

**WYROK**  
**z dnia 1 sierpnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Marek Koleśnikow**  
**Anna Packo**

**Protokolant: Natalia Mierzicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31.08.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „INSBUD” Krzesińscy Sp.j., ul. Koziatulskiego 40, 96-100 Skierniewice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Skierniewice, ul. Rynek 1, 96-100 Skierniewice** protestu z dnia 02.07.2008r.

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Skierniewice, ul. Rynek 1, 96-100 Skierniewice** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „INSBUD” Krzesińscy Sp. j., ul. Koziatulskiego 40, 96-100 Skierniewice;**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Skierniewice, ul. Rynek 1, 96-100 Skierniewice** na rzecz **Przedsiębiorstwa Instalacyjno-Budowlanego „INSBUD” Krzesińscy Sp. j., ul. Koziatulskiego 40, 96-100 Skierniewice** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Instalacyjno-Budowlanego „INSBUD” Krzesińscy Sp. j., ul. Kozińskiego 40, 96-100 Skierniewice**

### **U z a s a d n i e n i e**

W dniu 21.04.2008r., Miasto Skierniewice, 96-100 Skierniewice, ul. Rynek 1 (zwane dalej Zamawiającym), ogłosiło postępowanie na wykonanie budynku mieszkaniowego komunalnego z infrastrukturą towarzyszącą w Skierniewicach i w tym samym dniu zamieściło Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Wartość zamówienia oszacowano na 1 628 348,06 euro.

W dniu 26.07.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej - za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę złożoną przez Wojciecha Tyszkowskiego i Stanisława Górskiego, prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Budomix s.c. z siedzibą w Łowiczu, ul. Armii Krajowej 45 C,D (zwani dalej Budomix s.c.). Oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane Krzesińscy Sp.j., 96-100 Skierniewice, ul. Kozińskiego 40, druga w rankingu cenowym, została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 02.07.2008r. Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane Krzesińscy Sp.j., (dalej: Odwołujący) – złożyło protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 11.07.2008 r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 16.07.2008r. (listem poleconym nadanym w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący podniósł wobec czynności Zamawiającego następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

1. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ,

2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, poprzez nie odrzucenie oferty Budomix s.c., pomimo, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu stawki podatku VAT niezgodnej z przepisami,
3. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust.1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, bowiem Budomix s.c. nie wykazała, że spełnia warunki udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust.1 Prawa zamówień publicznych,
4. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez brak podpisania oświadczenia wyrażającego zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą przez obydwu współników,
5. naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez nie podanie uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego,
6. naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez brak wezwania Budomix s.c. do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień,
7. naruszenie przepisu art. 7 poprzez nierówne traktowanie wykonawców, niezachowanie uczciwej konkurencji, brak bezstronności i obiektywizmu i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert, wykluczenie Budomix s.c. z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jej oferty, unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

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

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego, złożonego na rozprawie, o odrzucenie odwołania, ponieważ po pierwsze, wniosek ten był spóźniony, po drugie – nie był zasadny wobec braku podstaw odrzucenia (brak załączenia jednej strony rozstrzygnięcia protestu - do odwołania wniesionego do Prezesa UZP i do kopii odwołania przekazanej Zamawiającemu - nie jest przesłanką odrzucenia protestu).

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, tzn. zarzutów podnoszonych zarówno wobec oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, jak zarzutów odnośnie nieprawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, jego oferta mogłaby zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

## **I. Stawka podatku VAT właściwa dla przedmiotu zamówienia.**

Potwierdziło się spostrzeżenie Odwołującego, iż Zamawiający w piśmie z dn. 26.06.2008r., zawierającym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty Odwołującego nie podał podstawy prawnej odrzucenia (naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych). Izba ustaliła, że Zamawiający w piśmie poinformował, iż „Oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Odwołujący dopiero po zapoznaniu się z pełną dokumentacją postępowania – drukami ZP-17 i ZP-19 powziął wiadomość o faktycznej podstawie odrzucenia - Zamawiający mianowicie uznał, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, z uwagi na „samowolne zmiany w załączonym kosztorysie ofertowym”.

