

**WYROK**

**z dnia 9 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2012 r. przez wykonawcę **R..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R..... F..... Polbud-System, 08-460 Sobolew, Gończyce 103a** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Najwyższy, 00-951 Warszawa, pl. Krasińskich 2/4/6**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę R..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R..... F..... Polbud-System, 08-460 Sobolew, Gończyce 103a i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R..... F..... Polbud-System, 08-460 Sobolew, Gończyce 103a** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **R..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R..... F..... Polbud-System, 08-460 Sobolew, Gończyce 103a** kwoty **2 500 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy) z tytułu nadpłaty wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Sąd Najwyższy, Plac Krasińskich 2/4/6, 00-951 Warszawa (dalej "Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na „Remont sal rozpraw F i G wraz z przylegającymi do nich pokojami narad: 1N06, 1N08, 1N10 w obiekcie Kompleks Urbanistyczny Wymiaru Sprawiedliwości z siedzibą Sądu Najwyższego w Warszawie”. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę mniejszą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 sierpnia 2012 r. o numerze 321140-2012.

W dniu 24 września 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy R..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R..... F..... Polbud-System, Gończwce 103a, 08-460 Sobolew (dalej "Odwołujący") wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w toku postępowania. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

- 1) naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, albowiem nie istnieją przesłanki określone w tym przepisie, w sytuacji gdy Odwołujący złożył oczekiwane wyjaśnienia oraz z uwagi na fakt, że nie było podstaw, aby ocenić przedstawione wyjaśnienia jako potwierdzające, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiot u zamówienia;
- 2) naruszenie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem jego prawidłowego zastosowania poprzez nieuwzględnienie złożonych przez Odwołującego szczegółowych wyjaśnień, w których wskazano na obiektywne czynniki, metodę wykonania oraz sprzyjające Odwołującemu warunki wykonywania zamówienia;
- 3) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem jego zastosowania, w

sytuacji gdy w ocenie Zamawiającego przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia budziły dalsze wątpliwości co do podstaw zaproponowanej ceny;

- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Zamawiający stwierdził rażąco niską cenę w ofercie Odwołującego, a jednocześnie gdy jest to przepis stanowiący wyłączną skuteczną podstawę do odrzucenia oferty - co pozwala Odwołującemu zarzucić Zamawiającemu brak dokonania skutecznej czynności odrzucenia oferty i w konsekwencji dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert;
- 5) naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z tym, że zamówienie zostało udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W świetle, powyższych zarzutów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego (jeśli rzeczywiście skutecznie nastąpiło) na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz nakazanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności, których zaniechał lub które zostały nieprawidłowo wykonane, w zakresie w jakim wskazano w zarzutach oraz uzasadnieniu niniejszego odwołania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, które nie zostały odrzucone oraz nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, uwzględniając skutek czynności powyżej żądanych;
- 4) uznanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wskazywał, iż ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu dokonanie wyboru jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ sprzeczne z ww. przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego w sposób negatywny wpływają na możliwości wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, z czym związana jest wymierna szkoda w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazywał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ma istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie w całości.

Odwołujący podnosił, iż odwołanie wniósł w dniu 24 września 2012 r., co oznacza dochowanie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - informacja o czynności Zamawiającego z dnia 14 września 2012 r. została przesłana do Odwołującego 18 września 2012 r. za pośrednictwem faksu. Mając na uwadze, że ostatni (piąty) dzień upływu terminu przypada w dzień ustawowo wolny od pracy, wniesienie odwołania w dniu 24 września 2012 r. należy uznać za skuteczne.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający decyzją z dnia 14 września 2012 r., która została w dniu 18 września 2012 r. skutecznie przekazana Odwołującemu za pośrednictwem faksu, dokonał oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, wykonawcy Zachodnia Instytucja Gospodarki Budowlanej PIAST Oddział w Rawiczu 2 z cen ofertową 494.626,42 zł. Odwołujący podważał zasadność i prawidłowość wyboru powyższej oferty jako najkorzystniejszej, a także zasadność przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny oferty Odwołującego i związanych z oceną oferty Odwołującego nieprawidłowych czynności jak i zaniechań.

Odnosząc się kolejno do zarzutów, wymienionym w petitum odwołania, zauważał, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jednocześnie, zgodnie z treścią ust. 2 ww. przepisu ustawy Pzp, Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy.

Zgodnie z ww. dyspozycją przepisów ustawy Pzp Zamawiający w dniu 7 września zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie podstaw zaproponowanej ceny, zarzucając, że cena Odwołującego jest wielokrotnie niższa (co już z założenia było nieprawdziwej od cen

rynkowych samych materiałów budowlanych niezbędnych do wykonania robót objętych tą pozycją. Powyższa nieprawidłowa interpretacja sposobu oceny zaproponowanej ceny znalazła wyraz w późniejszych decyzjach Zamawiającego. Nieprawidłowość polega zarówno na tym, iż wszelkie czynniki, na które wskazywał w wyjaśnieniach Odwołujący, nie zostały uwzględnione i obiektywnie rozpatrzone. Jednocześnie nieprawidłowość polega na tym, iż Zamawiający wziął pod uwagę wyłącznie jeden ze składników cenotwórczych składających się na całkowitą cenę ryczałtową. Charakter ceny ma istotne znaczenie dla rozważań i podstaw ewentualnego uznania, że zaproponowana cena jest rażąco niska. Powyższe jednoznacznie ilustruje ustalone i jednolite orzecznictwo KIO. Tytułem przykładu przytaczał orzeczenie KIO z dnia 21.12.2010 r. o sygn. akt. KIO/UZP 2679/10, w którym stwierdzono, że:

- "1. Kalkulowanie cen jednostkowych jest uprawnieniem wykonawcy a zarazem jego obowiązkiem. Wykonawca nie musi w taki sposób ustalać cen jednostkowych, aby w każdej z tych cen zapewnić rentowność wykonania określonego elementu robót. Istotne jest aby cena całkowita oferty za przedmiot zamówienia, pokrywała koszty realizacji robót budowlanych oraz zapewniała wykonawcy nawet minimalny poziom zysku.
2. Żądanie wyjaśnień w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, nie stanowi o prawidłowym przeprowadzeniu procedury wyjaśniania ceny oferty w oparciu o wskazania art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy p.z.p., pod kątem wykazania lub wykluczenia sytuacji podania rażąco niskiej ceny.
3. Choćby nawet sama cena części oferty mogłaby być uznana za rażąco niską to żadną miarą w przyjętym kryterium nie czyniła ceny całej oferty rażąco niską.
4. Przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji".

