

Sygn. akt KIO/UZP 1000/09

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Barbara Bettman
Członkowie:	Dagmara Gałczewska-Romek Magdalena Grabarczyk
Protokolant:	Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUDIMEX DROMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Rawa Mazowiecka, Urząd Miasta Rawa Mazowiecka Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 5, 96- 200 Rawa Mazowiecka** protestu z dnia 29 czerwca 2009 r.

przy udziale konsorcjum **TIWWAL Sp. z o.o., HOLMA Sp. z o.o., BUDBAUM S.A. ul. Człuchowska 9, 01-360 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty, poprzedzonej wezwaniem konsorcjum **TIWWAL Sp. z o.o., HOLMA Sp. z o.o., BUDBAUM S.A. ul. Człuchowska 9, 01-360 Warszawa** do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Rawa Mazowiecka, Urząd Miasta Rawa Mazowiecka Pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 5, 96-200 Rawa Mazowiecka** nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **BUDIMEX DROMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUDIMEX DROMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę krytej pływalni wraz ze sztucznym lodowiskiem w Rawie Mazowieckiej z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2009/S 65 – 093227 z 3.04.2009 r.), w dniu 29 czerwca 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez BUDIMEX DROMEX SA z siedzibą w Warszawie. Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 19 czerwca 2009 r. o wyniku postępowania i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm:

- TIWWAL Sp. z o.o. (lider),
- HOLMA Sp. z o.o.,
- BUDBAUM SA,

zwanym dalej konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Gminie Miasta Rawa Mazowiecka naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r.

Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220 poz.1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101) to jest:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez bezpodstawne uznanie, że złożone przez konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. wyjaśnienia składników cenotwórczych uznać można za wystarczające i gwarantujące nie tylko poprawność procedury przetargowej, ale również prawidłowe wykonanie zamówienia publicznego za cenę wskazaną w ofercie;
2. art. 90 ustawy przez dopuszczenie i uznanie za prawidłowe wyjaśnień, które budzą uzasadnione wątpliwości co do ich rzetelności;
3. art. 7 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty nieważnej z mocy prawa i przez wybór oferty najkorzystniejszej w warunkach nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniosk:

1. o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o.;
2. o przeprowadzenie ponownego badania ofert z uwzględnieniem zarzutów protestu;
3. o dokonanie zaniechanej czynności odrzucenia oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. oraz uznania jej za nieważną;
4. o dokonanie ponownej oceny ofert i wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, gdyż poprzedzające go w ocenie, oferty wykonawców konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. oraz wykonawcy wykluczonego UNIBEP SA podlegają odrzuceniu, zatem nieprawidłowe czynności zamawiającego pozbawiły odwołującego uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący podał, że oferta wybranego konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. w sposób oczywisty zawiera rażąco niską cenę, tym samym jest nieważna z mocy ustawy, a jej wybór jest niemożliwy. Za bezsporne uznał, że zamawiający słusznie wszczął procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 Pzp. Zarzucił jednak zamawiającemu, nieprawidłowe przeprowadzenie tej procedury. Zdaniem odwołującego, zamawiający powołując się na dyspozycję art. 90 ust. 1 Pzp, de facto poprosił nie o wyjaśnienie ceny, a jedynie o potwierdzenie, że wszystkie elementy przewidziane specyfikacją istotnych warunków zamówienia, uwzględniając treść udzielonych odpowiedzi na zapytania wykonawców do SIWZ, zostały ujęte w cenie oferty. Działanie takie w przekonaniu odwołującego, nie stanowi „badania ceny” w rozumieniu normy art. 90 ust. 1 i 2 Pzp. A tym samym złożenie wyjaśnień jedynie w zakresie ujętym w zapytaniu, należało zdaniem odwołującego uznać za niewystarczające. Zamawiający winien zbadać ofertę po

wzewaniu i otrzymaniu wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, brać pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności: oszczędność metody wykonania, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla danego wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na postawie odrębnych przepisów. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1524/08 z 15 stycznia 2009 r. potwierdza, że to na wykonawcę ustawodawca przerzucił ciężar dowodu, iż cena zaoferowana jest rzetelna i wyklucza ryzyko zamawiającego poniesienia strat, wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia przez wykonawcę, w następstwie oszacowania kosztów z założeniem straty. Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku sygn. akt KIO/UZP 58/09 z dnia 23.01.2009 r. - wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie zaproponowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemanie – stwierdza wyrok Izby w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1444/08 z 23.12. 2008 r. Odwołujący przyznał, że w przedmiotowym postępowaniu nie bez znaczenia pozostaje fakt oczywistej zmiany warunków rynkowych w ostatnim czasie, notujących znaczący spadek cen robót budowlanych spowodowany zakończeniem okresu hossy budowlanej. Jednakże zamawiający dokonywał oszacowania wartości zamówienia na potrzeby postępowania przetargowego już w nowych warunkach rynkowych. Zgodnie treścią protokołu postępowania, ustalenie wartości zamówienia nastąpiło w dniu 17 marca 2009 r., a więc już z uwzględnieniem znacznego spadku cen na rynku robót budowlanych. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 35 685 229,73 zł. netto, co stanowi kwotę brutto w wysokości 43 535 980,27 zł. i taką wartość podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. zaproponowało wykonanie tego zamówienia za kwotę 17 031 752,35 zł. netto (20 778 738,75 zł. brutto), to jest poniżej 50% wartości szacowanej. Zakładając poprawność ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, zdaniem odwołującego, zamawiający winien wykazać większą wnikliwość przy ocenie wyjaśnień konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. Odwołujący podkreślił, iż tak podana wysokość ceny w ofercie wybranego konsorcjum jest nierealna. Wskazał, że kolejni czterej wykonawcy zaproponowali ceny w przedziale 27,8 - 28,1 mln zł. brutto, a więc cena oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. jest od każdej z nich, średnio aż o 35% niższa. Różnica cenowa pomiędzy kolejnymi ofertami wynosi jedynie ca 1%, co potwierdza realność tego poziomu ceny rynkowej dla wykonania zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę na elementy oferty TIWWAL Sp. o.o., w których drastycznie zaniżona cena – odbiegająca od cen rynkowych, wskazuje na ryzyko wykonania robót poniżej standardów określonych specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Do elementów takich zaliczył: standard wykończenia, instalację solarną, wentylację, drogi i chodniki, technologię basenu. Według zestawienia –