O ile sam brak podania przez Zamawiającego informacji o faktycznej podstawie odrzucenia oferty stanowi uchybienie o wadze nie przesądzającej o uwzględnieniu zarzutu, Izba musiała zbadać, czy przesłanka odrzucenia, wskazana przez Zamawiającego, była właściwa.

Izba ustaliła, na podstawie oryginalnej dokumentacji (kopie złożonych ofert i SIWZ znajdujących się w aktach sprawy), że Odwołujący sporządzając kosztorys ofertowy dokonał „przesunięcia” pozycji dotyczącej wykonania trzepaka z pozycji nr 239 działu „Elementy ślusarskie z panelami balkonowymi” do działu „Elementy małej architektury”, dopisując tamże pozycję 17 (w kosztorysie załączonym do oferty Wykonawca wyjaśnił powód takiego „przegrupowania”: przyporządkowanie trzepaka do grupy robót ze stawką 22%, w celu obliczenia właściwej stawki VAT).

Według Zamawiającego, takie działanie skutkowało „innym obliczeniem ceny” (oświadczenie złożone na rozprawie), ponieważ Odwołujący dokonując „przeniesienia”, tym samym zmienił stawkę VAT przewidzianą dla określonej grupy robót.

Jednak w ocenie Izby z kosztorysu stanowiącego załącznik do SIWZ nie wynika, że poszczególnym grupom robót Zamawiający przyporządkował określone stawki VAT. Podział robót w kosztorysie ma charakter funkcjonalny, roboty podzielone są na grupy zgodnie ze sztuką budowlaną i zasadami kosztorysowania, a z takiego podziału nie wynika zamiar Zamawiającego przesądzenia w ten sposób o stawce VAT. Zatem nie można uznać, że Zamawiający dokonując w kosztorysie podziału robót na grupy, mógł wprowadzić wykonawców w błąd odnośnie ustalenia stawki podatku VAT, albowiem nic nie przemawia za tezą, iż podział ten został dokonany w celu określenia, jaka stawka VAT jest właściwa dla określonych prac. Odnośnie stawki VAT właściwej dla przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał tylko SIWZ (s. 7, sposób obliczenia ceny, pkt 5.7), iż przedmiot

zamówienia objęty jest dwoma stawkami VAT, w zależności od tego, czy roboty są związane z wykonaniem budynku (7%) czy z infrastrukturą towarzyszącą (22%), jednak nie dokonał przypisania konkretnych prac do przywołanych rodzajów robót.

Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że gdyby Zamawiający jednoznacznie przesądził o stawce VAT, lecz w sposób niezgodny z przepisami podatkowymi, mogłoby to być podstawą unieważnienia postępowania.

Nie ulega wątpliwości, że jeżeli Zamawiający nie określił w SIWZ właściwej dla przedmiotu zamówienia stawki podatku VAT, a wykonawcy nie zadali pytania w tym zakresie przed składaniem ofert, obowiązek ustalenia przez wykonawców właściwej stawki VAT (i ewentualne ryzyko z tym związane, bowiem podanie błędnej stawki VAT w ofercie, stanowi skutkujący odrzuceniem błąd w obliczeniu ceny, co jest bezsporne zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze) spoczywa na wykonawcach.

Sposób przedstawienia obliczeń w kosztorysie ofertowym nie ma tu znaczenia – należy przyznać rację Odwołującemu: dokonanie jakichkolwiek podziałów („przegrupowań”) przedmiotu zamówienia wg przewidzianej przepisami określonej stawki VAT stanowi jedynie zmianę formy (nie treści oferty) w odniesieniu do treści SIWZ, i wynika z faktu, że stawkę VAT określa się na dla poszczególnych grup robót, a nie dla poszczególnych pozycji kosztorysowych.