W konsekwencji, przyjęty przez Zamawiającego, sposób badania ceny był nieprawidłowy. Zamawiający w ogóle nie wziął pod uwagę charakteru całkowitej ceny oferty, a skupił się wyłącznie na jednej z pozycji, tym niemniej, nawet gdyby pominał powyższe istotne fakty w sprawie, to uwagę zwraca brak obiektywnej oceny wyjaśnień Odwołującego, które złożył w odpowiedzi na pismo z dnia 7 września 2012 r. Zamawiający pominał istotne argumenty i fakty przemawiające za tym, że cena (nawet w tej pozycji) była obiektywnie uzasadniona. Odwołujący wskazał na obiektywne czynniki korzystne dla Odwołującego,

które umożliwiały mu zaproponowanie takich cen. Szczegółowo przedstawił swoje założenia i kalkulacje.

Jednocześnie, Zamawiający nie odczytał prawidłowo intencji zawartej w ostatnim akapicie wyjaśnienia, w którym stwierdzono, że przedstawiona kalkulacja i zawarte w niej ceny są cenami szacunkowymi i orientacyjnymi, które po dokładniejszym zapoznaniu z przedmiotem zamówienia ... mogą ulec zmianie". Przede wszystkim Odwołujący miał na uwadze charakter ceny ryczałtowej za całość realizowanego zamówienia. Tym samym poszczególne jej składniki nie były obliczone jako składniki kosztorysowe i mogły nosić ze sobą określony walor „szacunku”. W konsekwencji informacja o możliwości ich zmian, była dodatkową informacją dla Zamawiającego, tym niemniej nie wskazywała ona i nie zakładała, aby ryczałtowa cena całkowita mogła ulec zmianie. Jeśli Zamawiający tak zrozumiał intencje Odwołującego to były one błędne.

W konsekwencji, jeśli w ocenie Zamawiającego przedstawione wyjaśnienia były niewystarczające bądź budziły inne wątpliwości, powinien dodatkowo skorzystać z prawa art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem z całą pewnością należy stwierdzić, że wyjaśnienia Odwołującego nie potwierdzały, iż zastosowano rażąco niską cenę. Odwołujący zwracał uwagę, iż przepisy ustawy Pzp nie ograniczają liczby wezwań na podstawie tego przepisu. Należy również dodać, iż w ślad za ustaleniem przez Zamawiającego w SIWZ, że całkowita cena oferty ma charakter ceny ryczałtowej, nie zaś kosztorysowej, powinno być dokonane badanie i porównanie ceny całkowitej z innymi cenami zaproponowanymi przez wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Również porównanie powyższej wartości „broniloby samo przez się” ceny zaproponowanej przez Odwołującego. Porównywanie jednego ze składników cenotwórczych jest nieprawidłowe i nie powinno wpływać na ocenę ceny jako całości za realizację przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie, dokonana ocena wyjaśnień, dowodzi naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający, nie mając obiektywnych podstaw, nie uwzględnił wyjaśnień Odwołującego, które były wyczerpujące i wskazywały podstawy dla zastosowanej ceny jednostkowej. Ponadto, przyjęte przez Zamawiającego założenie, że wystarczające dla uznania rażąco niskiej ceny jest uznanie jako rażąco niskiej ceny dla jednego elementu cenotwórczego, stanowi dodatkowy dowód na naruszenie wskazanych ww. przepisów. W konsekwencji. Zamawiający naruszył również treść art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jako wynik błędnie przeprowadzonej oceny wyjaśnień i pominięcia charakteru ceny jaką ustalono w tym postępowaniu.

Jednocześnie wątpliwości, co do skuteczności odrzucenia oferty Odwołującego, budzi również brak przywołania właściwej podstawy prawnej odrzucenia oferty, którą w

sytuacji rażąco niskiej ceny był art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Powyższe uchybienie pozwala Odwołującemu zarzucić Zamawiającemu brak dokonania skutecznej czynności odrzucenia oferty i w konsekwencji brak możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, albowiem oferta Odwołującego nie została skutecznie odrzucona, tym samym na podstawie kryteriów oceny ofert, winna być uznana jako najkorzystniejsza.

W konsekwencji mając na uwadze zaistniały stan faktyczny i prawny, a także przytoczoną argumentację oraz przepisy ustawy Pzp, należy uznać, że odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Ze względu na powyższe, Odwołujący wnosił jak w odwołaniu.

Jednocześnie Odwołujący zastrzegł sobie możliwość przedstawienia dodatkowej argumentacji i dowodów w zakresie zgłoszonych zarzutów, w ramach kolejnych pism procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wniósł wpis w wysokości 10.000.00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), kopia dowodu wniesienia wpisu stanowiła załącznik do odwołania.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 24 września 2012 r.