harmonogramu realizacji robót, obejmują one około 40% wartości oferty, co daje obraz ich znaczącego wpływu na cenę całkowitą. Odwołujący wyraził przekonanie, że wykonawca wybrany, mimo iż obciążał go ciężar dowodu wykazania prawidłowości przedstawionej kalkulacji, składając wyjaśnienia, poprzestał jedynie na potwierdzeniu oświadczenia złożonego w treści oferty. Za sprzeczne z zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych, uznał odwołujący wybieranie ofert nie najkorzystniejszych, a jedynie najtańszych, przekładających się na „najtańszą jakość.”

Na wezwanie zamawiającego z dnia 30 czerwca 2009 r. do postępowania wywołanego protestem w dniu 2 lipca 2009 r. przystąpił wykonawca wybrany – konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o., który powoływał się na interes prawny w utrzymaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Stwierdził, iż podziela stanowisko odwołującego, iż wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia rażąco niskiej ceny, winna ona być odnoszona do wartości szacunkowej zamówienia, cen innych ofert oraz cen kształtowanych przez rynek, z uwzględnieniem indywidualnego podejścia. Zdaniem przystępującego kwota oszacowania została wyliczona wadliwie i nie obejmuje znacznej obniżki cen na rynku robót budowlanych, wskutek zaistniałej sytuacji kryzysowej. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o rażąco niskiej cenie można mówić, gdy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena charakteryzuje się tym, że jest niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Przystępujący przytoczył orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, stwierdzające, że cena oferty – jako rażąco niska, nie może być oceniana jedynie na podstawie kryterium arytmetycznego. Przepis art. 90 ust. 2 Pzp nakazuje zamawiającemu przy ocenie wyjaśnień, branie pod uwagę obiektywnych czynników, w szczególności oszczędność metody wykonania, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków dostępnych wykonawcy, oryginalności projektu, wpływu ewentualnej pomocy publicznej, które mogą uwiarygodnić oferowaną cenę. Skoro zamawiający, wybierając wykonawcę zamówienia, nie miał żadnych wątpliwości co do tego czy cena oferty jest rażąco niska, to ciężar udowodnienia, iż sytuacja taka w danym stanie faktycznym wystąpiła, w myśl art. 6 K.c. spoczywa na odwołującym, jako na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W ocenie przystępującego, odwołujący nie udowodnił, iż zaoferowana cena, która ma charakter ryczałtowy, jest rażąco niska - nierealna, nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia, bądź wskazuje na okoliczność wykonania zamówienia poniżej poniesionych kosztów. Przystępujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wyroki o sygnaturach: KIO/UZP 168/09, KIO/UZP 1443/08, KIO/UZP 466/08, KIO/UZP 189/09 oraz

wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24.03.2005 r. sygn. akt II Ca 425/04, dla potwierdzenia trafności podniesionej argumentacji na rzecz obrony własnej oferty.

W dniu 8 lipca 2009 r. zamawiający oddalił protest w całości. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że w dniu 10 czerwca 2009 r. zwrócił się do TIWWAL spółki. z o.o. jako lidera konsorcjum, o wyjaśnienie czy oferta tego wykonawcy zawiera wszystkie elementy mające wpływ na wysokość ceny, a w szczególności czy zawiera wycenę wszystkich elementów SIWZ, dokumentacji projektowej, SSTWiOR oraz wyjaśnień udzielonych oferentom w trakcie trwania przetargu. Zamawiający zwrócił uwagę na odpowiedź nr 10, zawartą w wyjaśnieniach nr 37 związanych z treścią SIWZ, gdzie wskazał, że cena ryczałtowa podana w ofercie musi obejmować wszelkie roboty usługi i czynności, które nie zostały przewidziane, a ich wykonanie jest niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia oraz, że nie będzie weryfikował, czy podana w druku oferty cena ryczałtowa wynika z zsumowania poszczególnych pozycji przedstawionego przez wykonawcę kosztorysu szczegółowego. W sytuacji braku w szczegółowym kosztorysie ofertowym, w stosunku do SIWZ i dokumentacji projektowej jakichkolwiek pozycji, nie będzie można uznać, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, bowiem uważać się będzie, że zostały one ujęte w całkowitej cenie ryczałtowej przedmiotu zamówienia podanej na druku oferty. Dlatego też zadane pytanie o wysokość ceny oferty, należy rozpatrywać w kontekście przywołanego wyjaśnienia. Zaś procedura badania przez zamawiającego czy cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, winna być podporządkowana jedynie przepisowi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Złożenie przez wykonawcę dowodów na potwierdzenie okoliczności określonych w tym przepisie jest jedynie uprawnieniem, a nie obowiązkiem wykonawcy, dopiero jeżeli takie dowody zostaną przedstawione, to zamawiający winien przeprowadzić ich szczegółowe badanie, którego wynik może wpłynąć na ocenę oferty.

