

Sygn. akt KIO/UZP 483/10

WYROK/POSTANOWIENIE

z dnia 16 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Rzońca

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie w dniu **12 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **INSTALBUD Sp. z o.o., 35-105 Rzeszów, ul. T. Boya Żeleńskiego 6a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej w Chełmku Sp. z o.o., 32-660 Chełmek, ul. Piastowska 18** protestu z dnia **4 marca 2010 r.**

~~przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX – po stronie zamawiającego*.~~

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wyjaśnienie, czy oferta konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża **Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej w Chełmku Sp. z o.o., 32-660 Chełmek, ul. Piastowska 18** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **INSTALBUD Sp. z o.o., 35-105 Rzeszów, ul. T. Boya Żeleńskiego 6a**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8044,00 zł (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej w Chełmku Sp. z o.o., 32-660 Chełmek, ul. Piastowska 18** na rzecz **INSTALBUD Sp. z o.o., 35-105 Rzeszów, ul. T. Boya Żeleńskiego 6a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **INSTALBUD Sp. z o.o., 35-105 Rzeszów, ul. T. Boya Żeleńskiego 6a**.

Uzasadnienie

Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej w Chełmku Sp. z o.o., zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na realizację zadania pn.: „Kontrakt W2 – Budowa Kanalizacji sanitarnej w Gminie Chełmek w zlewni oczyszczalni w Oświęcimiu”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 23 grudnia 2009 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 23 grudnia 2009 r. pod nr 2009/S 247-353876.

Instalbud Sp. z o.o., zwany dalej „Odwołującym”, został pismem z dnia 23 lutego 2010 r. przekazany mu faxem w dniu 24 lutego 2010r. oraz w formie pisemnej dnia 25 lutego 2010r. zawiadomiony przez Zamawiającego, iż ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Kontrakt W2 – Budowa Kanalizacji sanitarnej w Gminie Chełmek w zlewni oczyszczalni w Oświęcimiu” złożyło konsorcjum wykonawców Prim S.A., ul. Fabryczna 8, 41-404 Mysłowice oraz Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek, ul. Zawadzkiego 237, 43-229 Rudołtowice (zwane dalej konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek) oferując realizację przedmiotu zamówienia za cenę 9 276 880,00 zł. brutto.

Odwołujący wniósł pismem z dnia 22 marca 2010r. nadanym w tym samym dniu w placówce pocztowej operatora publicznego odwołanie (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 24 marca 2010r.) od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego w dniu 11 marca 2010r. (pismo rozstrzygające protest datowane na dzień 10 marca 2010r. zostało przesłane Odwołującemu faxem dnia 11 marca 2010r.) protestu z dnia 4 marca 2010r. (przekazanego Zamawiającemu faxem) następnie sprostowanego w tym samym dniu przez Odwołującego). Kopia odwołania została w dniu 22 marca 2010r. przekazana faxem Zamawiającemu.

Odwołanie zostało wniesione w zakresie, w jakim Zamawiający oddalił protest, co do zarzutów dotyczących:

- wyboru oferty konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek, podczas gdy konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek podlegało wykluczeniu z udziału w postępowaniu, wobec nie spełnienia warunku wskazanego w pkt. 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „siwz”) dotyczącego znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;

- zaniechania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej

ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podtrzymał w powyższym zakresie zarzuty protestu i rozstrzygnięciu Zamawiającego, zarzucił:

- rażąco naruszenie dyspozycji art. 90 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wszczęcia i przeprowadzenia procedury wyjaśnienia czy oferta konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo obowiązku przeprowadzenia procedury wyjaśnienia, w to miejsce bezpodstawne uznanie *a priori*, że oferta konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek nie zawiera rażąco niskiej ceny;

- naruszenie dyspozycji art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek z udziału w dalszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako nie spełniającego warunku udziału w tym postępowaniu oraz zaniechanie odrzucenia oferty tegoż Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania;

- naruszenie dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek do złożenia dokumentu w postaci opinii bankowej, potwierdzającej spełnienie warunku wynikającego z pkt 9.3 siwz dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wszczęcia i przeprowadzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp w stosunku do oferty złożonej przez konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek;

- nakazanie Zamawiającemu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentu potwierdzającego znajdowanie się przez konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zgodnie z warunkiem określonym w pkt. 9.3 siwz.

