

**WYROK**  
**z dnia 16 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 listopada 2010 r. przez **Tadeusza Pawłowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Tadeusz Pawłowski, 03-481 Warszawa, ul. Szanajcy 11 m 89** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Instytut Chemii i Techniki Jądrowej, 03-195 Warszawa, ul. Dorodna 16**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Tadeusza Pawłowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Tadeusz Pawłowski, 03-481 Warszawa, ul. Szanajcy 11 m 89 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Instytut Chemii i Techniki Jądrowej, 03-195 Warszawa, ul. Dorodna 16 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczonego przez **Tadeusza Pawłowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Tadeusz Pawłowski, 03-481 Warszawa, ul. Szanajcy 11 m 89,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Instytut Chemii i Techniki Jądrowej, 03-195 Warszawa, ul. Dorodna 16** na rzecz **Tadeusza Pawłowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Tadeusz Pawłowski, 03-481 Warszawa, ul. Szanajcy 11 m 89,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu.

**Sygn. akt KIO 2392/10**

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

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Chemii i Techniki Jądrowej z Warszawy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na robotę budowlaną pn. „Wykonanie remontu i adaptacji pomieszczeń w budynku laboratoryjno-biurowym Nr 2 na terenie Instytutu Chemii i Techniki Jądrowej przy ul. Dorodnej 16 w Warszawie w ramach realizacji projektu POIG 02.01.00-14-111/09-00 *Centrum Radiochemii i Chemii Jądrowej na potrzeby energetyki jądrowej i medycyny nuklearnej*.

27 października 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – Tadeuszowi Pawłowskiemu z Warszawy prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Tadeusz Pawłowski zawiadomienie o wynikach postępowania: odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 pzp, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PROTERM spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie.

2 listopada 2010 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, któremu w tym samym dniu przekazał kopię odwołania.

Odwołujący sprecyzował w odwołaniu, iż Zamawiający naruszył wskazane poniżej przepisy ustawy pzp w następujący sposób:

1. Art. 7 ust. 1 poprzez niewłaściwą ocenę oferty złożonej przez Odwołującego w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co prowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego, mimo że oferta nie podlega odrzuceniu ponieważ w szczególności zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest ceną zaniżoną oraz jest uzasadniona przedmiotem zamówienia i planowanym nakładem prac jak również aktualną sytuacją rynkową.
2. Art. 89 ust. 1 pkt. 4 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego niepodlegającej odrzuceniu.
3. Art. 90 ust 2 i ust. 3 poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz odrzucenie oferty mimo złożenia przez Odwołującego wyjaśnień potwierdzających, że oferta Odwołującego jest prawidłowa.
4. Art. 91 ust. 1 poprzez zastosowanie kryterium oceny ofert w sposób niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej w skrócie „s.i.w.z.”);
5. Art. 7 ust. 3 poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy pzp.

## Sygn. akt KIO 2392/10

6. Wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W związku z podniesionym zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.
2. Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez PROTERM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej.
3. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł, iż w odpowiedzi na prośbę Zamawiającego o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w ofercie, złożył wyjaśnienia, w których wskazał między innymi, że stosowane przez niego ceny oparte są na wieloletnim doświadczeniu w realizacji zamówień na roboty budowlane, oraz że jest w stanie nabyć materiały i urządzenia za cenę podaną w ofercie a powyższe wpływa na możliwość wykonania zamówienia zgodnie z s.i.w.z., dokumentacją oraz zasadami sztuki budowlanej za cenę podaną w ofercie. Mimo takich wyjaśnień, treści oświadczeń Odwołującego zawartych w jego ofercie, w tym w szczególności potwierdzenia prawidłowości świadczenia usług podobnych do objętych zamówieniem, Zamawiający uznał, że złożona oferta nie może zostać uznana za prawidłową i odrzucił ją, przyjmując błędne założenie, że zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie Zamawiający użył bezpodstawnie wskaźników procentowych porównując wartość oferty Odwołującego z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu – średnią arytmetyczną pozostałych ofert nieodrzuconych. Tymczasem w postępowaniu wykonawcy złożyli oferty zawierające bardzo różne ceny, o wartościach od 5.488.685,86 zł do 12.432.895,21 zł brutto. Wskazywać to może na to, że założenia przyjęte przez Zamawiającego, w tym wartości zawarte w kosztorysie, zawierają niezgodne z rzeczywistością kryteria i wartości. Zgodnie z treścią ofert każdy z wykonawców zapewnił Zamawiającemu możliwość realizacji zamówienia zgodnie z s.i.w.z. i dokumentacją projektową.