Wobec powyższych ustaleń, Izba musiała rozstrzygnąć, czy w ofertach uczestników postępowania, niezależnie od dokonanych zmian przez Odwołującego, zastosowano właściwe stawki VAT. Po analizie przedstawionej dokumentacji, Izba w oparciu o art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, stwierdziła, że właściwą stawką VAT dla spornej części przedmiotu zamówienia (tj. trzepaka) jest stawka podstawowa w wysokości 22%, która została określona w ofercie Odwołującego, jako że jego wykonanie nie jest związane z wykonaniem budynku jako takiego, a z infrastrukturą towarzyszącą.

W konsekwencji ofertę Odwołującego, zgodną z treścią SIWZ, należy uznać za prawidłową pod względem sposobu obliczenia ceny, a ofertę złożoną przez Budomix s.c., - za ofertę zawierającą błąd, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, zatem oferta ta podlega odrzuceniu.

Ze względu na powyższe ustalenia potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Prawa zamówień publicznych, wobec czego Izba nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym zakresie.

## **II. Doświadczenie zawodowe Budomix s.c. jako ewentualna podstawa do wykluczenia z postępowania.**

Odwołujący podnosił zarzuty w związku z zaniechaniem przez Zamawiającego czynności wykluczenia Budomix s.c. z postępowania, mimo że nie spełnia ona warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył art. 24 ust.1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, bowiem Budomix s.c. nie wykazała, że spełnia warunki udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust.1 Prawa zamówień publicznych.

Izba po zapoznaniu się z ofertą złożoną przez Budomix s.c. i załączonymi do niej dokumentami potwierdzającymi warunki udziału w postępowaniu, stwierdziła, że wykonawca ten wykazał, że posiada doświadczenie zawodowe wymagane przez Zamawiającego.

Zamawiający w SIWZ wymagał, by wykonawcy wykazali się wykonaniem w ostatnich 5 latach co najmniej dwóch robót o wartości min. 1 000 00 zł netto „podobnych z rodzaju do przedmiotu zamówienia”, na dowód czego należało załączyć wykaz wg wzoru, potwierdzony referencjami. Zamawiający nie dookreślił, co rozumie przez roboty „podobne z rodzaju” do przedmiotu zamówienia. Bezsporne jest, że przedmiotem zamówienia jest budowa budynku mieszkalnego komunalnego. Odwołujący wskazuje, że Budomix s.c. nie potwierdziła spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem tylko jeden budynek, ujęty w wykazie załączonym do oferty Budomix s.c., spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego. Szczegółowy zakres wykonania budynku (Odwołujący zarzuca, że w referencji odnośnie pierwszej pozycji z wykazu nie ujęto wszystkich instalacji, czy że roboty wykonano częściowo – str. 48 i 49 oferty), nie ma znaczenia dla oceny, czy zrealizowany budynek (w całości, czy w części, w zakresie wszystkich instalacji, czy tylko niektórych) jest podobny do przedmiotu zamówienia – jako że Zamawiający zdefiniował roboty odpowiadające przedmiotowi zamówienia na dużym stopniu ogólności, nie może to skutkować negatywnymi skutkami dla Budomix s.c. w postaci wykluczenia jej z postępowania.

Dla oceny, czy wystawione referencje są wystarczającą podstawą do przyjęcia, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu nie mają również znaczenia inne zastrzeżenia podnoszone przez Odwołującego: nieścisłości w adresie (w wykazie podano adres zrealizowanego budynku z dodatkiem cyfry „0”, w referencjach ze str. 49 – z dodatkiem litery „p”) nie stanowią przeszkody dla uznania, że Wykonawca wykonywał prace związane z budynkiem, zindywidualizowanym w referencji; nie ma również znaczenia, że wystawcą referencji jest inwestor, a nie generalny wykonawca, na podstawie umowy z którym Budomix s.c. wykonywała zamówienia, bowiem znaczenie ma tylko fakt potwierdzenia wykonania prac, a jest to oświadczenie wiedzy, a nie woli, i nie ma podstaw, aby twierdzić, że inwestor nie jest wystarczająco zorientowany, kto wykonywał prace na jego rzecz, jeżeli nawet były one wykonywane na bezpośrednie zlecenie osoby trzeciej. Nie ma