W uzasadnieniu protestu oraz odwołania Odwołujący podnosił, iż Zamawiający powinien ofertę złożoną przez konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz

Wyrobek odrzucić na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp po wcześniejszym przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w myśl dyspozycji art. 90 pkt 1 Pzp. Wskazał, iż w postępowaniu oferty złożyło łącznie siedmiu wykonawców, których ceny ofert kształtowały się następująco: 9 276 880,00 zł. (oferta nr 6), 14 188 600,00 zł. (oferta nr 4), 14 605 217,43 zł.(oferta nr 2), 14 982 210,00 zł. (oferta nr 7), 15 079 200,00 zł. (oferta nr 5), 15 203 335,00 zł. (oferta nr 3), 18 218 260,00 zł. (oferta nr 1). Odwołujący zauważył, iż z przedstawionego zestawienia cen ofert wynika, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza złożona przez konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek jest o 100% niższa od oferty konsorcjum: Hydro-Bielsko Sp. z .o.o.; Aqua System Sp. z o.o.; HMG Sp. z o.o. (oferta nr 1). Jednocześnie odbiega cenowo o ponad 60% od średniej ofert porównywalnych cenowo (oferty nr 4, 2, 7, 5,3). Dodał, iż szacunkowa wartość zamówienia określona została przez Zamawiającego na kwotę 19.980.584.23 zł., tj. o ponad 10.703.704 zł. większą od wybranej oferty.

Podniósł, iż mimo że ustawa nie określa jaką cenę oferty uznać należy za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, to powołując się na doktrynę i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, iż obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementy cenowe oferty, pojawia się, co do zasady, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia. Dodał, iż różnice cenowe pomiędzy ceną oferty wybranej a szacunkową wartością zamówienia oraz pozostałymi ofertami, są na tyle rażące, że zachodzi więcej niż uzasadnione prawdopodobieństwo, iż oferta konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek zawiera ceną rażąco niską, niewiarygodną i nierealistyczną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazał, że jeżeli Zamawiający uznałby, iż niewłaściwie oszacował wartość zamówienia, czego jednakże nie przyznał w rozstrzygnięciu protestu, winien był wziąć pod uwagę ceny ofert konkurencyjnych w tym postępowaniu – podkreślił, że cena oferty wybranej odbiega o 60% od cen innych ofert porównywalnych względem siebie cenowo.

Argumentował, iż tak niska cena oferty grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Przykładowo wskazał na wykazu cen stanowiący część oferty konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek – z którego wynika, że z 22 pozycji na które składa się cały kontrakt, pierwsze od 1 do 16 pozycji to ceny nie związane bezpośrednio z wykonaniem robót. Są to koszty projektu wykonawczego, opłat, ubezpieczeń, gwarancji, zaplecza, prób oraz inspekcji. W ofercie Odwołującego kwota łączna dla tych pozycji wynosi 1 495 999 PLN netto, w kwestionowanej ofercie kwota ta wynosi 1 300 000 PLN netto, czyli są to kwoty zbliżone. Natomiast koszty pozostałych 6 pozycji tj. montażu kanałów i pompowni wraz z odtworzeniami nawierzchni drogowych wynosi w ofercie Odwołującego 10 135 000

PLN netto, w ofercie konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek 6 304 000 PLN netto. Wyjaśnił, iż są to koszty (tj. koszty zakupu materiałów czyli rur, studni oraz pompowni a także odtworzenia robót drogowych), na które wykonawca ma niewielki wpływ. Przywołany przykład miał, w ocenie Odwołującego uzasadniać, iż Zamawiający powinien co najmniej powziąć wątpliwości co do rażąco niskiej ceny. W konsekwencji zatem Zamawiający miał obowiązek, a nie tylko uprawnienie, wszcząć procedurę z art. 90 ust. 1 Pzp w stosunku do oferty konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wszczęcie tej procedury nie przesądza jeszcze o uznaniu ceny oferty za rażąco niską, ale to wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek udowodnić, że cena oferty jest realna. Zamawiający, wbrew twierdzeniom zawartym w rozstrzygnięciu protestu, nie ma prawa przerzucać w tym zakresie ciężaru dowodu na Odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się także z argumentacją Zamawiającego zawartą w rozstrzygnięciu protestu w zakresie spełnienia przez konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto - Kompleks Grzegorz Wyrobek warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Stwierdził, iż Zamawiający doprecyzował warunek udziału w postępowaniu określony w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp wymagając w pkt. 9.3 b) siwz, aby wykonawca *„posiadał środki finansowe w wysokości co najmniej 7 600 000 PLN lub posiadał zdolność kredytową w wysokości co najmniej 7 600 000 PLN. W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawcy zobowiązani są przedłożyć informacje z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, w którym posiadają rachunek, potwierdzające posiadanie środków finansowych w wymaganej wysokości lub posiadanie przez Wykonawcę zdolności kredytowej w wymaganej wysokości”*.