Odwołujący wskazał, iż choć brak w przepisach definicji pojęcia „rażąco niska cena”, o tyle doktryna i orzecznictwo posługują się w miarę jednolitą interpretacją tego pojęcia, zgodnie z którą jest to *cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku* (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 września 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1803/10). Podobnie w doktrynie wskazuje się: *z wykładni językowej pojęcia wynika, że chodzi tu o przypadki dające się łatwo stwierdzić (...) w stosunku do cen rynkowych a także do wartości zamówienia (...). Możliwe jest też zastosowanie metody odniesienia w stosunku do innych podobnych*

## Sygn. akt KIO 2392/10

*przedmiotów, w tym także cen innych ofert złożonych w danym postępowaniu (S. Babiarcz. Komentarz do UPZP, Warszawa 2010, Wydanie 1). W powyższym komentarzu wskazano również, że do uznania za rażąco niską cenę nie wystarczy przyjęcie, że część oferty zawiera ceny nieuzasadnione, tak jak to uczynił Zamawiający.*

Odwołujący podniósł, iż przyjęcie przez Zamawiającego określonych wartości procentowych jako uzasadnienia odrzucenia oferty również jest bezpodstawne oraz sprzeczne z utartą linią orzeczniczą KIO. *Dla uznania że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (wyrok KIO z 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1492/08). Sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznawanie za rażąco niskie cen poniżej pewnego poziomu, np. tańszych o więcej niż 10 % od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego (wyrok KIO z 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1511/08). Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1137/08) uznano, że dla oceny czy dana cena jest rażąco niska należy uwzględnić całokształt okoliczności występujących w sprawie, w tym specyfiki rynku którego dotyczy realizowane zamówienie (charakteryzującego się np. zmianami cen, agresywną polityką ceną przedsiębiorców działających w danym segmencie rynku). Zaś zgodnie z wyrokiem KIO z 21 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 691/08) odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające. Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwalałby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Cenę tę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju usług, dostaw czy robót budowlanych, jak też wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalonej z należytą starannością (por. wyrok KIO z 16 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 671/08).*

Zdaniem Odwołującego w obecnej sytuacji rynkowej mamy do czynienia ze spadkiem wartości zamówień na roboty budowlane, spadkiem cen towarów i usług, co jest bezpośrednim efektem międzynarodowego kryzysu finansowego i kryzysu finansów publicznych. Wyższa konkurencja, mniej zleceń powoduje z kolei spadek wartości zamówień, spadek cen usług i towarów, czego efektem jest możliwość zaoferowania cen poniżej szacunków zamawiających. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia również w

## Sygn. akt KIO 2392/10

przedmiotowym postępowaniu. Trwanie Zamawiającego w przekonaniu, że powinien zastosować ceny zgodne z jego szacunkami w oparciu o nieaktualne dane rynkowe może prowadzić do niegospodarnego dysponowania środkami publicznymi. Odwołujący realizuje obecnie inne zamówienia o charakterze podobnym, gdzie zastosowane zostały podobne stawki i podobne założenia przy sporządzaniu ofert oraz, co najważniejsze, gdzie zamówienia zostały udzielone po złożeniu przez Odwołującego dokładnie takich samych wyjaśnień jak w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wskazał również, iż uzasadnienie przedstawione w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej nie zawiera wystarczającego wyjaśnienia. W szczególności zgodnie z nim, dwa elementy oferty budzą wątpliwości Zamawiającego, gdy odniesie się je do wartości wskazanych w kosztorysie. Jednak nigdzie w s.i.w.z. nie znajduje się wymóg, że poszczególne elementy oferty wykonawców muszą być zgodne z wartościami przyjętymi przez Zamawiającego. Jedynie ogólna wartość oferty jest brana pod uwagę i tylko ta wartość jest kryterium oceny a nie poszczególne fragmenty oferty.

