

Sygn. akt: KIO/UZP 963/09

**WYROK**  
z dnia 12 sierpnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Renata Tubisz**

**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: TIWWAL Sp. z o.o., HOLMA Sp. z o.o., NEOINVEST Sp. z o.o., 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Częstochowa, 42-217 Częstochowa, ul. Śląska 11/13** protestu z dnia 25 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawcy XXXXX zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie XXXXX.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum firm: P.U.H. FUGIT Jerzy Janaszek (lider), FUGIT Sp. z o. o., Zakład Remontowo - Budowlany BUDKOM Leszek Świętek, unieważnienie czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Częstochowa, 42-217 Częstochowa, ul. Śląska 11/13** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: TIWWAL Sp. z o.o., HOLMA Sp. z o.o., NEOINVEST Sp. z o.o., 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr. (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Częstochowa, 42-217 Częstochowa, ul. Śląska 11/13** na rzecz **Konsorcjum: TIWWAL Sp. z o.o., HOLMA Sp. z o.o., NEOINVEST Sp. z o.o., 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: TIWWAL Sp. z o.o., HOLMA Sp. z o.o., NEOINVEST Sp. z o.o., 01-360 Warszawa, ul. Człuchowska 9.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na "Zaprojektowanie i wykonanie modernizacji miejskiego basenu rekreacyjnego przy ul. Dekabrystów 45 w Częstochowie, inwestycja realizowana w systemie zaprojektuj i wykonaj obiekt" (BZP nr 1, poz. 7029 z 5.05.2009 r.), w dniu 25 czerwca 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez konsorcjum firm:

- TIWWAL Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (lider),
- HOLMA Sp. z o. o.

- NEOINVEST Sp. z o. o.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem doręczonym dnia 18 czerwca 2009 r. o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej konsorcjum firm:

- P.U.H. FUGIT Jerzy Janaszek (lider),
  - FUGIT Sp. z o. o.,
  - Zakład Remontowo-Budowlany BUDKOM Leszek Świętek,
- zwane dalej "konsorcjum FUGIT.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Gminie Miasta Częstochowa naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101), to jest: art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym wyborem oferty konsorcjum FUGIT jako najkorzystniejszej oraz bezpodstawnym odrzuceniem oferty odwołującego.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny do wniesienia protestu, gdyż złożył ofertę, która zawiera najniższą cenę, jest zabezpieczona wadium na okres związania ofertą. Cena w niniejszym postępowaniu jest jedynym kryterium oceny ofert. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum FUGIT jako najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, odwołujący wskazał, że jako podstawę prawną czynności odrzucenia oferty, zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – upoważniający do odrzucenia oferty, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 90 ust. 3 Pzp - zamawiający odrzuca 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.

1. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego i dokonanej przez niego czynności odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, odwołujący w pierwszej kolejności

podniósł, że zamawiający nie może podważać prawa wykonawcy do kształtowania w ofercie wysokości ceny i warunków wykonania zamówienia w sposób pozostający w zgodzie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ"). Wyjaśnił, iż składając ofertę wziął pod uwagę wszystkie jej konieczne elementy, kierował się ponadto kryterium należytej staranności i jakości wykonywanych prac, co w konsekwencji doprowadziło do złożenia w postępowaniu oferty bardzo konkurencyjnej, która w świetle kryterium oceny ofert opisanego w SIWZ powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Nie jest bez znaczenia fakt wykonywania w ramach zamówienia projektu technicznego, co pozwala na optymalizację technologii wykonania, a co za tym idzie ceny, z jednoczesnym spełnieniem oczekiwań zamawiającego określonych w SIWZ.

2. Odwołujący wskazał na wartości ofert złożonych w niniejszym postępowaniu:

- 9 700 000,00 zł. - odwołujący
- 11.683 609,38 zł. - konsorcjum P.U.H. FUGIT ,
- 12 597 634,60 zł. - konsorcjum BP ZUR,
- 13 188 200,00 zł. - konsorcjum TRANSCOM ,
- 15 117 081,00 zł. - konsorcjum CZ.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA

Zamawiający przed otwarciem ofert oświadczył, iż jego budżet na realizację niniejszego zamówienia wynosi 10 800 000,00 PLN.