Odwołujący wskazał, iż w celu wykazania spełnienia omawianego warunku niezbędne jest fizyczne władztwo nad środkami w odpowiedniej wysokości przejawiające się w możliwości bezwarunkowego rozporządzania nimi albo posiadanie zdolności kredytowej do wskazanej kwoty, analogicznie bezwarunkowej. Wskazał, iż konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek nie wykazało, iż spełnia ww. warunek, gdyż żaden dokument, a w szczególności opinia z PKO Bank Polski S.A. dotycząca Prim S.A. z dnia 13 stycznia 2010r. nie potwierdza wymaganej zdolności kredytowej. Opinia ta wskazuje wyłącznie, że spółka korzysta z kredytu w rachunku bieżącym w kwocie 7-cyfrowej w dolnym przedziale a także, że może ubiegać się o kredyt w wysokości 10 000 000,00 zł., jednak decyzja o przyznaniu takiego kredytu jest warunkowa, tj. uzależniona od bieżących

prognozowanych wyników finansowych zabezpieczenia oraz spełnienia dodatkowych warunków wymaganych przez bank.

Brak było zatem, w ocenie Odwołującego, danych pozwalających na jednoznaczne stwierdzenie, że najpóźniej na datę upływu terminu składania ofert w postępowaniu, Prim S.A. posiadała środki finansowe na swoim rachunku w wysokości co najmniej 7 600 000,00 zł. lub posiadała zdolność kredytowa w takiej wysokości. Stwierdził, iż przyznanie Prim S.A. zdolności kredytowej warunkowej nie może być uznane za spełnienie przez konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek warunku postawionego w pkt. 9.3. b) siwz. Podsumował, iż wybrane konsorcjum przedstawiło Zamawiającemu informację o stanie konta bankowego, a nie opinie bankowe gwarantujące uzyskanie środków finansowych, które spełniłyby literalnie treści zawarte w siwz.

Odwołujący wskazał także, iż żaden z pozostałych dokumentów przedłożonych wraz z ofertą tj. ani opinia z Banku BPH dotycząca Prim S.A. z dnia 4 grudnia 2009 r. ani opinia z Banku Spółdzielczego w Pszczynie dotycząca P.H.U. Auto-Kompleks Wyrobek Grzegorz z dnia 26 stycznia 2010 r., nie potwierdzają spełniania przez konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt. 9.3. b) siwz. Zatem Zamawiający powinien na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 10 Pzp wykluczyć z udziału w postępowaniu konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek, jako nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie wcześniej zastosować procedurę określoną art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu argumentował, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, iż dal 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, ale także konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. W opinii Zamawiającego Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że przy wskazanym przez Zamawiającego przedmiocie zamówienia, nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę oferowaną przez konsorcjum Prim SA. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek, że cena ta jest niewiarygodnie niska. W tym zakresie – podnosił Zamawiający – nie można się odnosić wyłącznie do wartości zamówienia, gdyż zwykle wartość oszacowywana kilka miesięcy przed ustaleniem ceny ofertowej, co także może mieć wpływ na rozbieżność pomiędzy ceną ofertową a wartością zamówienia.

Zamawiający nie uwzględnił także zarzutów Odwołującego podniesionych w proteście, a dotyczących oceny spełniania przez konsorcjum Prim SA. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek warunku posiadania środków finansowych w wysokości co najmniej 7 600 000,00 zł. lub posiadania zdolności kredytowej tej samej wysokości. W ocenie Zamawiającego przedłożona przez konsorcjum Prim SA. oraz P.H.U. Autokompleks Grzegorz Wyrobek opinia bankowa wystawiona przez PKO BP S.A. z dnia 13 stycznia 2010r.z wyraźnie wskazywała na spełnienie przez Wykonawcę warunku posiadania zdolności kredytowej na wskazanym poziomie, bowiem zawierała sformułowanie, iż „Klient może ubiegać się o kredyt w wysokości 10 000 000,00 zł.” i „posiada bieżącą zdolność kredytową.”