15 listopada 2010 r. Zamawiający wniósł za pośrednictwem faksu do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W tym samym dniu odpowiedź na odwołanie została przekazana faksem również Odwołującemu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, po pierwsze, iż powziął uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości ceny oferty Odwołującego. Okolicznościami, które powinny wzbudzać podejrzenie o możliwości złożenia oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia są znaczące różnice ceny w porównaniu do: (a) szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o VAT, (b) średniej ceny grupy ofert, (c) średniej ceny rynkowej na podobny zakres zamówienia. Wystąpienie jednej z powyższych okoliczności nie musi prowadzić do powzięcia wątpliwości co do prawidłowości ceny. W sytuacji, jednak, gdy owych sygnałów jest więcej (zachodzą 2 lub 3 przyczyny wymienione powyżej), powzięcie wątpliwości powinno mieć miejsce. Potwierdzenie powyższego stanowiska można odnaleźć w orzecznictwie, w tym m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 794/08), w którym stwierdzono np. że: *„Mając powyższe na uwadze, o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp powinien decydować następujący wynik analizy złożonych ofert:*

*1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług przygotowana przez Zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę, 2) porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen, 3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych. W przedmiotowym przypadku Odwołujący złożył ofertę, której cena: jest niższa o 17 % od*

## Sygn. akt KIO 2392/10

szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej od VAT, jest niższa o 20,33 % od średniej ceny wszystkich złożonych ofert, oraz jest niższa o 31 % od średniej ceny ofert nieodrzuconych. Mając powyższe na uwadze, uzasadnione było oczekiwanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zaniechanie w tym zakresie powodowałoby tworzenie (sprzyjanie) nieuczciwej konkurencji.

Po drugie, Zamawiający podniósł, iż z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, polskich sądów powszechnych oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wynika, iż *Jeśli Zamawiający dokonał wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp – ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wezwanym wykonawcy (...)* (tak w wyroku KIO z 21 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1126/09). Ponadto z orzecznictwa wynika również, iż nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (których brak w wyjaśnieniach Odwołującego), a postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Przy czym, zamawiający powinien brać pod uwagę wszystkie obiektywne czynniki i przedłożone przez wykonawcę dowody. W tej sytuacji należy stwierdzić, iż teza zawarta w odwołaniu jest nieprawdziwa. Zamawiający powinien obiektywnie ocenić czy treść złożonych wyjaśnień oparta jest na obiektywnych przestankach i jest przekonująca, tzn. czy wykonawca udowodnił, że złożona przez niego oferta nie jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (co Zamawiający w przedmiotowym przypadku uczynił), a nie sam wykazywać, że jest ona nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia.

Po trzecie, Zamawiający wskazał, iż dokonując oceny czy oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską brał wyłącznie pod uwagę treść złożonych wyjaśnień. Odwołujący natomiast w treści wyjaśnień zawarł jedynie trzy informacje iż: 1) nie zgadza się iż podana w ofercie cena była rażąco niska; 2) jest w stanie wykonać zamówienie zgodne z SIWZ, dokumentacją oraz zasadami sztuki budowlanej za cenę podaną w ofercie; 3) od lat współpracuje z dostawcami materiałów i urządzeń różnego typu instalacji sanitarnych i elektrycznych i jestem w stanie nabyć ww. materiały i urządzenia za cenę podaną w ofercie, wśród których tylko pkt 3) może być uznany za czynnik obiektywny, który mógłby ewentualnie uzasadnić możliwość obniżenia cen rynkowych. Wypowiedź Odwołującego w wyjaśnieniu ceny miała niezwykle lakoniczną treść, zaś informacja objęta punktem 3) powyżej, zdaniem Zamawiającego nie uzasadnia sama z siebie tak rażącej dysproporcji pomiędzy ceną podaną w ofercie a cenami obowiązującymi na rynku oraz szacunkową wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego z należyłą starannością. Obecna sytuacja na rynku robót budowlanych charakteryzująca się spadkiem cen towarów i usług

## **Sygn. akt KIO 2392/10**

panuje co najmniej od początku 2009 roku, natomiast wartość szacunkowa została ustalona 9 sierpnia 2010 roku.

Podsumowując Zamawiający wskazał, iż przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego nie był sam fakt wystąpienia różnic procentowych, które dały jedynie asumpt do przypuszczeń Zamawiającego, iż cena podana przez Odwołującego w ofercie rzeczywiście może być ceną rażąco niską a domniemanie to nie zostało obalone przez Odwołującego mimo dania mu takiej szansy w postaci wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający podkreślił przy tym, iż brał pod uwagę całość zamówienia a nie tylko elementy cenotwórcze w zakresie instalacji ogrzewania i wentylacji o czym świadczy zwrot „w szczególności” zawarty w treści wezwania do wyjaśnień, który nie wyczerpuje wszystkich elementów co do których Zamawiający zażądał wyjaśnień.