W niniejszej sprawie konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. złożyło oświadczenie, że jego oferta zawiera wszelkie czynniki mające wpływ na wysokość ceny. Zamawiający nie mógł oferty konsorcjum odrzucić, gdyż udzieliło ono wyjaśnień w wyznaczonym terminie. Ponowna analiza ofert, a także rozpoznanie dotyczące podobnych zamówień na rynku, wartości zamówień przyjętych przez innych zamawiających oraz cen oferowanych przez wykonawców, pozwoliło przyjąć, że cena zamówienia, która stanowiła jedyne kryterium, zawarta w ofercie konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. nie jest rażąco niska, w stosunku do wartości zamówienia. Zamawiający wskazał, że Budimex Dromex S.A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadził Urząd Gminy Warszawa Bielany, przy wartości zamówienia ponad 35 milionów złotych, zaoferował cenę 23 miliony. W innych postępowaniach wykonawcy ofertowali ceny: np. w Radomiu, przy porównywalnym obiekcie

stosunek ten wynosił 35 000 000,00 zł. do 18.679.139,05 zł., w Ostrołęce 41 270 000,00 zł. do 24 838 829,30 zł.

Zamawiający uznał, że nie bez znaczenia jest również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym przedmiocie. W wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r. (KIO/UZP 1492/2008) KIO stwierdziła, że dla uznania, że cena jest rażąco niska nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość od ceny innego wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. W proteście nie zostało to dowiedzione, a skupiono się na wykazywaniu, że cena zawarta w ofercie konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. i jej składowe odbiegają znacząco od cen zawartych w ofertach innych wykonawców. Toteż zarzut oparty na naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ustawy Pzp musiał być oddalony.

W odwołaniu wniesionym w dniu 17 lipca 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum firm: TIWWAL Sp. z o.o., HOLMA Sp. z o.o., BUDBAUM SA;
2. dokonania zaniechanej czynności odrzucenia oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o., jako skalkulowanej z zastosowaniem rażąco niskiej ceny oraz w sytuacji nie wykazania w sposób wystarczający rzetelności kalkulacji,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, przy zastosowaniu kryteriów określonych w SIWZ.

Odwołujący ponownie powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego, gdyż wadliwe czynności zamawiającego uniemożliwiają uzyskanie zamówienia publicznego, mimo, że złożył najkorzystniejszą ofertę niepodlegającą odrzuceniu, co czyni wniesienie niniejszego odwołania dopuszczalnym.

W uzasadnieniu, odwołujący ponowił zarzuty wobec oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. oraz argumentację przytoczoną w proteście. Dodatkowo, po zapoznaniu się z argumentacją uzasadnienia oddalenia protestu, podniósł następujące okoliczności.

Poza sporem pozostaje, że zamawiający zamierzał przeprowadzić procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wezwał TIWWAL Sp. z o.o. do wyjaśnienia

wątpliwości związanych z zaoferowaną przez tego przedsiębiorcę ceną. Skoro zamawiający uznał, że cena budzi wątpliwości co do jej rażąco niskiego poziomu, tj. w toku badania poddano w wątpliwość, czy przedmiot zamówienia jest możliwy do wykonania za cenę wskazaną w ofercie, powinien oczekiwać i uzyskać od konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. nie lakonicznego potwierdzenia treści oferty, ale wyjaśnienia składników cenotwórczych oraz elementów składających się na wartość końcową. Oczywistym jest, że badanie w kierunku rażąco niskiej ceny ma na celu wyjaśnienie poszczególnych elementów oferty. Samo potwierdzenie ceny nie tylko niczego nie wnosi, ale jest wręcz działaniem wymuszonym przez ustawę, gdyż wykonawca ceny tej zmienić nie może, a termin związania ofertą w tym wypadku wynosi 60 dni. Norma wynikająca z art. 66² § 2 K.c., do którego stosowania zobowiązuje art. 14 Pzp stanowi, iż oferty nie można odwołać, jeżeli wynika to z jej treści lub określono w niej termin przyjęcia. Tym samym celem artykułu 90 Pzp nie było umożliwienie wykonawcy potwierdzenia złożonej oferty, a wyjaśnienie wątpliwości, jakie powziął sam zamawiający w odniesieniu do proponowanej ceny realizacji zamówienia.

Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 Pzp, zamawiający powinien wziąć pod uwagę obiektywne czynniki, przykładowo podane w tym przepisie. Zamawiający, wzywając TIWWAL Sp. z o.o., poprosił nie o wyjaśnienie ceny, a o potwierdzenie, że wszystkie wymagania SIWZ oraz treść odpowiedzi, jakich udzielił w toku postępowania zostały ujęte w ofercie. Tak więc pomimo powołania się na podstawę w postaci art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający w istocie zażądał wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 tejże ustawy. To działanie, zdaniem odwołującego, można tłumaczyć jedynie w taki sposób, że w toku badania oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o., zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości nie tylko w kwestii rażąco niskiej ceny, ale także, a może przede wszystkim wobec treści tej oferty. Nie sposób bowiem nie zauważyć, zdaniem odwołującego, że treść oferty konsorcjum TIWWAL nie jest zgodna z dokumentacją techniczną, będącą częścią SIWZ, bowiem złożony kosztorys ofertowy, zawiera liczne braki pozycji kosztorysowych i znacząco mniejsze ilości nakładów niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący opisał najbardziej spektakularne przykłady, jakie w jego ocenie zaświadczać o wymienionej niezgodności:

- brak pozycji kosztorysowych obejmujących ściany żelbetowe;
- brak pozycji kosztorysowej obejmującej ruszt stalowy pod okładziny elewacyjne z izolacją z wełny mineralnej;
- znaczne zaniżenie ilości w pozycjach dotyczących zbrojenia konstrukcji żelbetowej, konstrukcji dachu, paneli elewacyjnych, elewacji kamiennych, fasady aluminiowej, balustrady, trybun. Trudno sobie wyobrazić – podkreślał odwołujący, należyłą i bezpieczną realizację obiektu bez ścian żelbetowych, które widnieją w dokumentacji, albo w którym przyjęto wskaźniki zbrojenia prawie o połowę niższe niż wynikające z projektu. W tym

kontekście oświadczenie o zgodności oferty z dokumentacją techniczną, złożone przez konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o., w przekonaniu odwołującego, pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią oferty tego wykonawcy. Skoro na pewnym etapie postępowania (bo nie od jego początku), zamawiający zapewnił wykonawców, że zawartość kosztorysów nie będzie przesłanką do odrzucenia oferty, w konsekwencji sam znalazł się w trudnej dla siebie sytuacji. Odwołujący poddał w wątpliwość racjonalność tej decyzji zamawiającego. Podniósł, że zwłaszcza w takim stanie faktycznym, zamawiający powinien był dążyć do uzyskania niezbitą pewnością wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją techniczną, w taki sposób, aby rzetelność wyceny została udowodniona, a nie jedynie potwierdzona. Stąd też zdaniem odwołującego, zamawiający zapewne chcąc sanować skutki swojej wcześniejszej decyzji w rzeczywistości zadał pytanie o "kompletność" oferty. Odwołujący ponownie powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika, że wzywając do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający nie ma obowiązku podawać, jakie dokumenty lub inne dowody należy przedłożyć – leży to po stronie oraz w interesie wykonawcy, który wezwany do złożenia wyjaśnień powinien dążyć do przekonania zamawiającego, iż jego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą potwierdzoną wyrokami: sygn. KIO/UZP 1524/08 z 15 stycznia 2009 r., KIO/UZP 58/09 z 23 stycznia 2009 r., wbrew temu co twierdzi zamawiający w rozstrzygnięciu protestu oraz wykonawca wybrany – konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o., to na wykonawcy spoczywa obowiązek przeprowadzenia dowodu, że zaoferowana cena jest rzetelna i wyklucza zaistnienie ryzyka po stronie zamawiającego poniesienia strat przez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, że złożenie dowodów na potwierdzenie okoliczności określonych w przepisie art. 90 ust. 2 Pzp, jest jedynie uprawnieniem, a nie zobowiązaniem wykonawcy. Taka wykładnia (dająca uprawnienie, a nie narzucająca zobowiązania), powodowałaby brak możliwości realizacji celu przepisu powołanego powyżej. Już samo wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w ocenie odwołującego, ustanawia domniemanie prawne (*presumptio iuris*) zaproponowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, co potwierdza wyrok KIO/UZP 1444/08 z 23 grudnia 2008 r. Jak wskazał sam zamawiający, powołując się na treść wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r. (KIO/UZP 1492/08), dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia, nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Wychodząc z takiego stanowiska, trudno zgodzić się z tezą, że skoro zamawiający sam zdecydował o podjęciu działań w trybie art. 90 Pzp, to tym samym nie oczekiwał wykazania, że przy określonym przedmiocie zamówienia, wykonanie go za podaną w ofercie cenę jest możliwe. Odwołujący podkreślił, iż