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia Stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust.1 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut pierwszy odwołania dotyczący naruszenie przez Zamawiającego ustawy poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśnienia czy oferta konsorcjum Prim S.A.oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w to miejsce bezpodstawne uznanie *a priori*, że oferta Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek nie zawiera rażąco niskiej ceny **potwierdził się**.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu oferty złożyło siedmiu wykonawców. Ceny ofert kształtowały się następująco: 9 276 880,00 zł. (oferta nr 6 uznana za najkorzystniejszą złożona przez konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek), 14 188 600,00 zł. (oferta nr 4), 14 605 217,43 zł.(oferta nr 2), 14 982 210,00 zł. (oferta nr 7), 15 079 200,00 zł. (oferta nr 5), 15 203 335,00 zł. (oferta nr 3), 18 218 260,00 zł. (oferta nr 1). Jak wynika z protokołu postępowania – ZP-1 pkt. 2 szacunkowa wartość zamówienia określona została przez Zamawiającego w dniu 6 sierpnia 2009r. na kwotę 19 980 584,23 zł. na podstawie kalkulacji własnej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Postępowanie związane z badaniem ceny oferty składa się z dwóch etapów – w pierwszym Zamawiający stwierdza, czy cena oferty może uzasadniać przypuszczenie, że jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powzięcie wątpliwości w tym zakresie skutkuje po stronie Zamawiającego obowiązkiem wystąpienia do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie przepisu art. 90 ust.1 ustawy. Punktem odniesienia powinna być przede wszystkim wartość szacunkowa zamówienia (powiększona o podatek od towarów i usług), o ile ustalona została przez Zamawiającego z należytą starannością oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. W niniejszym stanie faktycznym istotne jest zatem ustalenie, czy Zamawiający był zobowiązany zwrócić się do konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek o wyjaśnienie w trybie przywołanego wyżej przepisu.

Zarówno Zamawiający jak i Odwołujący nie kwestionowali zachowania należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia, zatem brak jest podstaw do przyjęcia, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego niewłaściwie. Różnica między ceną oferty konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek (9 276 880,00 zł.) a wartością zamówienia wynosi ponad 10 000 000 zł., tzn. cena kwestionowanej oferty jest blisko dwukrotnie niższa od wartości zamówienia. Ponadto oferta konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek jest o 100% niższa od oferty nr 1 złożonej przez konsorcjum Hydro-Bielsko Sp. z o.o., Aqua System Sp. z o.o., HMG Sp. z o.o. Jednocześnie odbiega cenowo o ponad 60% od średniej ofert porównywalnych cenowo (oferty nr 4,2, 7, 5,3). Ustawa jednak nie precyzuje, jaka różnica skutkuje obowiązkiem wszczęcia procedury wyjaśniającej elementy cenowe oferty.

Niezbędne jest w tym zakresie każdorazowe przeprowadzenie analizy w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Niewątpliwie jednak w niniejszym przypadku różnice zarówno między ceną oferty konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek a wartością zamówienia, jak i ceną tej oferty a cenami zaoferowanymi przez innych wykonawców są na tyle znaczące, iż po stronie Zamawiającego powinny powstać wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek. Zamawiający nie wyjaśnił ani w rozstrzygnięciu protestu ani na rozprawie, czym kierował się uznając, iż cena zaoferowana przez konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek jest realistyczna, wiarygodna

i gwarantuje realizację zamówienia z należytą starannością. Wskazał ogólnie na znaczący upływ czasu pomiędzy datą ustalania wartości zamówienia (sierpień 2009r.) a terminem składania ofert (styczeń 2010r.), co miało uzasadniać tak duże różnice cenowe. Nie potrafił jednak wyjaśnić, jakie czynniki mogły mieć wpływ na tak bardzo istotne rozbieżności cenowe np. koszty których elementów cenotwórczych czy ceny jakich materiałów uległy zmianie we wskazanym okresie. Powołał się wyłącznie na zauważoną przez siebie tendencją na rynku, iż ceny są niższe.