Zamawiający 3 listopada 2010 r. (pismem z tej daty) przesłał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania, wzywając ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żaden z wezwanych wykonawców nie skorzystał z tego uprawnienia.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, a zatem odwołanie podlegało rozpatrzeniu.

Po ustaleniu z urzędu, iż nie została wypełniona żadna przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 31 sierpnia 2010 r. pod nr 236641 - 2010, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie na tablicy ogłoszeń w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej ([www.ichtj.waw.pl](http://www.ichtj.waw.pl)), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia 7.029.375,20 zł, co stanowi równowartość 1.831.043,29 euro.

W protokole postępowania odnotowano dodatkowo, iż dla ustalonej wartości zamówienia kwota brutto wynosi 8.575.837,75 zł.



## Sygn. akt KIO 2392/10

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, w wysokości 8.027.531,55 zł.

W postępowaniu złożono 6 ofert z następującymi cenami, uszeregowanymi od najniższej do najwyższej ceny:

- 1) 5.488.685,86 zł,
- 2) 7.133.920,44 zł (oferta Odwołującego),
- 3) 8.834.515,50 zł (oferta PROTERM),
- 4) 8.994.869,72 zł,
- 5) 10.884.078,27 zł,
- 6) 12.432.895,21 zł.

Zgodnie z postanowieniami pkt. XV.1 s.i.w.z. cena oferty stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Natomiast według postanowienia pkt. XIV.2 „łączną ceną ofertową brutto zamówienia zaoferowaną przez Wykonawcę jest cena ryczałtowa, będąca sumą arytmetyczną cen łącznych brutto z załączonych do oferty kosztorysów ofertowych – sporządzonych oddzielnie wraz z zestawami oferowanych materiałów”.

15 października 2010 r. Zamawiający skierował do Odwołującego pismo, w którym wskazał, iż „zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (...) – w celu ustalenia, czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się niniejszym o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny = 7.133.242,94 zł brutto, a w szczególności w zakresie instalacji ogrzewania i wentylacji”.

15 października 2010 r. Zamawiający skierował również do wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną pismo, w którym wskazał, iż „zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (...) – w celu ustalenia, czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się niniejszym o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny = 5.488.685,86 zł brutto, a w szczególności w zakresie:

- 1) zakładanych kosztów pracy,
- 2) materiałów,
- 3) prac wyburzeniowych i wnętrza,
- 4) instalacji ogrzewania i wentylacji włącznie z podaniem przyjętych do wyceny typów nw. urządzeń i materiałów:
  - centrala wentylacyjna z automatyką

## Sygn. akt KIO 2392/10

- kompaktowy węzeł c/o
- wentylatory chemoodporne
- panele chemoodporne
- wykładziny chemoodporne
- sufitowe panele chemoodporne.

W obu pismach Zamawiający wskazał, iż „przedmiotowe wyjaśnienia prosimy dokonać w formie określonej w SIWZ najpóźniej do dnia 21.10.2010 r. do godz. 15:00.

18 października 2010 r. Odwołujący w odpowiedzi przesłał pismo o następującej treści: „Nie uważam, aby podana przeze mnie w ofercie cena była rażąco niska. Chcę nadmienić, iż od lat współpracuję z dostawcami materiałów i urządzeń różnego typu instalacji sanitarnych i elektrycznych i jestem w stanie nabyć ww. materiały i urządzenia za cenę podaną w ofercie. Oświadczam, iż jestem w stanie wykonać zamówienie zgodnie z SIWZ, dokumentacją oraz zasadami sztuki budowlanej za cenę podaną w ofercie tj. 7.133.242,94 zł brutto.