również znaczenia, że w treści referencji jej wystawca nie wyraził *espressis verbis* oceny wykonanych robót, bowiem już sam tytuł pisma - „List referencyjny” - ma charakter ocenny i przesądza o jego pozytywnym wydźwięku.

Wobec tego zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust.1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, nie potwierdził się.

### **III. Przedmiot działalności wspólników Budomix s.c. jako ewentualna podstawa do wykluczenia z postępowania.**

Odwołujący twierdzi, że z opisu działalności w zaświadczeniach z ewidencji wspólników Budomix s.c. nie wynika, że mają oni uprawnienia do realizacji przedmiotu zamówienia, ponieważ brak w przedmiocie działalności opisu robót takich, jak związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Wskazać należy, że do wykonywania zakresu czynności składających się na realizację przedmiotu zamówienia nie jest konieczne posiadanie przez wykonawcę jakiegokolwiek zezwolenia administracyjnego. Wobec powyższego, nie można odmówić prawa do wykonywania określonej działalności, skoro nie jest ona w żaden sposób koncesjonowana (nie podlega żadnym ograniczeniom administracyjnym). Sposób klasyfikacji rodzajów działalności (czy to wg PKD czy wg PKWiU) nie ma znaczenia dla określenia, czy dany podmiot posiada uprawnienie do wykonywania określonej czynności. „Fakt, że z odpisu z właściwego rejestru wykonawcy nie wynika, że prowadzi on działalność objętą przedmiotem zamówienia, nie oznacza, że wykonawca nie posiada uprawnień do wykonywania takiej działalności w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych: (wyrok Zespołu Arbitrów z dn. 02.08.2006r., sygn. akt UZP/ZO/0-1937/05); organ dokonujący wpisu do właściwego rejestru (ewidencji) nie rozstrzyga o prawie do prowadzenia działalności. Takie stanowisko zajmowała również Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok sygn. akt KIO/UZP 22/08, KIO/UZP 82/08) i Sąd Okręgowy (wyrok SO w Kaliszu, sygn akt VI Ga 29/08).

Do realizacji prac przewidywanych przez zamawiającego konieczne jest dysponowanie osobami posiadającymi uprawnienia budowlane – takich uprawnień Zamawiający wymagał w SIWZ (str. 3, pkt. 1.5), i spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu przez Budomix s.c. nie jest kwestionowane przez Odwołującego.

#### **IV. Podpis jednego ze wspólników Budomix s.c. na dokumentach jako ewentualna podstawa do wykluczenia z postępowania.**

Odwołujący twierdził, że Budomix s.c. winna być wykluczona z postępowania, albowiem niektóre dokumenty (oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, polisa PZU) zostały podpisane tylko przez jednego wspólnika, podczas gdy w umowie spółki cywilnej nie uregulowano sposobu reprezentacji „spółki”.

Izba w odniesieniu do tego zarzutu, stwierdza, że spółka cywilna nie jest podmiotem prawa, a stosunkiem obligacyjnym, umową zawartą pomiędzy wspólnikami. Jeżeli strony tej umowy nie uregulowały sposobu reprezentacji – zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego (art. 865 kc). Izba stoi na stanowisku, że przedłużenie terminu związania ofertą należy do spraw zwykłego zarządu – skoro oferta została złożona wolą obu wspólników, a przedłużenie terminu związania ofertą w związku z wniesieniem protestu nie jest przy udzielaniu zamówienia publicznego sytuacją nadzwyczajną. Wobec powyższego nie ma przeszkód, by dokumenty kwestionowane przez Odwołującego podpisywał tylko jeden ze wspólników.