Dnia 26 września 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne przystąpienie do postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.**

***Izba ustaliła następujący stan faktyczny.***

Odwołujący złożył ofertę z ceną brutto 326.173,25 zł. W formularzu cenowym (stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ) w części Wspólne pkt 2 „Zdemontowanie istniejącej podłogi, montaż płyt OSB, przyklejenie Finish parkietu, szlifowanie, bejcowanie i trzykrotne lakierowanie podłóg” ilość 245,35 m<sup>2</sup> Odwołujący określił cenę jednostkową netto na 90 zł, łączna wartość netto – 22.081,5 zł. Pozostali wykonawcy wycenili powyższą pozycję na



odpowiednio:

- cena jednostkowa netto – 814 zł, wartość netto: 199 714,90 zł, cena brutto za realizację zamówienia - 597.944,06 zł (wykonawca B..... D..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Techbud B..... D.....),
- cena jednostkowa netto – 558 zł, wartość netto – 136.905,30 zł, cena brutto za realizację zamówienia – 494.626,42 zł (wykonawca Zachodnia Instytucja Gospodarki Budżetowej PIAST).

Dnia 7 września 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie zasadności kalkulacji cenowej pozycji formularza cenowego zatytułowanej „Zdemontowanie istniejącej podłogi, montaż płyt OSB, przyklejenie Finish parkietu, szlifowanie, bejcowanie i trzykrotne lakierowanie podłóg” (pozycja 2 z działu „Wspólne”). Zamawiający stwierdzał, że jego zdaniem cena podana w ofercie Odwołującego jest wielokrotnie niższa od cen rynkowych samych materiałów budowlanych niezbędnych do wykonania robót objętych tą pozycją. Zamawiający wskazał, że stosowne wyjaśnienia należy złożyć do 12 września 2012 r. pod rygorem określonym w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Dnia 10 września 2012 r. Odwołujący przekazał wyjaśnienia. Stwierdzał w nich:

„W odpowiedzi na państwa pismo z dnia 7 września 2012r. dot. wyjaśnienia ceny pozycji nr 2 działu „Wspólne” w/w przetargu, chcemy na wstępie powiedzieć, że państwa obawy, co do ceny robót parkieciarskich a co za tym idzie należytego i starannego wykonania kontraktu są w naszym mniemaniu bez zasadne. Podchodząc do tego zamówienia, przetargu ze względu na wynagrodzenie ryczałtowe a nie kosztorysowe nasza firma podeszła do oferty jak i cen zawartych w formularzu cenowym bardziej obiektywnie jako do całością zamówienia a nie montażu samego tylko parkietu, nie skupialiśmy się na dokładnej i rzeczowej wycenie parkietu mając świadomość tego, że ewentualny wzrost ceny dostawy i montażu parkietu zrekompensują cena pozostałej części zamówienia. Ponad to pragniemy Państwa poinformować, że nasza firma po przez realizowane wcześniej kontrakty m.in. dla firmy Budimex S.A i zakupy dużych ilości parkietu posiadamy duże rabaty i upusty w wysokości do - 45% ceny detalicznej, zakup materiałów prowadzimy prosto od producenta bez pośredników, co dodatkowo obniża koszty materiałów jak i koszty zakupu. Roboty związane z demontażem i układaniem nowego parkietu będą prowadzone przez naszą firmę bez udziału podwykonawców, co też minimalizuje koszty. Dodatkowo na potwierdzenie powyższych słów przedstawiamy i załączamy do wyjaśnień referencje na wykonanie parkietu wystawione przez firmę Budimex S.A.

Przykładowa kalkulacja ceny zakupu bardzo dobrej jakości finisz parkietu wraz z płytą

OSB w detalu dla klienta indywidualnego i od pośredników wynosi ok 140zł brutto za m<sup>2</sup> parkietu, 16 zł brutto za m<sup>2</sup> płyty OSB przy uwzględnieniu naszych rabatów cena oscyluje w granicach ok 80zł brutto za m<sup>2</sup> parkietu i 12 zł brutto za płytę OSB, co w sumie daje cenę na poziomie ok 92 zł brutto za m<sup>2</sup> a ok 75 zł netto za m<sup>2</sup>. Zaproponowana przez nas cena 90zł w zupełności zaspokaja nasze koszty z tym związane.

Przedstawiona powyżej kalkulacja i zawarte w niej ceny są cenami szacunkowymi i orientacyjnymi, które po dokładniejszym zapoznaniu się z przedmiotem zamówienia jak i Państwa sugestiami dot. wyboru parkietu mogą ulec zmianie, jednocześnie oświadczamy, iż wszystkie roboty podlegające wyjaśnieniom w tym piśmie będą realizowane z najwyższej jakości materiałów, co będziecie państwo na bieżąco monitorować podczas realizacji. Podsumowując oświadczamy, iż zaproponowane przez nas w ceny dla poszczególnych etapów nawet w przypadku wzrostu jakości materiałów a co za tym idzie ich ceny, nie są ani nie mają wpływu na wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ".

Dnia 11 września 2012 r. Zamawiający skierował pismo do Odwołującego, w którym stwierdzał, iż po wnikliwej analizie wyjaśnienia z dnia 10 września 2012 r. musi uznać, że nie stanowi ono satysfakcjonującego wytłumaczenia rażąco niskiej ceny podanej w ofercie w pozycji kosztorysowej nr 2 działu „Wspólne”. Pozycja ta ma zasadniczy wpływ na całość wyceny ofertowej, a podana w ofercie jej cena jednostkowa 90 zł/m<sup>2</sup> powoduje, iż łączna cena oferty wypełnia, naszym zdaniem, wszelkie przesłanki do uznania jej za rażąco niską. Tym samym, na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zmuszony jest odrzucić złożoną przez Odwołującego ofertę w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne. Stwierdzał, że przed podjęciem ww. decyzji prowadził rozeznanie cen hurtowych i wysokości ewentualnie udzielanych przez te punkty dystrybucyjne rabatów dla stałych odbiorców, co po raz kolejny wykazało, że nawet przy zastosowaniu tych rabatów, ceny wszystkich materiałów niezbędnych do wykonania robót objętych kwestionowaną wyceną istotnie przewyższają podaną sumę 90 zł/m<sup>2</sup>. Zauważał, że znaczne jego zdziwienie wzbudził także ostatni akapit pisma Odwołującego, w którym zawarte było stwierdzenie „przedstawiona powyżej kalkulacja i zawarte w niej ceny są cenami szacunkowymi i orientacyjnymi, które po dokładniejszym zapoznaniu się z przedmiotem zamówienia... mogą ulec zmianie”. Uwzględniając nawet fakt, że w konsekwencji braku udziału ze strony Odwołującego w zalecanej w SIWZ wizji lokalnej w budynku, Odwołujący nie jest „dokładnie zapoznany z przedmiotem zamówienia”, przypominał o istnieniu i treści art. 144 ustawy Pzp.