Z porównania całkowitej ceny oferty odwołującego z wartością szacunkową zamówienia, wynika, że 10-cio procentowa różnica pomiędzy ceną ofertową odwołującego, a wysokością budżetu zamawiającego nie wskazuje na złożenie oferty z rażąco niską ceną. W ocenie odwołującego, występująca w niniejszym postępowaniu ww. różnica nie dawała uzasadnionych podstaw do żądania od wykonawcy złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, mając dodatkowo na względzie fakt, iż przedmiotem zamówienia są w szczególności roboty budowlane. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09, w którym stwierdzono, że brak było podstaw do występowania do wykonawców, których oferty były najtańsze w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie elementów ceny oferty. Jak z tego wynika, nawet 30%-owa różnica pomiędzy najtańszą ofertą, a wysokością budżetu zamawiającego, nie została uznana przez skład orzekający Izby jako podstawa do żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie wspominając już o braku jakichkolwiek podstaw do uznania takiej ceny za rażąco niską. W zaistniałej sytuacji, kwestionowanie przez zamawiającego wysokości ceny oferty odwołującego, który jako jedyny spośród wszystkich wykonawców skalkulował wartość

swojej oferty dopasowując się do budżetu zamawiającego, jest zdaniem odwołującego, działaniem naruszającym przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

3. Odwołujący podniósł, że pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w art. 2 Pzp, zawierającym definicje legalne, jakimi posługuje się ta ustawa. Pojęcia tego nie definiują także regulacje wspólnotowe. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wyrok z dnia 11.04.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 273/08: "ceną rażąco niską jest: „( ), (...) cena nierealna, za którą nie można zrealizować przedmiotowego zamówienia. W innym orzeczeniu stwierdzono, iż „za ofertę z rażąco niską ceną należy uważać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia.” Punktem odniesienia dla oceny ceny rażąco niskiej jest przedmiot zamówienia i jego wartość. „Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną, niższą od wartości zamówienia, powiększona o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę" (wyrok z dn. 09.01.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 1441/07).

4. Odnosząc się do uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, odwołujący wskazał, że zamawiający w piśmie z dnia 18 czerwca 2009 r. zarzucił, iż wykonawca w swoich wyjaśnieniach dotyczących ceny, odniósł się tylko do wymienionych przez zamawiającego elementów, pomijając wyjaśnienie składników ceny oferty. Odwołujący zaprzeczył tym twierdzeniom uznając, że złożył wyjaśnienia odnośnie ceny całej oferty, a w szczególności w zakresie elementów kwestionowanych przez zamawiającego, stanowiących od 4 do 13% całej wartości oferty (wg złożonych ofert wszystkich wykonawców, średnio 8,74% wartości oferty przypada na ten zakres prac). Zamawiający nie wymagał tak szczegółowego wyjaśnienia pozostałej, większej kwotowo części zamówienia, która znacząco wpływa na wartość oferty. Podkreślił, iż ustawa Pzp nie precyzuje, jak bardzo szczegółowe mają być wyjaśnienia w zakresie ceny złożonej oferty. Sposób udzielenia wyjaśnień odwołujący uznał za prawidłowy i pozostający w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. W przekonaniu odwołującego, złożone wyjaśnienia nie zawierają zwykłych sloganów, ale odnoszą się i opisują sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, zatem charakteryzują element wymieniony w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Także dalsze wywody zamawiającego - odnośnie nierzetelnie skalkulowanej ceny oferty, uznał za chybione. Podniósł, że zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, iż cena kwestionowanej oferty jest niewiarygodna, a w szczególności grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Argumentował, że takie zarzuty godzą w interes prawny odwołującego, który w swojej dotychczasowej praktyce w zakresie przetargów publicznych, nie dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia

publicznego, co potwierdzają liczne referencje, stanowiące załączniki do oferty. Skoro spełnił wszystkie warunki udziału w niniejszym postępowaniu, zarówno ekonomiczne jak i techniczne, trudno podważać jego zdolność do wykonania zamówienia, która nie powinna budzić u zamawiającego najmniejszych wątpliwości.

5. Odwołujący uznał próbę podważania przez zamawiającego wyceny zaoferowanych elementów przedmiotu zamówienia jako całkowicie niedopuszczalną, w szczególności w świetle aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych. Wskazał na wyrok KIO z dnia 18 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 195/08, w którym stwierdzono: "do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, zawartej w niektórych pozycjach kosztorysu, Izba uznała, że w świetle art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, skutkujący obowiązkiem odrzucenia oferty, zarzut ten może być rozpatrywany w odniesieniu do całkowitej ceny oferty za przedmiot zamówienia. Zamawiający nie może odrzucić oferty odnosząc zarzut rażąco niskiej ceny wyłącznie do części zamówienia. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie zarówno w dotychczasowym orzecznictwie Zespołów Arbitrów jak i Sądów Okręgowych. W szczególności postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt II Ca 2194/05, w którym Sąd ten stwierdził, że "Oceniając tylko ten jeden element oferty zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty" oraz wyrok SO w Lublinie z dnia 24 marca 2005 r. sygn. akt II Ca 425/04, w którym Sąd uznał, że "ocena, oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę."