Reasumując, Izba uznała, że nie było podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych

#### **V. Zaświadczenia o niezaleganiu Budomix s.c. z podatkami jako ewentualna podstawa do wykluczenia z postępowania**

Odnosząc się do zastrzeżeń podniesionych przez Odwołującego, dotyczących braku dołączenia do oferty zaświadczeń o niezaleganiu z podatkami, które „płaci spółka cywilna□”, stwierdzić należy, że brak przedłożenia zaświadczeń opisywanych przez Odwołującego nie może skutkować wykluczeniem wykonawcy.

Zarówno Prawo zamówień publicznych, jak i Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz SIWZ, przewidują zamknięty katalog dokumentów, które należy załączyć do oferty, w tym dokumentów potwierdzających niezaleganie z podatkami.

Wszystkie te dokumenty muszą dotyczyć wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wykonawcami, ubiegającymi się o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 2 pkt 11 Prawa zamówień publicznych, są Panowie Wojciech Tyszkowski i Stanisław Górski.

W świetle kodeksu cywilnego spółka cywilna jest stosunkiem umownym, uczestnikami obrotu gospodarczego są wspólnicy - osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą. To właśnie oni są przedsiębiorcami, a nie spółka, która nie istnieje jako podmiot. Zatem mówienie o „spółce cywilnej” jest pewnym uproszczeniem (jak w treści niniejszego uzasadnienia); są to wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Równocześnie nie można zaprzeczyć, że prawo podatkowe przyznaje spółce cywilnej pewną



podmiotowość, w celu powiększenia kręgu podmiotów zdolnych do uiszczania pewnych podatków. Jednak nie ma podstaw, aby stosowanie przepisów prawa podatkowego (czy prawa pracy) rozszerzać, i traktować spółkę cywilną jako podmiot również na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego, niekonsekwencje ustawodawcy nie mogą powodować negatywnych skutków prawnych dla wspólników spółki cywilnej, a Zamawiającemu muszą wystarczyć zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami dotyczące poszczególnych wspólników spółki cywilnej.

Podobnie orzekł również Zespół Arbitrów (Sygn. akt UZP/ZO/0-2319/05) oraz Krajowa Izba Odwoławcza (Sygn. akt: KIO/UZP 62/08, KIO/UZP 106/08).

Reasumując części II-V uzasadnienia, Izba uznała, że nie było podstaw do wzywania Budomix s.c. do złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zatem nie stwierdzono naruszenia przepisu oraz art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Nie potwierdził się podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych, którego podstawę Odwołujący upatrywał w nierównym traktowaniu wykonawców – w ocenie Odwołującego Zamawiający odrzucił jego ofertę z powodu „drobnych” uchybień, a w ofercie Budomix s.c. przeoczył uchybienia „istotne”. Prawo zamówień publicznych nie rozróżnia podstaw odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy o większej i mniejszej wadze; z czynności podjętych przez Zamawiającego także nie wynika, aby traktował on wykonawców w sposób zróżnicowany. Mimo, że Izba uznała niektóre czynności Zamawiającego za niezgodne z Prawem zamówień publicznych, nie stwierdzono, aby były one podejmowane w celu utrudnienia uczciwej konkurencji oraz nierównego traktowania wykonawców, czy przez osoby nie mogące zapewnić bezstronności i obiektywizmu. Nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących obu uczestników postępowania Zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie miała miejsca.

W związku z podnoszonym przez Zamawiającego aspektem ekonomicznym podstaw decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazuje się, iż Krajowa Izba Odwoławcza bada wyłącznie ewentualne naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, których dopuścił się Zamawiający, i nie jest organem właściwym do oceniania efektywności wydatkowania środków publicznych. Zgodnie z Prawem zamówień publicznych, za ofertę najkorzystniejszą nie może być uznana oferta podlegająca odrzuceniu.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

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

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na podstawie par. 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....