chodzi tutaj o wykazanie, a nie potwierdzanie bądź negowanie oferty, którą wykonawca i tak jest związany. Zamawiający po uzyskaniu wyjaśnienia ceny, bierze pod uwagę złożone dowody oraz powołane okoliczności. Skoro zamawiający wszczął procedurę, bo wątpił w rzetelność ceny, to wykonawca miał tę rzetelność udowodnić. Postępowanie takie powinno mieć charakter dowodzenia, a nie wymiany korespondencji. Odwołujący przytoczył stanowisko doktryny, zawarte w komentarzu W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, wydanie III z 2007r., do art. 90 – podana teza II: "Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać co spowodowało możliwość obniżenia ceny, ale również w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Wielkość redukcji ceny może bowiem wynikać wyłącznie z czynników, które zostaną przez niego przedstawione. Oceniając wyjaśnienia, zamawiający może uznać za właściwy taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z powodów o obiektywnym charakterze. Za takie należy uznać uwarunkowania, które są zgodne z prawem i nie naruszają zasad uczciwej konkurencji. Jest przy tym zobowiązany wziąć pod uwagę wszystkie czynniki, wymienione w ust. 2 tegoż artykułu (oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów), ale również inne czynniki, na które wskaże wykonawca, a które bez zakłócania uczciwej konkurencji wpłynęły na wysokość ceny w złożonej ofercie." Badanie ceny w kontekście zastosowania rażąco niskiej ceny, mogłoby więc zostać uznane za skuteczne, gdyby zgodnie z treścią dyspozycji art. 90 Pzp, wykonawca wybrany prawidłowo wykonał ciążący na nim obowiązek wyjaśnienia ceny w sposób powyżej opisany. Jednak żadne z powyższych założeń, jak stwierdził odwołujący, nie zostało przez konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. przedstawione i przyczyny obniżenia ceny nie zostały w żaden sposób wykazane. W wyjaśnieniu nie było żadnego elementu, który mógłby zostać poddany ocenie, gdyż żadne takie elementy po prostu nie zostały przedstawione. Nawet zastosowanie powszechnych praktyk rynkowych wymagałoby co najmniej powołania się na konkretny fakt, nawet fakt notoryjny (np. przy obniżaniu ceny za samochody z poprzedniego rocznika), jednak takie powołanie powinno zostać wsparte odpowiednimi wyliczeniami (komentarz do art. 90 Pzp: D. Radoń - Komentarz do przepisów Prawa Zamówień Publicznych zmienionych ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r.). Wykonawca nie może odwołać złożonej przez siebie oferty, a potwierdzenie bądź zaprzeczenie jej treści wobec tego, nie ma znaczenia merytorycznego i procesowego. Natomiast wyjaśnienia konsorcjum TIWWAL Sp. z o. o., także te zawarte w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, skłoniły odwołującego do wniosków, iż nie wniosły one żadnej treści informacyjnej, ani merytorycznej, nie zawierają żadnego uzasadnienia dla zaoferowanej ceny, powinny zatem zostać uznane za niewystarczające. Odwołujący podtrzymał także

zarzut rażąco niskiej ceny wybranej oferty, w odniesieniu do wartości zamówienia, mimo zaistniałej zmiany warunków rynkowych, co podnosił w swoim proteście. Zaznaczył, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do wyboru oferty, której treści sam wykonawca nie wyjaśnił w sposób dostateczny, który rozwiałby wątpliwości co do rzetelności zaoferowanej ceny, czym sam potwierdził nieważność swojej oferty, skutkiem czego wybór oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. nastąpił w sposób sprzeczny z ustawą.

Pismem z dnia 23 lipca 2009 r., z kopią przekazaną stronom postępowania przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przystąpił wykonawca wybrany konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o., który powołał się na interes prawny w utrzymaniu wyboru jego oferty oraz wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania, określonych art. 187 ust. 4 Pzp. Wobec spełnienia warunków ustawowych, Izba postanowiła dopuścić konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. do udziału w sprawie, z określeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, pisma wzywającego wybranego wykonawcę do wyjaśnienia ceny oferty i udzielonej odpowiedzi, oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o., pism stron i przystępującego, złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym. Izba dopuściła dowody z dokumentów aktualizacji kosztorysu inwestorskiego, zestawienia cen kubaturowych obiektów basenowych – na okoliczność przeprowadzanych analiz kosztów tego rodzaju obiektów.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska przedstawione przez pełnomocników stron oraz przystępującego, reprezentantów zamawiającego i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Według zgodnego oświadczenia stron, okres związania ofertą jeszcze nie upłynął, a oferty odwołującego oraz przystępującego nadal pozostają zabezpieczone wadium.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 35 685 229,73 zł. netto , co stanowi równowartość 9 204 103,51 euro. Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podana zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp wynosi 43 535 980,27 brutto. W postępowaniu zostało złożonych 16 ofert. Oferty 5 wykonawców zostały odrzucone. 11 ofert podlegało ocenie pod względem kryterium najniższej ceny. Wykonawcy zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia za następujące ceny brutto:

1. konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. - 20 778 737,75 zł;
2. BUDIMEX DROMEX SA – 27 985 297,70 zł;
3. MIRBUD SA - 27 992 767,02 zł;
4. EIFFAGE BUDOWNICTWO MITEX SA – 28 083 790,00 zł;
5. ALSTAL Budownictwo Sp. z o.o. – 30 114 985,79 zł;
6. Mostostal Warszawa SA – 31 879 708,15 zł;
7. DORBUD SA – 33 329 999,88 zł;
8. BUDUS SA – 35 853 435,12 zł;
9. STRABAG Sp. z o.o. – 38 842 733,19 zł;
10. konsorcjum POL-AQUA SA – 39 736 249,32 zł;
11. konsorcjum ABB-FDO Polska Sp. z o.o. – 86 490 920,97 zł.

