawca wykazał, że przedstawiona przez niego w ofercie cena nie jest ceną – jak to ujął Odwołujący – „rażąco zaniżoną”. W wyjaśnieniach z dnia 8 grudnia 2016 r. wykonawca podał, że (...) *oferta cenowa została opracowana na podstawie szczegółowej analizy kosztów ewentualnej realizacji przedmiotu przetargu, popartej wielomiesięcznymi doświadczeniami, nabytymi podczas realizacji trzech poprzednich kontraktów, realizowanych na rzecz tego Zamawiającego*”. Następnie wskazał na:

- 1) oszczędności, które spowodowały możliwość zaoferowania ceny ofertowej, przede wszystkim z uwagi na fakt, że obiekt hotelowy, w którym prowadzi działalność, jest jego własnością, jest obiektem niedużym i położonym poza granicami miasta, co pozwala wykonawcy ponosić mniejsze koszty, związane z opłatami podatku od nieruchomości niż firmy konkurencyjne. Jednocześnie, droga dojazdowa pomiędzy obiektem hotelowym, a Centrum Onkologii jest drogą bezkolizyjną (omijamy miasto), umożliwiającą dojazd w kilkanaście minut. Dodatkowo, mając na uwadze ewentualną dalszą współpracę z Centrum Onkologii i konieczność posiadania taniego transportu, zainstalował w zeszłym roku, w jednym z samochodów, instalację LPG, znacznie zmniejszającą koszty dowozu pacjentów.
- 2) prowadzoną działalność hotelarsko-gastronomiczną od piętnastu lat i dokonywanie zakupów w hurtowniach i w ilościach hurtowych, z dużymi upustami cenowymi, dochodzącymi do 40%.
- 3) koszty robocizny przy założonej ilości wydawania posiłków są niewielkie. Do ustalenia ceny przyjął koszty pracy, których wartość jest zgodna z wynagrodzeniem za pracę, ustalonym na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265). Wszyscy pracownicy są zatrudnieni zgodnie z wymogami przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym. Dowodem na ten fakt, jest zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne, które zostało załączone do oferty wraz z odpowiednim oświadczeniem.
- 4) cenę w jego ofercie, niższą o 42,10% od wartości szacunkowej zamówienia, oraz, że oferty firm, biorących udział w ww. przetargu były niższe od przewidywanych przez

zamawiającego. I tak, oferta firmy Brda jest niższa o ok. 19,12%, a oferta firmy AKOR o ok. 27,55%. Taka sytuacja spowodowana jest bardzo dużą konkurencją w branży hotelarsko-gastronomicznej. Dla potwierdzenia tego twierdzenia przytoczył przykłady przetargów nieograniczonych, dotyczących podobnych usług – także przetargu z 2015 r. który prowadził Zamawiający.

- 5) porównywalność ceny jego oferty do cen rynkowych, uzyskiwanych w podobnych przetargach, wynikającą z uwarunkowań rynkowych.
- 6) zysk w wysokości 15% od wszystkich przewidywanych kosztów, tj. zakupu produktów, kosztów robocizny, kosztów dowozu Pacjentów, kosztów energii, kosztów podatków i innych.

Nawiązując do treści wezwania, a także art. 90 ust.1 Pzp wykonawca Pan Tadeusz podał również, że na bieżąco monitoruje przestrzeganie przepisów prawa ochrony środowiska. Dowodem na to jest posiadanie przez spółkę stosownych decyzji i pozwoleń na prowadzenie działalności, a wielokrotne kontrole, przeprowadzane w naszym obiekcie nie wykazały żadnych nieprawidłowości. W celu zmniejszenia zanieczyszczenia środowiska naturalnego prowadzi stałą kontrolę gospodarki materiałowej i monitoruje poziom zużycia mediów. Na bieżąco także poszerza wiedzę pracowników na temat ochrony środowiska. Wskazał ponadto, że w związku z wymaganym zabezpieczeniem maksymalnie 80 noclegów w jednej dobie, zmuszony był do zabezpieczenia - w innym hotelu - 8 miejsc noclegowych. Miejsca te zostały zabezpieczone w Hotelu „Tyrol”. Odpowiednie dokumenty, a także zobowiązanie upoważnionego przedstawiciela Hotelu „Tyrol” zostały załączone do oferty. Jednocześnie zaznaczył, że z miejsc w Hotelu „Tyrol” będzie korzystał tylko w przypadku maksymalnego zapotrzebowania na noclegi w ilości od 73 do 80 miejsc. Zaznaczył, że za działania podwykonawcy Bom Cast 2000” Sp. z o.o. (Hotel Tyrol) będzie odpowiadał, jak za działania własne oraz, że ten podwykonawca zabezpiecza tylko usługi hotelowe (nocleg ze śniadaniem i obiadokolacją). Podał również, że transport wszystkich pacjentów zabezpiecza wykonawca i wskazał na miejsce świadczenia usługi: Hotel „Pan Tadeusz” i Hotel „Tyrol”

Izba stwierdza także, że okoliczności świadczenia usługi przez tego wykonawcę na rzecz Szpitala za cenę na podobnym poziomie i o wymaganej jakości potwierdzał – w toku rozprawy - Zamawiający przedkładając dodatkowo pozytywny wynik audytów z roku 2016, dotyczących sprawdzenia zgodności realizacji wymagań umowy na podstawie której wykonawca świadczy analogiczną usługę [aktualnie nadal do czasu rozstrzygnięcia tego przetargu]. Ta okoliczność niewątpliwie nie mogła zostać pominięta przez Izbę przy rozstrzygnięciu przedmiotowego zarzutu. Izba ponadto zwraca uwagę, że twierdzenia Odwołującego, że „podana przez wykonawcę Pan Tadeusz s.c. cena, przy uwzględnieniu

kategorii obiektu hotelowego 3\*, jest rażąco niska, zwłaszcza w porównaniu z ofertą Odwołującego, który dysponuje obiektem kategorii niższej i generującym dużo niższe koszty utrzymania, a zaoferował cenę wyższą odpowiadającą realnym kosztom prowadzonej działalności” nie została poparta żadnymi dowodami, które mogłyby wyjaśniać, jak te okoliczności [biznesowe Odwołującego], miałyby wpływać na kalkulację ceny konkurencyjnej oferty. Odwołujący nie odniósł się także do kwestii, że baza hotelowa jest własnością spółki oferenta, a Odwołujący z kolei musi ponosić koszty dzierżawy.

W konkluzji Izba stwierdza, że ustalenia w zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów – uwzględniając także wnioskowane na rozprawie przez Odwołującego dowody - nie potwierdziły wskazywanych w odwołaniu podstaw odrzucenia oferty wykonawcy „Pan Tadeusz” E. K., N. K. s.c.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....