Dnia 12 września 2012 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo, w którym zarzucał Zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty

Odwołującego, pomimo iż nie zaistniały przesłanki określone w tym przepisie;

- naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty, pomimo iż nie istnieją przesłanki określone w tym przepisie

Wnosił o nieważnienie czynności podjętych 11 września 2012 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wybór jego oferty ze względu na najkorzystniejszą cenę.

Wskazywał, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 11 września 2012 r. składa odwołanie od decyzji o odrzuceniu naszej oferty z ww. postępowania na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stosowne wyjaśnienia również złożył dnia 10 września 2012 r., co powinno rozwiązać już na początku wątpliwości Zamawiającego. Podnosił, że jego oferta absolutnie w żadnym stopniu nie wypełnia przesłanek jakoby zawierała rażąco niską cenę, nie jest ponad połowę niższa od szacowanej wartości zamówienia a żądanie przez Zamawiającego wyjaśnień w tym celu jest bezzasadne, zaoferowana przez Odwołującego cena wypełnia ok 66% szacowanej wartości zamówienia, co nie może być oficjalnym powodem do uznania jej za rażąco niską a tym bardziej nie jest zagrożeniem dla należytego wykonania kontraktu. Stawka roboczogodziny, którą posłużył się Odwołujący, przygotowując ofertę jest niższa niż stawka minimalna wynikająca z rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Podnosił, że może posługiwać się przy wykonaniu zamówienia osobami, do których rozporządzenie nie ma zastosowania, bo są to osoby zatrudnione na podstawie umowy o dzieło i umowy o pracę (UZP/ZO/0-2329/06), dlatego też mógł zaproponować niższą cenę wykonania zamówienia. Przypominał, iż kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest cena ogólna z formularza ofertowego, cena poszczególnych etapów robót w formularzu cenowym ma charakter pomocniczy i nie może być brana indywidualnie pod uwagę przy ocenianiu ofert a tym bardziej, iż rozliczenie za roboty jest rozliczeniem ryczałtowym za całość zamówienia a nie za poszczególne etapy jak to ma miejsce w rozliczaniu kosztorysem powykonawczym-kosztorysowym. Wskazywał, że nie rozumie na jakiej podstawie i jakimi dostępnymi narzędziami Zamawiający sprawdza i stwierdza w jakiej rzeczywistej cenie Odwołujący jest w stanie kupić m<sup>2</sup> parkietu, jest to subiektywna ocena, bo Zamawiający nie ma możliwości obiektywnego sprawdzenia cen materiałów, których Odwołujący będzie używać przy realizacji zamówienia, a nie może być formalnie przyczyną odrzucenia oferty. Odwołujący wskazywał, że jest również w stanie udowodnić stosownymi fakturami zakup parkietu. Ze względu, iż wizja lokalna formalnie była nieobowiązkowa i nie była wymagana jako załącznik do oferty, co wynikało ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a specyfikacja - rodzaj i model parkietu również nie były dokładnie uwzględnione i sprecyzowane w SIWZ, Odwołujący

wycenił tę pozycję w typowej cenie dla parkietu - 90 złm<sup>2</sup> netto, co jest ceną jak najbardziej realną, również mając świadomość tego iż ewentualny wzrost ceny będzie zrekomensowany cenami z pozostałej części zamówienia, co też uwzględnił i nie będzie zagrożeniem dla wykonania kontraktu.

Podnosił, iż po konsultacjach z firmami zewnętrznymi i zapoznaniu ich z przedmiotem zamówienia, przedstawiał Zamawiającemu przykładową kalkulację razem z cenami dla realizacji całego zamówienia (robocizna + materiał):

- renowacja wszystkich mebli w renomowanej firmie zajmującej się profesjonalnie renowacją koszt ok. 110 000,00 zł netto

- demontaż i wymiana parkietu na nowy w ilości 245,35 m<sup>2</sup> = 245,35 m<sup>2</sup> x 250 zł za m<sup>2</sup> netto = 61337,5 zł netto

- malowanie pomieszczeń, drzwi przyklejenie listew PCV i inne drobne prace wykończeniowe koszt ok 5000,00zł netto

Razem koszt wykonania całego zamówienia przez firmy zewnętrzne wynosi 176 337,5 zł netto.