Za gołosłowne i nieudowodnione Izba uznała oświadczenia Zamawiającego złożone na rozprawie, iż cena konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek jest realna i wiarygodna, gdyż zbliżone ceny zostały zaoferowane za realizację innych zamówień o podobnej charakterystyce w postępowaniach realizowanym przez inne podmioty. Nawet gdyby uznać, iż istotnie ceny za realizację podobnych zamówień są zbliżone do ceny konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek, nie mogłoby to być wystarczającą podstawą do uznania, iż nie znajduje zastosowania dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy i konieczność wszczęcia procedury wyjaśnienia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Takie działanie nie znajduje uzasadnienia w świetle przywołanego przepisu, w którym wprost ustawodawca wskazał, iż ustaleń należy dokonać „w odniesieniu do przedmiotu zamówienia”, a nie cen za realizację nawet podobnych zamówień. Analiza rynku jest działaniem zasadnym, a nawet pożądanym w fazie przygotowywania postępowania, natomiast nie jest instrumentem służącym ustaleniu, czy cena oferty może być uznana za rażąco niską.

Izba podkreśla, iż drugim etapem w procesie badania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę jest analiza i ocena złożonych wyjaśnień przy zastosowaniu wytycznych wynikających z art. 90 ust. 2 ustawy - należy wziąć pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, oryginalność projektu czy wpływ pomocy publicznej. Na aprobatę zasługuje w ocenie Izby stanowisko wyrażone przez Odwołującego, że w przypadku niestwierdzenia przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny, wówczas gdyby inny wykonawca chciał taką ocenę zakwestionować, to na nim spoczywałby ciężar dowodu co do wykazania, iż złożone wyjaśnienia są niewystarczające dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 r. sygn. Akt VI Ca 464/05 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07).

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający zobligowany był przeprowadzić procedurę, o której mowa w art. 90 ust.1 ustawy i ustalić, czy cena zaoferowana przez konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia wzywając wykonawcę do udzielenia stosownych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Izba podziela pogląd Odwołującego, iż to na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy spoczywałby ciężar dowodu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Należy podkreślić, iż przeprowadzenie procedury sprawdzającej opisanej w przepisie art. 90 ust. 1 nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Jest to jednak etap konieczny, który powinien mieć zastosowanie, gdy cena budzi wątpliwości co do realności, wiarygodności, zatem gdy uzasadnione są wątpliwości, co do tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, tak jak ma to miejsce w odniesieniu do ceny oferty konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek. Dopiero analiza przedłożonych wyjaśnień może być odstawą do oceny, że oferta zawiera rażąco niską cenę, tym samym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, czy też nie.

Uwzględniając powyższą argumentację, w szczególności porównanie ceny oferty konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek z wartością zamówienia oraz cenami pozostałych ofert, w ocenie Izby Zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia procedury określonej przepisem art. 90 ust.1 Pzp w odniesieniu do oferty konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek.

Zarzut drugi odwołania dotyczący naruszenie przez Zamawiającego ustawy poprzez zaniechanie czynności wykluczenia konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek, tym samym zaniechanie czynności odrzucenia oferty tego konsorcjum, mimo że nie spełniło ono warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 9.3. b) siwz wymagającego posiadania przez wykonawcę środków finansowych w wysokości co najmniej 7 600 000,00 zł. lub posiadania zdolności kredytowej w co najmniej tej wysokości, **nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający wymagał w pkt. 9.3 b) siwz, aby wykonawca „*posiadał środki finansowe w wysokości co najmniej 7 600 000 PLN lub posiadał zdolność kredytową w wysokości co najmniej 7 600 000 PLN. W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawcy zobowiązani są przedłożyć informacje z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, w którym posiadają rachunek, potwierdzające posiadanie środków*

finansowych w wymaganej wysokości lub posiadanie przez Wykonawcę zdolności kredytowej w wymaganej wysokości”.

W celu potwierdzenia przywołanego warunku udziału w postępowaniu konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek przedłożyło wraz z ofertą m.in. opinię banku PKO Bank Polski S.A. z dnia 13 stycznia 2010r., informującą, iż Prim S.A. m.in. korzysta z kredytu w rachunku bieżącym w kwocie 7-cyfrowej w dolnym przedziale, saldo na rachunku z tytułu korzystania z kredytu w rachunku bieżącym zamyka się kwotą 7-cyfrową w dolnym przedziale po stronie WN oraz posiada bieżącą zdolność kredytową. Opinia bankowa zawiera także stwierdzenie, iż *„Klient może ubiegać się o kredyt w wysokości 10 000 000,00 PLN. Przyznanie kredytu uzależnione będzie od bieżących i prognozowanych wyników finansowych, zabezpieczenia oraz spełnienia dodatkowych warunków wymaganych przez Bank w procesie rozpatrzenia wniosku kredytowego”.*