Część I punkt 2 SIWZ podaje, że w skład przedmiotu zamówienia wchodzi następujące obiekty:

1. budynek hali basenowej z instalacjami wewnętrznymi, zagospodarowaniem terenu, drogami, chodnikami, infrastrukturą towarzyszącą, przyłączami; energetycznym, wodociągowym, kanalizacji sanitarnej, deszczowej i gazowym.
2. budynek sztucznego lodowiska z instalacjami wewnętrznymi, zagospodarowaniem terenu, drogami, chodnikami i infrastrukturą towarzyszącą.

W § 7 wzoru umowy zamawiający określił wynagrodzenie jako ryczałtowe, za całość zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektu i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Postanowienie takie zawiera również pkt 10 SIWZ – opis sposobu obliczenia ceny. Okoliczność dotycząca charakteru wynagrodzenia pozostaje między stronami niesporna. Dodatkowo w wyjaśnieniach do SIWZ, zamawiający potwierdził, iż przyjmuje cenę oferty, jako obejmującą cały przedmiot zamówienia i nie będzie weryfikował poprawności jej wyliczenia. W punkcie 7 rozdziału I SIWZ, zamawiający wymagał złożenia wraz ofertą harmonogramu realizacji robót i planu płatności. Zamawiający poinformował, że przedmiary załączone do SIWZ stanowią element pomocniczy do przygotowania oferty. Ponadto żądał złożenia kosztorysu ofertowego, opracowanego metodą szczegółową, z podaniem stawki roboczogodziny, wskaźnika kosztów pośrednich, kosztów zakupu, wskaźnika zysku, stawki podatku VAT. Zamawiający wyjaśnił, że pozycje dla których nie zostaną określone ceny

jednostkowe, przyjmie jako ujęte w cenie całkowitej przedmiotu zamówienia podanej w ofercie.

Pismem z dnia 10 czerwca 2009 r. zamawiający wystosował do konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. wezwanie o następującej treści „Działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwracam się o wyjaśnienie, czy oferta Państwa firmy złożona w postępowaniu pod nazwą: „Budowa krytej pływalni wraz ze sztucznym lodowiskiem w Rawie Mazowieckiej z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie,” zawiera wszystkie elementy mające wpływ na wysokość ceny. W szczególności czy zawiera wycenę wszystkich elementów SIWZ, dokumentacji projektowej, SSTWiOR i wyjaśnień udzielonych oferentom w trakcie trwania przetargu. Nie dostarczenie wyjaśnień w terminie (do 17.06.2009 r.) będzie skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy (Pzp art. 90 ust. 3).”

Na wymienione pismo, odwołujący udzielił odpowiedzi w dniu 16 czerwca 2009 r. o następującej treści „TIWWAL Sp. z o.o. działająca w imieniu konsorcjum firm: TIWWAL Sp. z o.o., HOLMA Sp. z o.o. oraz BUDBAUM SA w odpowiedzi na pismo dotyczące wyjaśnień udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z dnia 10 czerwca 2009 r. 2009 r., znak (...), wyjaśnia, że oferta naszego konsorcjum złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Budowa krytej pływalni wraz ze sztucznym lodowiskiem w Rawie Mazowieckiej z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie,” zawiera wszystkie elementy, mające wpływ na wysokość ceny, zgodnie z SIWZ, dokumentacją projektową, STWiOR i wyjaśnieniami udzielonymi oferentom w trakcie trwania przetargu.”

Izba zważyła co następuje.

Należy zgodzić się z argumentacją odwołującego, że rozróżnienia wymagają dwie kwestie, tj. wezwanie konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty w celu umożliwienia zbadania tej oferty, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny i kwestia własnej wiedzy zamawiającego na temat kształtowania się cen wykonania podobnych obiektów na rynku robót budowlanych. Zamawiający nie żądał w istocie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, umożliwiających ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, ale żądał wyjaśnień do treści oferty, skoro uwaga zamawiającego koncentrowała się na tym, czy wykonawca wybrany objął całkowitą ceną ryczałtową oferty kompletny zakres rzeczowy zamówienia. Mimo podania prawidłowej podstawy art. 90 ust. 1 Pzp, sama treść wezwania nie dotyczyła wyjaśnień ceny oferty, w kierunku wykluczenia, bądź potwierdzenia przypadku podania rażąco niskiej ceny, w oparciu o czynniki weryfikacji, przykładowo wskazane w art. 90 ust 2 Pzp . Ustawa Prawo zamówień publicznych, upoważnia wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego, jak stanowi art. 180 ust. 1 Pzp, zatem