Przedstawiona powyżej przykładowa kalkulacja uwzględniająca również zysk firm zewnętrznych, udowadnia, iż zaproponowana przez Odwołującego cena w ofercie jest wystarczająca dla wykonania zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wyczerpuje absolutnie znamion rażąco niskiej ceny. W przypadku nieuwzględnienia powyższych argumentów i uznawaniu naszej oferty w dalszym ciągu za odrzuconą w myśl art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp złoży zażalenie na decyzję Zamawiającego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Pismem z 14 września 2012 r. doręczonym Odwołującemu 18 września 2012 r. drogą faksową Zamawiający poinformował o wyniku postępowania (wyborze wykonawcy Zachodnia Instytucja Gospodarki Budowlanej PIAST), wskazując, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj. z uwagi na rażąco niską cenę ofertową. Informacja o wyniku postępowania nie zawierała uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

***W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła co następuje.***

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, braki formalne odwołania zostały usunięte w terminie oraz uiszczono od niego wpis. Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o

odrzućcie odwołania z uwagi na wniesienie odwołania z przekroczeniem ustawowego terminu (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający argumentował, że informację o czynności odrzucenia jego oferty Odwołujący powziął z pisma Zamawiającego z 11 września 2012 r. i powyższa data wyznacza początek biegu terminu na wniesienie odwołania (tj. od 12 września). Izba nie podzieliła tego poglądu, uznając, iż pismo z dnia 11 września 2012 r. nie dochowywało wymogów, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zawiadomienie o czynności Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty wykonawcy następuje zatem po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty i przekazywane jest wraz z pismem o wyniku postępowania. Tym samym zdaniem Izby pismo z 11 września 2012 r. należy rozpatrywać nie tyle jako informację o stanowczej i dokonanej czynności Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego, o której powzięcie wiadomości winno skutkować ewentualnym wniesieniem przez Odwołującego środka ochrony prawnej, co prezentację stanowiska Zamawiającego względem wyjaśnień otrzymanych od Odwołującego w związku z żądaniem z dnia 7 września 2012 r. i zapowiedź odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na brak satysfakcjonującego wytłumaczenia dla zaproponowanej ceny pozycji kosztorysowej nr 2 działu Wspólne mającej według Zamawiającego zasadniczy wpływ na całość wyceny ofertowej, co z kolei wypełnia przesłanki uznania ceny oferty za rażąco niską.

Odwołujący spełnia także przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył ofertę najtańszą (jedynie kryterium – cena), zatem potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu możliwość uzyskania zamówienia, której to możliwości na skutek zarzucanych Zamawiającemu nieprawidłowości został pozbawiony.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty zawarte w odwołaniu.

Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, albowiem nie istnieją przesłanki określone w tym przepisie, w sytuacji gdy Odwołujący złożył oczekiwane wyjaśnienia oraz z uwagi na fakt, że nie było podstaw, aby ocenić przedstawione wyjaśnienia jako potwierdzające, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem jego prawidłowego zastosowania poprzez nieuwzględnienie złożonych przez Odwołującego szczegółowych wyjaśnień, w których wskazano na obiektywne czynniki, metodę wykonania oraz sprzyjające Odwołującemu warunki wykonywania zamówienia, nie potwierdziły się. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu

przyjęcie nieprawidłowego sposobu oceny zaproponowanej ceny, gdyż Zamawiający wziął pod uwagę tylko jeden ze składników cenotwórczych, składających się na całkowitą cenę oferty. Zamawiający pominął ryczałtowy charakter ceny, co ma istotne znaczenie dla rozważań i podstaw uznania, że zaproponowana cena jest rażąco niska. Izba zauważa, iż treść powyższego zarzutu nie do końca jest jasna. Nie jest bowiem jednoznaczne, czy Odwołujący zarzuca wadliwość przeprowadzenia samej procedury wezwania, które nie powinno się odnosić do skonkretyzowanej pozycji kosztorysowej, lecz całej zaproponowanej ceny, czy też kwestionuje jedynie rezultat oceny wyjaśnień przeprowadzonej w oparciu o wycenę analizowanej pozycji, która stała się podstawą dla końcowego ustalenia, że cena zaoferowana za realizację zamówienia jest rażąco niska. Niezależnie od powyższej wątpliwości stwierdzić należy, iż Zamawiający wszczyna procedurę z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdy ma wątpliwości co do rzetelności skalkulowanej ceny. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 2 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1292/12: "*Ratio legis* instytucji wyjaśniania ceny oferty jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości. Dla uzyskania racjonalnej pewności, że dany wykonawca wywiąże się prawidłowo ze swego zobowiązania, posłużenie się samym kryterium arytmetycznym (relacji ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia) może być zawodne. Oczywiście i poparte doświadczeniem życiowym jest stwierdzenie, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia znajdują się w różnej sytuacji ekonomicznej i finansowej, różni ich też organizacja prowadzonych przedsiębiorstw. Cena za którą jeden wykonawca może wykonać zamówienie zgodnie z treścią zobowiązania zawartego w ofercie i osiągnąć zysk, dla innego wykonawcy będzie niewystarczająca, aby umowę w sprawie zamówienia publicznego wykonać należycie i bez straty na prowadzonej działalności gospodarczej. Skoro zamawiający powziął wątpliwości, co do ceny oferty i występuje do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, to winien w treści wezwania wskazać wykonawcy, jakich informacji oczekuje. Nakazują to zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zawarte w art. 7 ust. 1 Pzp. Żądanie wyjaśnień rodzi doniosłe skutki prawne – niezłożenie wyjaśnień przez wykonawcę lub udzielenie wyjaśnień niewystarczających prowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem wyrażanym przez Sądy Okręgowe złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nie rozpraszających wątpliwości zamawiającego zrównane jest w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle. Istotne jest zatem, aby wyjaśnienia precyzyjnie odnosiły się do kwestii istotnych dla zamawiającego. Jest to możliwe tylko wtedy, gdy z treści wezwania będzie jasno wynikać, jakie wątpliwości zamawiający powziął w toku badania wysokości ceny oferty". Zgodnie z wykładnią językową art. 90 ust. 1 ustawy Pzp punktem odniesienia przy analizie ceny oferty jest przedmiot zamówienia, tj. Zamawiający może powziąć wątpliwość, czy kalkulacja wykonania określonego istotnego zakresu przedmiotu zamówienia umożliwia