W zawiadomieniu z 27 października 2010 r. Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego: „Wykonawca zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 15.10.2010 r. (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) udzielił wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przedstawione wyjaśnienia budzą wątpliwości Zamawiającego, ponieważ Wykonawca wraz z wyjaśnieniami nie dostarczył dowodów pozbawiając tym samym Zamawiającego możliwości brania pod uwagę obiektywnych czynników przy ocenie wyjaśnień. Tym samym ocena wyjaśnień bez możliwości przeprowadzenia analizy dowodów uniemożliwia Zamawiającemu zgodnie z art. 90 ust. 2 dokonać ich obiektywnej i pozytywnej oceny w stosunku do przedmiotu zamówienia zawartego w Dokumentacji Technicznej (DT) *Projektu remontu i adaptacji pomieszczeń budynku laboratoryjno-biurowego Nr 2*”, Tom X *Kosztorysy i specyfikacje techniczne*. Cena oferty nr 5 stanowi 69% wartości średniej ceny ofert nieodrzuconych i 83% szacunkowej ceny Zamawiającego zawartej w ww. DT. Z analizy rynku wynika, że w poszczególnych działach wchodzących w zakres robót obejmujących instalacje c/o i wentylacje występują znaczące różnice w cenach jednostkowych pomiędzy kosztorysem inwestorskim a kosztorysem Wykonawcy. Np. w dziale instalacji wentylacji technologicznej oraz w dziale instalacji ciepła technologicznego różnice wynoszą odpowiednio 69% i 77%, co świadczy o znacznym niedoszacowaniu i tym samym stanowi w ocenie Zamawiającego o rażąco niskiej cenie oferty”.

## Sygn. akt KIO 2392/10

Powyższe Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, a w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, oferty Odwołującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także na podstawie innych przywołanych w niniejszym uzasadnieniu pism i dokumentów.

**Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 31 sierpnia 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc jednocześnie szkodę. W ocenie Izby, Odwołujący legitymuje się interesem, gdyż złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert, a wobec odrzucenia przez Zamawiającego oferty z najniższą ceną stwarza mu to realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Natomiast bezpodstawne odrzucenie jego oferty naraża Odwołującego jednocześnie na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu w postępowaniu o wartości zamówienia poniżej tzw. progów unijnych (art. 180 ust. 2 pzp), Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut, iż odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp było nieuzasadnione.

## Sygn. akt KIO 2392/10

Z uzasadnienia faktycznego odrzucenia wynika, iż decyzja Zamawiającego została oparta wyłącznie na negatywnej ocenie udzielonej przez Odwołującego odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień skierowane w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Jednak to nie niewystarczająca treść samych wyjaśnień miała decydujące znaczenie dla Zamawiającego, lecz niezłączenie do nich dowodów, które mógłby poddać analizie. Zamawiający uzależnił wręcz możliwość pozytywnej oceny wyjaśnień Odwołującego od złożenia dowodów na ich poparcie. Tymczasem z przepisu art. 90 ust. 3 pzp wynika dla wykonawców wezwanych do wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 pzp nie obowiązek lecz możliwość przedstawienia takich dowodów. Ponieważ cała procedura przewidziana w art. 90 pzp ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy (zob. wyrok Sąd Okręgowy w Poznaniu z 12 czerwca 2008 roku sygn. akt XGa 140/08), sam fakt niezłączenia dowodów nie uprawniał Zamawiającego do negatywnej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień.

Z uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu wynika również, iż Zamawiający *de facto* stwierdził wystąpienie pomiędzy kosztorysem Odwołującego a kosztorysem inwestorskim znaczących różnic w zakresie cen jednostkowych dla pewnych części zamówienia – sięgających w podsumowaniu dla działu instalacji wentylacji technologicznej oraz dla działu instalacji ciepła technologicznego odpowiednio 69% i 77%. W ocenie Izby wyciągnięcie na tej podstawie przez Zamawiającego wniosku, iż cena oferty Odwołującego za wykonanie całego przedmiotu zamówienia jest rażąco niska było nieuprawnione. Z przedstawionych na rozprawie wyliczeń Zamawiającego wynika, iż udział procentowy wyżej wymienionych działów w wartości całego zamówienia wynosi w kosztorysie inwestorskim zaledwie 7,68 %, a w ofercie Odwołującego jeszcze mniej, bo 2,67 %. Biorąc pod uwagę, iż ceny ofertowe w przedmiotowym postępowaniu mają charakter ryczałtu za realizację całego przedmiotu zamówienia, takie ustalenia nie uzasadniały po stronie Zamawiającego nawet powstania wątpliwości czy cała oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do całości przedmiotu zamówienia.

Z kolei poczynione przez Zamawiającego ustalenie, iż cena oferty Odwołującego stanowi 69% „średniej ceny ofert nieodrzuconych” jest zdaniem Izby oparte na błędnym założeniu, gdyż Zamawiający z góry wyłączył z tak ustalonej średniej dwie najtańsze oferty, które zamierzał dopiero odrzucić. Taki dobór grupy ofert jest nieadekwatny w przedmiotowym postępowaniu i nie przesądza w żaden sposób, iż wyliczona w ten sposób średnia może być uznana za posiadającą walor „analizy rynku”. Natomiast przedstawione dopiero w odpowiedzi na odwołanie wyliczenie, iż cena oferty Odwołującego jest niższa o 20,33% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert samo w sobie również nie świadczy o tym, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, gdyż trudno za taką uznać cenę oscylującą w granicach 80 % tak ustalonej średniej.