Izba rozpatrując odwołanie odnosi się do tych czynności, a nie do przywołanej do nich podstawy prawnej. Cena brutto oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. wynosząca - 20 778 737, 75 zł. w zestawieniu z szacunkową wartością zamówienia z podatkiem VAT - 43 535 980,27 zł. (różnica 22 757 242,52 zł.) oraz z ceną oferty odwołującego – 27 985 297,70 zł. (różnica 7 206 559,95 zł.), jako kolejną podlegającą ocenie oraz cenami następnymi ofert, pomijając skrajnie wysoką cenę oferty sklasyfikowanej na ostatniej pozycji – 86 490 920,97 zł., wykazująca znaczną rozbieżność, uzasadniała wątpliwości, że jest skalkulowana na poziomie rażąco niskim, nie odzwierciedlającym koniecznych do poniesienia kosztów i nakładów, dla właściwego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Taka rozbieżność cenowa, aczkolwiek nie przesądzająca sama przez się o podaniu ceny oferty na zaniżonym poziomie w stosunku do rzetelnie przeprowadzonej kalkulacji kosztów, przy założeniu zysku, a więc ceny rażąco niskiej, zasadnie skłoniła zamawiającego do wniosków, iż może mieć do czynienia z rażąco niską ceną oferty, uzasadniającą zainicjowanie procedury wyjaśniającej, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. Izba podziela stanowisko odwołującego, że wyjaśnienia o jakie wezwał zamawiający konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. nie wyczerpują dyspozycji art. 90 ust. 1 i 2 Pzp. Stosownie do ugruntowanych poglądów, wynikających z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych np. postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05, w którym Sąd ten stwierdził, iż „oceniając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty,” wyroku z dnia 24 marca 2005 r. Sygn. akt II Ca 425/04 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również, że „ocena oferty - przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę” - badanie ceny oferty, w kierunku czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, należy odnosić do ceny całkowitej oferty oraz do obiektywnych czynników, mających wpływ na wysokość ceny, a więc uprzednio wymaga to wyjaśnianie podanych przez wykonawcę czynników. Badanie oferty przez zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, nie polega na potwierdzeniu, że oferta obejmuje pełen zakres rzeczowy robót, przewidzianych dokumentacją przetargową, opisem przedmiotu zamówienia, projektem budowlanym, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, gdyż zakres rzeczowy robót i jego pełne zaoferowanie, w szczególności gdy cenę określono jako ryczałtową zgodnie z art. 632 K.c., przynależy do treści oferty, więc jej istotnych postanowień w rozumieniu art. 66 § 1 K.c., jako essentialia negotii przyszłej umowy o realizację zamówienia. Ponadto zamawiający jest związany swoim wyjaśnieniem, że cena ryczałtowa oferty wynika z podsumowania poszczególnych pozycji przedstawionego przez wykonawcę kosztorysu szczegółowego, a w sytuacji braku w szczegółowym kosztorysie ofertowym, w stosunku do SIWZ i dokumentacji projektowej

jakichkolwiek pozycji, nie będzie można uznać, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, bowiem uważać się będzie, że zostały one ujęte w całkowitej cenie ryczałtowej przedmiotu zamówienia, podanej na druku oferty. Wynika z powyższego że weryfikowanie treści oferty, w sposób jak uczynił to zamawiający również było bezprzedmiotowe.

Podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny i weryfikacji tej ceny, nie może być zatem pominięcie wyceny określonego zakresu rzeczowego zamówienia, które jeżeli nastąpi, winno być kwalifikowane jako niezgodność z treścią SIWZ. Zatem zaistnienie takiej okoliczności upoważniałoby zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zadanie pytanie odnosiło się do treści oferty, a za jego podstawę prawną prawidłowo powinien być wskazany art. 87 ust. 1 Pzp. Izba stwierdza, że z uwagi na ryczałtowy charakter ceny, co stanowi okoliczność bezsporną, wybrane konsorcjum potwierdziło, iż w cenie oferty zawarto wymagany dokumentacją pełen zakres rzeczowy robót. Treść pytania była na tyle precyzyjna, że nie można przyjmować, iż wykonawca nie udzielił wymaganej odpowiedzi, stosownej do rzeczywistych intencji zadającego pytanie. Sam zamawiający przyznał, że pytanie jak zostało sformułowane, odnosiło się do wyjaśnienia treści oferty i jego podstawę mógł stanowić art. 87 ust. 1 Pzp, a nie art. 90 ust. 1 ust. 1 i 2 Pzp, który został przywołany pomyłkowo. Wykonawca, który udzielił odpowiedzi wprost na zadane pytanie, nie może ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji. Zamawiający, poza podaniem podstawy prawnej, nie zawarł wymogu aby odpowiedź dotyczyła podania obiektywnych czynników, dotyczących ceny oferty, przez co uwzględniając treść odpowiedzi, pozbawił się możliwości oceny, czy cena oferty wykonawcy, którego wybrał do realizacji zamówienia nie odbiega od cen rynkowych, w sposób rażąco zaniżony. Przykładowo wskazane przez ustawodawcę obiektywne czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość ceny oferty, to: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne wykonawcy, oryginalność projektu, czy uzyskanie pomocy publicznej. Muszą to być czynniki o obiektywnym charakterze, dostępne dla wykonawcy w sposób zindywidualizowany. Katalog ten nie jest zamknięty i nie ogranicza wykonawcy w możliwości wykazywania, iż cena oferty jest rzetelna, a w działalności jego przedsiębiorstwa, występują również inne prawem dozwolone czynniki, wpływające na możliwość pełnego i prawidłowego wykonania zamówienia, za cenę, wobec której zgłaszane są wątpliwości jej zniżenia w sposób rażący.