należyte wykonanie zamówienia jako całości. Skoro jego wątpliwość dotyczy sposobu wyceny określonej pozycji wpływającej w zasadniczy sposób na wycenę całego zamówienia, która to wycena znacząco odbiega od kalkulacji samego Zamawiającego i innych oferentów, w istocie nie można poczynić Zamawiającemu zarzutu, iż szczegółowo określił, jaki element wyceny oferty budzi jego wątpliwości. Pozwala to bowiem wykonawcy na precyzyjne ustosunkowanie się do wątpliwości Zamawiającego. Izba podziela co do zasady stanowisko prezentowane w przywoływanym przez Odwołującego orzecznictwie, że kalkulacja cen jednostkowych jest uprawnieniem wykonawcy i nie musi on ustalać cen jednostkowych w taki sposób, aby zapewnić rentowność wykonania każdego elementu robót, jednak powyższe winno być rozpatrywane indywidualnie, *ad casum*, jako że w szeregu stanów faktycznych zaniżona wycena określonej pozycji o znacznej wartości nie znajduje pokrycia w wycenie pozostałych pozycji, co czyni łączną cenę za wykonanie zamówienia nierealistyczną, skoro nie pokrywa ona kosztów jego wykonania. Izba zauważa, iż Odwołujący powołuje się na ryczałtowy charakter ceny oferty, ale równocześnie nie przedstawia dowodów, że zaproponowana przez niego cena istotnie zapewnia należyłą realizację zamówienia i pokrycie kosztów jego wykonania wraz z godziwym zyskiem. Pomija także okoliczność, że zaoferowana przez niego cena ryczałtowa: netto - 265 181,50 zł, brutto 326 173,25 zł różni się w zasadniczy sposób od wyceny samego Zamawiającego (netto - 406 504,06 zł, brutto – 499 999,99 zł), jak i ofert pozostałych wykonawców (netto - 402 135 zł, brutto – 494 626,42 zł oraz netto - 486 133, 38 zł, brutto – 597 944,06 zł), przy czym najbardziej istotna różnica w wycenie odnosi się właśnie do pozycji 2 działu Wspólne (pozostali wykonawcy: netto 136 905, 30 zł, netto 199 714,90 zł, Odwołujący - netto 22 081,50 zł). Należy zauważyć, że proporcje tej wyceny w stosunku do wyceny całości zamówienia w pozostałych ofertach całkowicie odbiegają od proporcji zawartej w ofercie Odwołującego. Bez stosownych dowodów nie można zatem stwierdzić, jak chce tego Odwołujący w treści odwołania, iż porównanie wartości ceny całkowitej ofert złożonych w postępowaniu "broniłoby samo przez się" ceny zaproponowanej przez Odwołującego. W ocenie Izby porównanie zarówno cen kalkulacyjnych wynikających z formularzy cenowych, jak i cen całkowitych daje wniosek całkowicie przeciwny. To Odwołujący winien szczegółowo wykazać rzetelność zaproponowanej przez siebie ceny całkowitej, skoro wycena jednej z pozycji mającej istotne znaczenie dla ostatecznej kalkulacji ceny całkowitej, tak znacząco odbiega w jego ofercie od pozostałych ofert. Takiego dowodu Odwołujący nie przeprowadził. Na rozprawie podnosił obok rzetelności dokonanej wyceny także możliwość kompensaty tej pozycji w innych pozycjach kosztorysu, bez jednak wiarygodnego i wyczerpującego w tej mierze dowodu. Biorąc pod uwagę całkowitą cenę oferty, konieczność skorzystania z pomocy zewnętrznej firmy przy renowacji mebli (co uniemożliwia ograniczenie kosztów) oraz wycenę innych

pozycji oferty na poziomie raczej minimalnym niż maksymalnym (np. malowanie ścian), Izba uznała możliwość takiej kompensaty za nieudowodnioną.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego odnośnie wadliwej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Odwołujący stwierdzał, że wyjaśnienia były wyczerpujące i wskazywały podstawy dla zastosowanej ceny jednostkowej. Zauważyć należy, że Zamawiający w piśmie z 7 września 2012 r. powołał się na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz zażądał wyjaśnienia zasadności kalkulacji cenowej pozycji formularza cenowego zatytułowanej „Zdemontowanie istniejącej podłogi, montaż płyt OSB, przyklejenie Finish parkietu, szlifowanie, bejcowanie i trzykrotne lakierowanie podłóg” (pozycja 2 z działu „Wspólne”), stwierdzając, że jego zdaniem cena podana w ofercie Odwołującego jest wielokrotnie niższa od cen rynkowych samych materiałów budowlanych niezbędnych do wykonania robót objętych tą pozycją. Odwołujący, który przedmiotową pozycję wycenił na 22 081,50 zł netto, winien zatem odnieść się szczegółowo do własnych zasad wyceny, obejmując treścią swoich wyjaśnień wszystkie elementy kwestionowanej pozycji, względnie mógł zakwestionować prawidłowość żądania Zamawiającego, wykazując, że ryczałtowy charakter ceny oraz całkowita wycena oferty umożliwiają prawidłową realizację zamówienia, niezależnie od wyceny pozycji budzącej wątpliwości Zamawiającego. Tymczasem Odwołujący w treści wyjaśnień ograniczył się do stwierdzenia, iż z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie dokonywał dokładnej i rzeczowej wyceny parkietu, mając świadomość, że ewentualny wzrost kosztów dostawy i montażu parkietu zrekompensuje cena pozostałej części zamówienia. Ponadto wskazywał na duże rabaty, które posiada na zakup parkietu. Informował także, że przy uwzględnieniu posiadanych rabatów cena m<sup>2</sup> parkietu i płyty OSB wynosić będzie około 75 zł netto za m<sup>2</sup>, a zatem cena 90 zł netto/ m<sup>2</sup> w zupełności zaspokaja koszty Odwołującego w tym zakresie. Wskazywał także na szacunkowy charakter przedstawionych cen, które po dokładniejszym zapoznaniu się z przedmiotem zamówienia i sugestiami Zamawiającego dotyczącymi wyboru parkietu mogą ulec zmianie. Należy zatem zauważyć, iż Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu wyczerpujących wyjaśnień ani w odniesieniu do kwestionowanej pozycji ani co do rzetelności kalkulacji całkowitej ceny ofertowej (pomimo że sam dopuszczał wzrost kosztów robót parkieciarskich ponad zaoferowaną przez siebie wycenę), które umożliwiłyby uznanie twierdzenia o zrekompensowaniu sobie takiej różnicy w innych częściach zamówienia za wiarygodne. Odwołujący ograniczył się tylko do wyceny samych kosztów materiałowych nabycia parkietu i płyty OSB, tymczasem zakres pozycji nr 2 jest znacznie szerszy. Obejmuje bowiem "Zdemontowanie istniejącej podłogi, montaż płyt OSB, przyklejenie Finish parkietu, szlifowanie, bejcowanie i trzykrotne lakierowanie podłóg". Wykonanie robót nią objętych wymaga zatem poniesienia nie tylko kosztów materiałowych w postaci parkietu i