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Analiza opinii bankowej banku PKO Bank Polski S.A. z dnia 13 stycznia 2010r., przedłożona przez konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek w celu potwierdzenia warunku opisanego w pkt. 9.3. b) siwz tj. wykazania, iż wykonawca posiada środki finansowe w wysokości co najmniej 7 600 000,00 zł. lub posiada zdolność kredytową w wysokości co najmniej 7 600 000,00 zł. potwierdza, iż konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek spełnia wskazany w pkt. 9.3. b) siwz warunek udziału w postępowaniu. Na takie ustalenia pozwala stwierdzenie, iż *„Klient może ubiegać się o kredyt w wysokości 10 000 000,00 PLN”.* Oceny Izby nie zmienia fakt, iż udzielenie kredytu wykonawcy Prim S.A. bank uzależnia od spełniania dodatkowych warunków. Także zawarte w przedmiotowej opinii bankowej informacje o kredycie w rachunku bieżącym w kwocie 7-cyfrowej w dolnym przedziale oraz saldzie na rachunku z tytułu korzystania z kredytu w rachunku bieżącym zamyka się kwotą 7-cyfrową, oraz że Prim S.A. posiada bieżącą zdolność kredytową nie sposób uznać za sprzeczne z pozostałą treścią opinii. W omawianej opinii bank szerzej opisał sytuację finansową Prim S.A. (saldo, bieżąca zdolność kredytowa, obroty zamykające się kwotą 8-cyfrową w środkowym przedziale, kredyt w rachunku bieżącym, terminowość regulowania zobowiązań) – informacje te jednak nie wyłączają prawdziwości oświadczenia banku, że *„Klient może ubiegać się o kredyt w wysokości 10 000 000,00 PLN”.* Izba zatem nie podziela poglądu Odwołującego, iż przywołane opinia jest wewnętrznie sprzeczna i de facto potwierdza zdolność kredytową wyłącznie w granicach kwot 7– cyfrowych w dolnym przedziale. Takiej interpretacji ww. opinii bankowej przeczy jej literalne brzmienie. Opinia

zawiera wprost stwierdzenie, iż Prim S.A. „może ubiegać się o kredyt w wysokości 10 000 000,00 PLN”.

Izba nie może zgodzić się z argumentacją Odwołującego, iż w celu wykazania spełnienia omawianego warunku niezbędne jest fizyczne władztwo nad środkami w odpowiedniej wysokości przejawiające się w możliwości bezwarunkowego rozporządzania nimi albo posiadanie zdolności kredytowej do wskazanej kwoty, analogicznie bezwarunkowej. Istotnie, przedłożona opinia uzależnia przyznanie kredytu od złożenia wniosku o kredyt oraz m.in. „od bieżących i prognozowanych wyników finansowych, zabezpieczenia jest oraz spełnienia dodatkowych warunków wymaganych przez Bank w procesie rozpatrzenia wniosku kredytowego”. Zastrzeżenia te nie mają jednak znaczenia dla stwierdzenia poprawności przedłożonego dokumentu. Przyczyną bowiem żądania przez Zamawiającego informacji o zdolności kredytowej jest sprawdzenie sytuacji finansowej potencjalnego wykonawcy zamówienia (ocena wykonawcy przez bank prowadzący jego rachunek) dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia, a nie zobowiązanie wykonawcy do zaciągnięcia kredytu. Przekonująca jest w tym zakresie argumentacja Zamawiającego zawarta w rozstrzygnięciu protestu, który słusznie zauważył, iż zdolność kredytowa to potencjalna możliwość otrzymania kredytu, a nie gwarancja bankowa, czy – jak chciałby Odwołujący – gwarancja uzyskania środków. W ocenie Izby opinia bankowa nie jest promesą udzielenia kredytu ani tym bardziej decyzją o przyznaniu kredytu w ustalonej wysokości, zatem opinia bankowa z dnia z dnia 13 stycznia 2010r wystawiona przez PKO Bank Polski S.A. na rzecz Prim S.A. potwierdza, iż konsorcjum Prim S.A. oraz P.H.U. Auto-Kompleks Grzegorz Wyrobek spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 9.3. b) siwz, tym samym nie podlega wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10, tym bardziej nie znajduje w tym zakresie zastosowania przepis art. 26 ust. 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy uwzględniając brzmienie art. 191 ust. 1a ustawy Izba stwierdziła, iż odwołanie jest uzasadnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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 w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....