Izba nie uznała wyjaśnień zamawiającego, że przeprowadził on postępowanie oceniające cenę oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. we własnym zakresie, gdyż posiadał informacje o cenach porównywalnych obiektów, tj. krytych pływalni realizowanych na terenie Dzielnicy Bielany w Warszawie, w Radomiu oraz w Limanowej, gdzie biorąc pod uwagę kubaturę tych obiektów oraz cenę 1 m² powierzchni, stwierdził, iż cena oferty wybranego konsorcjum kształtuje się na podobnym poziomie. Ponadto aktualizacja kosztorysu

inwestorskiego, dokonana w sierpniu 2009 r. i oszacowanie przedmiotowego zamówienia według aktualnych cen rynkowych w kwocie 22 179 449,31 zł netto, wskazuje, że ustalenia których dokonał w odniesieniu do ceny wybranej oferty są prawidłowe, a wybór tej oferty jako najkorzystniejszej nie naruszył przepisów ustawy.

W ocenie Izby, przy badaniu oferty wykonawcy, czy nie zawiera rażąco niskiej ceny, zamawiający nie może poprzestać na ustaleniach własnych w oparciu o uzyskane inne źródła informacji. W procedurze tej nie można bowiem pominąć wyjaśnień wykonawcy, złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Bez udziału wykonawcy i umożliwienia mu złożenia właściwych wyjaśnień, nie można mówić, iż w ogóle tego typu procedura została przez zamawiającego przeprowadzona i dokonał on oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, aby uzyskać potwierdzenie, że za zaoferowaną cenę wykonawca zrealizuje zamówienie rzetelnie - w całości, terminowo i w sposób należyty. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości np. wyrok sygn. akt 76/81 „Transporoute”, wyrok sygn. akt 103/88 „Constanzo,” wyrok sygn. akt C-285/89 „Impresa Dona Alfonso,” potwierdzają, że państwa członkowskie mogą wymagać analizowania ofert, kiedy wydaje się, iż przedstawiają one rażąco niskie ceny, a nie tylko kiedy w oczywisty sposób są zaniżone oraz, że nie można oceniać ofert wyłącznie według kryterium arytmetycznego, ale należy zawsze umożliwić zainteresowanemu wykonawcy przedstawienie wyjaśnień, dopiero analiza których pozwala na prawidłową ocenę, czy cena oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia nie została rażąco zaniżona.

Zatem twierdzenie, że rozbieżność oszacowania przedmiotu zamówienia, (które pozostaje niezmiennie po wszczęciu procedury przetargowej, o czym stanowi art. 35 ust. 2 Pzp), cen innych wykonawców i ceny oferty wybranego wykonawcy winna wzbudzać uzasadnione obawy o rzetelność skalkulowania całkowitej ceny oferty, który to pogląd Izba podziela, również powinna skłaniać zamawiającego do sprawdzenia tych okoliczności. Zamawiający zobowiązany jest ponownie wezwać wykonawcę w sposób prawidłowy do podania elementów oferty mających wpływ na poziom zaoferowanej ceny, w rozumieniu wytycznych, jakie zawiera art. 90 ust. 2 Pzp.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera zakazu ponownego wzywania wykonawcy, do wyjaśnienia ceny oferty, w szczególności, gdy czynność ta została przeprowadzona wadliwie i winna być uznana za niebyłą - nieskuteczną, a odpowiedź wykonawcy, stosowna wprost do treści wezwania, nie odpowiadała wskazaniom ustawowym, odnoszącym się do wyjaśnienia, że oferta nie przedstawia rażąco niskiej ceny.

Izba w tej sprawie, nie weryfikowała czynności zamawiającego – oceny czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, gdyż w tym zakresie, wobec wadliwie

przeprowadzonej procedury, w przekonaniu Izby, wyjaśnienia składników cenotwórczych i czynników przekładających się na cenę całkowitą oferty, przez konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. w ogóle nie zostały przedstawione i ocenione przez zamawiającego, zatem brakuje podstaw do przeprowadzenia przez Izbę ustaleń w tym przedmiocie – oceny czynności zaniechanej. Izba nie może za zamawiającego wypowiedzieć się, czy cena oferty przystępującego nie jest rażąco zaniżona do przedmiotu zamówienia. Zadaniem Izby jest weryfikacja czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami, a nie wyręczanie zamawiającego w jego czynnościach. Zamawiający po uzyskaniu wyjaśnień konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o., winien samodzielnie je ocenić wraz z przedstawionymi dowodami, również tymi, które zostały złożone do akt niniejszej sprawy. W tym stanie rzeczy, wobec zaniechania czynności zamawiającego, Izba mogła jedynie stwierdzić naruszenie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, a w następstwie naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, wskutek nie zapewnienia równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania wbrew regułom ustawy Pzp. Z tych względów, nie przesądzając kwestii czy oferta konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, orzeczono jak w sentencji.

Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp uwzględniła odwołanie i nakazała na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uprzednim umożliwieniem konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o., złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 2 Pzp.

Z uwagi na treść art. 191 ust. 3 Pzp, Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut niezgodności oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o., z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez pominięcie zakresu rzeczowego wskazanych robót i brak wyceny koniecznych do wykonania zamówienia materiałów, gdyż zarzut ten został podniesiony w odwołaniu i niepoprzedzony protestem.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust 6 i 7 Pzp.
Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych
(Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....