plyty OSB, ale także dodatkowych choćby w postaci kleju czy bejcy. Brak powodów dla uznania, że koszty te zostały ujęte w kosztach parkietu i płyty OSB. Ponadto pozycja ta obejmuje poza kosztami materiałowymi także koszt wykonania samych robót (robocizna), do którego to kosztu Odwołujący w treści wyjaśnień w ogóle się nie odniósł. Odwołujący przedstawił dowody obrazujące koszt prac polegających na ułożeniu parkietu wykonywanych przez firmę zewnętrzną (na poziomie 50 zł/ m<sup>2</sup>), podnosząc równocześnie, że wykonuje je we własnym zakresie, a zatem koszty te są znacząco mniejsze. Nie podał jednak jednoznacznie na jakim poziomie koszty te się kształtują, ograniczając się do stwierdzenia, że koszt robocizny stanowi około 30% wartości tej pozycji. Izba podnosi, że twierdzenie to pozostało gołosłowne, a ponadto nie koresponduje z przedstawioną wyceną. Skoro bowiem sam koszt zakupu parkietu i płyty OSB kształtuje się na poziomie 75 zł netto/m<sup>2</sup>, to na wszelkie pozostałe koszty Odwołujący przeznaczył tylko 15 zł netto/m<sup>2</sup>. W treści wyjaśnień brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla realności i rzetelności tak określonego kosztu, podobnie jak brak dowodu potwierdzającego cenę materiałów przyjętą przez Odwołującego. Zamawiający w toku postępowania odwoławczego przedstawiał wyceny, zgodnie z którymi koszt wykonania zamówienia, w tym koszt materiałów, znacząco odbiegał od wyceny Odwołującego. Ponadto Odwołujący nie uczestniczył w wizji lokalnej i nie zapoznawał się bezpośrednio z przedmiotem prac. Istotnie wizja lokalna nie była obowiązkowa, a Zamawiający nie sprecyzował dokładnie jaki Finish parkiet ma zostać położony, jednak jak wskazywał Zamawiający sposób wykonania robót, w tym zastosowane materiały, muszą korespondować z wyglądem sal już wyremontowanych. Ponadto sam Odwołujący zdawał się zdawać z tego sprawę, skoro zakładał wzrost wyceny tej pozycji. Winien zatem albo uwzględnić to w jej wycenie albo w wycenie innych pozycji. Jak było to wskazane powyżej brak jest dowodu, że ustalona przez Odwołującego cena całkowita stwarza możliwość dokonania takiej kompensaty. Zdaniem Izby nie sposób uznać, aby Zamawiający nie uwzględnił obiektywnych i dostępnych dla Odwołującego czynników wpływających na wycenę, przez co naruszył art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż jedynym takim czynnikiem była możliwość uzyskania rabatów na określonym poziomie na zakup parkietu oraz płyt OSB. W pozostałym zakresie Odwołujący podnosił ryczałtowy charakter wynagrodzenia, co wpłynęło na sposób kalkulowania przez niego ceny oraz szacunkowy i orientacyjny charakter zaproponowanych cen. Nie wykazał jednak w żaden sposób, że łączna cena za wykonanie zamówienia, nawet w razie zaniżenia niektórych pozycji, umożliwia jego rzetelne wykonanie. Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z 11 września 2012 r., że wycena kwestionowanej pozycji ma istotny wpływ na całość oferty (tak wynika z wycen Zamawiającego i pozostałych wykonawców), zaś twierdzenia o jej znacznym zawyżeniu przez innych wykonawców pozostały gołosłowne. Brak przekonujących i umotywowanych wyjaśnień co do sposobu jej wyceny, jak i brak wyjaśnień co do rzetelnej wyceny całkowitej