Natomiast okoliczność, że cena całej oferty Odwołującego stanowi 83% ceny szacunkowej powiększonej o podatek VAT, w ocenie Izby nie uprawniało Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzywania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Z przepisu tego wynika bowiem, iż korzystanie z tego uprawnienia przez zamawiających w toku badania ofert wykonawców ograniczone jest jego ściśle określonym celem, którym jest konieczność ustalenia czy oferta danego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Zważając nadto, iż cena oferty Odwołującego stanowiła jednocześnie 89% kwoty jaką Zamawiający podał przed otwarciem ofert, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stwierdzić należy, iż nie zachodziła w tym przypadku konieczność ustalenia czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż Zamawiający nie był uprawniony do żądania w trybie art. 90 ust. 1 pzp wyjaśnień od Odwołującego, gdyż cel ich złożenia w ogóle nie zaistniał. Mimo pewnej swobody zamawiających w tym zakresie, korzystanie z instytucji wzywania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie może być bowiem zupełnie uznaniowe, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 pzp. Dowolność zamawiających we wzywaniu wykonawców do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny mogłoby prowadzić do nadużywania tej instytucji w celu odrzucenia ofert wykonawców niepożądanych z powodów pozamerytorycznych, z powołaniem się na niedostatki udzielonych wyjaśnień. Wobec stwierdzenia przez Izbę braku rzeczywistych podstaw do wezwania do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – bez znaczenia jest czy wyjaśnienia te mogłyby zostać uznane za wystarczające w świetle kryteriów wskazanych w przepisie art. 90 ust. 2 pzp w sytuacji gdyby wezwanie było uzasadnione.

W ocenie Izby, na co wskazuje treść wezwania i oświadczenia złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy, Zamawiający w niewłaściwy sposób usiłował wyjaśnić swoje wątpliwości co do zgodności realizacji przez Odwołującego zamówienia w zakresie instalacji wentylacji technologicznej oraz dla instalacji ciepła technologicznego z dokumentacją projektową. Porównanie treści wezwań skierowanych do Odwołującego i wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną wskazuje, pomimo użycia zwrotu „w szczególności”, iż wątpliwości Zamawiającego odnośnie oferty Odwołującego dotyczyły węższego zakresu – działu instalacji ogrzewania i wentylacji. Natomiast na rozprawie Zamawiający wskazał, iż jego zdaniem Odwołujący nie będzie w stanie wykonać instalacji wentylacji przestrzegając by wszystkie wykonywane prace oraz proponowane materiały odpowiadały polskim normom, posiadały niezbędne atesty, spełniały obowiązujące przepisy a także aby prace te wykonywane były zgodnie z aktualnymi Warunkami Technicznymi

## Sygn. akt KIO 2392/10

Wykonania i Odbioru Instalacji Sanitarnych wydanymi przez COBRTI INSTAL, to jest zgodnie z wytycznymi zawartymi w tomie VIII dokumentacji technicznej projektu (pkt. 3 na str. 7), uwzględniając narażenie tej wentylacji na minimum 25 substancji chemicznych wymienionych w tomie III dokumentacji technicznej (str. 26-27). W przypadku powstania takich wątpliwości Zamawiający powinien je wyjaśniać w trybie przepisu art. 87 ust. 1 pzp, a nie za pomocą wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp zostało przy tym dokonane przez Zamawiającego z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 pzp, gdyż tylko drugiemu wezwanemu wykonawcy Zamawiający ułatwił złożenie odpowiednich wyjaśnień przez wskazanie elementów, które mogłyby zostać potencjalnie uznane za obiektywne czynniki, takich jak zakładane koszty pracy czy materiałów. Również ten wzgląd przemawia za tym, iż odrzucenie oferty Odwołującego z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 3 pzp było nieprawidłowe.

Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak czynności tej winien dokonać Zamawiający wykonując niniejszy wyrok.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego miało wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 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), obciążając Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego. kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i nie uwzględniając wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, wobec braku przedłożenia do akt sprawy rachunku, czego wymaga przepis § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....