ceny oferty, umożliwiła Zamawiającemu ustalenie, że zaproponowana cena oferty jest rażąco niska. W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył zatem ani art. 90 ust. 2 ani ust. 3 ustawy Pzp, a zarzuty w tym zakresie Odwołującego uznać należy za niezasadne.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem jego zastosowania, w sytuacji gdy w ocenie Zamawiającego przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia budziły dalsze wątpliwości co do podstaw zaproponowanej ceny, Izba uznaje za niezasadny. Należy zauważyć, że Odwołujący nie kwestionuje samego żądania wyjaśnień, nie podnosi również, że treść wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp była nieprecyzyjna przez co nie dawała Odwołującemu jasnej informacji o przedmiocie wątpliwości Zamawiającego i zakresie oczekiwanych przez niego informacji. Wskazuje jedynie, że o ile otrzymane wyjaśnienia były niewystarczające lub budziły dalsze wątpliwości co do rzetelności zastosowanej ceny, Zamawiający powinien ponownie skorzystać z instytucji przewidzianej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i zażądać uzupełniających wyjaśnień, co jest dopuszczalne zdaniem Odwołującego na podstawie tego przepisu. Odwołujący stał bowiem na stanowisku, iż wyjaśnienia przez niego przedstawione nie dawały Zamawiającemu podstaw dla ustalenia ceny rażąco niskiej. Izba podnosi, iż przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku ponawiania żądania wyjaśnień w sytuacji, gdy otrzymane od wykonawcy wyjaśnienia są ogólnikowe, mało precyzyjne czy nie odnoszą się szczegółowo do oczekiwanych przez Zamawiającego danych oferty budzących wątpliwości. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jest złożenie wyjaśnień precyzyjnych, należycie umotywowanych, rozpraszających wątpliwości Zamawiającego. W toku postępowania o udzielenie zamówienia ciężar wykazania Zamawiającemu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa bowiem na wykonawcy i jego obciąża także ryzyko niezachowania wystarczającej staranności w udzieleniu odpowiedzi na wezwanie. Pismem z 7 września 2012 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie zasadności kalkulacji cenowej pozycji formularza cenowego zatytułowanej „Zdemontowanie istniejącej podłogi, montaż płyt OSB, przyklejenie Finish parkietu, szlifowanie, bejcowanie i trzykrotne lakierowanie podłóg” (pozycja 2 z działu „Wspólne”), stwierdzając, że jego zdaniem cena podana w ofercie Odwołującego jest wielokrotnie niższa od cen rynkowych samych materiałów budowlanych niezbędnych do wykonania robót objętych tą pozycją. Zakres oczekiwanych informacji nie powinien więc budzić wątpliwości Odwołującego. Właściwą odpowiedzią na wezwanie było przedstawienie wyczerpującej i umotywowanej informacji o sposobie kalkulacji ww. pozycji, tj. wszystkich wymienionych tam elementów. Skoro Odwołujący zaniechał zadośćuczynienia wezwaniu w prawidłowy sposób, nie oznacza to nałożenia na Zamawiającego obowiązku ponownego wezwania do wyjaśnień. Takiego obligu z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wywieść nie można.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Zamawiający stwierdził rażąco niską cenę w ofercie Odwołującego, a jednocześnie gdy jest to przepis stanowiący wyłączną skuteczną podstawę do odrzucenia oferty. Zdaniem Odwołującego pozwala to zarzucić Zamawiającemu brak dokonania skutecznej czynności odrzucenia oferty i w konsekwencji nieskuteczne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert. Izba nie podziela powyższej interpretacji Odwołującego. Wynikałoby z niej bowiem, iż wadliwie podana podstawa prawna dla dokonanej czynności Zamawiającego skutkuje jej bezskutecznością. Powyższe nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. O tym, że Zamawiający określonej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokonał nie decyduje wskazanie właściwego uzasadnienia prawnego, lecz fakt jej przeprowadzenia. W ocenie Izby w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę po wyczerpaniu procedury wyjaśnień, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i po dokonaniu oceny złożonych wyjaśnień, uwzględniając stanowczą dyspozycję przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten jednoznacznie nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zawiera zatem odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Brak wyjaśnień żądanych przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty niezależnie od ustalenia wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych. Drugim przypadkiem jest natomiast ustalenie na podstawie złożonych wyjaśnień, że cena oferty jest rażąco niska. Jak było to wskazane powyżej wszczęcie procedury wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznacza, iż Zamawiający uznał, iż jego zdaniem zaproponowana w postępowaniu cena może uzasadniać przypuszczenie, że jest rażąco niska. Po stronie wykonawcy rodzi to ten skutek, że na wykonawcę nałożony jest obowiązek rzetelnego i wyczerpującego wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny. Wystąpienie przesłanki z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zachodzić będzie wówczas dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a zatem także gdy wyjaśnienia nie pozwolą Zamawiającemu na ustalenie, że kalkulacja oferty jest rzetelna. Zamawiający w piśmie z 11 września 2012 r. wyraźnie wskazał, że uzyskane wyjaśnienia nie uznał za przekonujące i w oparciu o dokonane przez siebie rozeznanie rynku przyjął ostatecznie, iż cena ofertowa wyczerpuje przesłanki do uznania jej za rażąco niską, co uzasadnia odrzucenie oferty zgodnie z cytowanym powyżej brzmieniem art. 90 ust. 3 ustawy

Pzp. Czynność Zamawiającego ma zatem umocowanie prawne w treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a brak równoczesnego powołania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp można w ocenie Izby uznać jedynie za wadę formalną. Bez wątplenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stwarzał wystarczającą podstawę prawną dla dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzała zdaniem Zamawiającego, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a samą czynność odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać za dokonaną. Możliwe zatem było skuteczne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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). Izba nakazała również zwrot kwoty 2500 zł nadpłaconego przez Odwołującego wpisu. Odwołujący uiścił wpis w wysokości 10 000 zł, co uczynił, jak stwierdził, z ostrożności procesowej, gdyby dokonana przez Zamawiającego kwalifikację rodzaju zamówienia (usługi a nie roboty budowlane) uznano za wadliwą. W ocenie Izby wysokość należnego wpisu w przedmiotowej sprawie ustalać należy w oparciu o ustalenie rodzaju zamówienia dokonane przez Zamawiającego i wynikające z treści ogłoszenia o zamówieniu, a niezasadnym byłoby obciążanie skutkami ewentualnej błędnej kwalifikacji wykonawców działających w zaufaniu do Zamawiającego i prawidłowości dokonywanych przez niego czynności. Wykonawcy mogą nie posiadać wystarczającej wiedzy o sposobie oszacowania zamówienia i przyjętych przez Zamawiającego wartościach w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma charakter zróżnicowany i obejmuje czynności kwalifikowane jako usługi oraz roboty budowlane. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 ww. 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 wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp wynosi 7 500 zł. Tym samym zwrotowi podlegała nadpłata wpisu w kwocie 2 500 zł.

**Przewodniczący:** .....