Zdaniem odwołującego, w uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający nie dowiódł, że za cenę w kwocie 9 700 000,00 zł. odwołujący nie jest w stanie zrealizować niniejszego zamówienia. Kwestionowanie prawa wykonawcy do przygotowania własnej, określonej wyceny elementów takich jak: plac zabaw, mała architektura, mur oporowy, nawierzchnie oraz zieleń, należy uznać za nieuprawnione. To na wykonawcy spoczywa obowiązek dokonania kalkulacji ceny w sposób należyty, co uczynił w niniejszym postępowaniu. Skoro, jak wykazywał, cena jego oferty jest tylko o 10% niższa od budżetu zamawiającego, trudno na rynku robót budowlanych poczytywać to jako zaoferowanie rażąco niskiej ceny, nierealistycznej i nie pozwalającej na wykonanie zamówienia. Także pozostałe wywody zamawiającego w zakresie stawek roboczogodziny występujących na rynku, uznał za mniemające jakiegokolwiek związku z podstawą odrzucenia oferty. Zamawiający pominął także istotną okoliczność, mianowicie fakt założenia przez odwołującego, przy dokonywaniu kalkulacji ceny oferty 7% zysku na realizacji niniejszego zadania. Zatem za nieuprawnione poczytał odwołujący twierdzenie, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku

do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 29 maja 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 466/08 „o rażąco niskiej cenie można mówić, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku.” Reasumując, odwołujący stwierdził, iż cena oferty została skalkulowana w sposób należyty, obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia wymagane w SIWZ, zatem oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 6 lipca 2009 r. zamawiający oddalił protest w całości. W uzasadnieniu swego stanowiska przytoczył następujące argumenty.

1. Zamawiający nie podważa prawa wykonawcy do kształtowania w ofercie wysokości ceny i warunków wykonania zamówienia, a jedynie kierując się należytą starannością i dbałością o interes Gminy, ma obowiązek dokonać czynności zgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych, w celu uwiarygodnienia ofert wykonawców. Dotyczy to również zamówień realizowanych w systemie projektuj i buduj, gdzie dla stworzenia równych warunków dla uczestników postępowania obowiązuje program funkcjonalno-użytkowy. Nie mógł przyjąć tłumaczenia o optymalizacji technologii wykonania, gdyż wszystkie parametry są ujęte w programie funkcjonalno – użytkowym. Chyba że "optymalizacja," na którą wskazywał odwołujący, ma polegać na zastosowaniu najważniejszych urządzeń bez wymaganych certyfikatów, lub skutkować zamianą niekorzystną dla zamawiającego.

2. Zamawiający wszczął procedurę dotyczącą rażąco niskiej ceny, kierując się wartością zadania zawartą w kosztorysie inwestorskim, wynoszącą 11.870.241,00 zł netto. Kwota podana przed otwarciem ofert może ulec zmianie w dostosowaniu do oferty wybranego wykonawcy. Gdyby zamawiający był pozbawiony takiej możliwości przy wyborze drugiej w kolejności ceny oferty, musiałby równocześnie unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, co nie miało miejsca. Kalkulacja wykonawcy nie ma polegać na "dopasowaniu do budżetu zamawiającego" - jak stwierdzono w proteście.

3. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko co do nierzetelnej kalkulacji ceny oferty odwołującego, grożącej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Wskazywał, że wykonawca w proteście nie odniósł się do uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, pomijając całkowicie wyjaśnienie różnic między cenami rynkowymi, a wyceną wszystkich elementów zamówienia w przedłożonym do oferty Harmonogramie rzeczowo - finansowym, dotyczyło to:

plac zabaw dla dzieci z urządzeniami: żaglowiec "Santa Maria" -1 szt.,

- tunel -2 szt.,

- zjeżdżalnia "Bóbr" -2 szt.,

- stolik "Trójkąt", 2 szt., wynoszących w cenie brutto 90 570 zł. Zamawiający w programie funkcjonalno-użytkowym żądał urządzeń firmy LAPPSET lub równoważnych, są to urządzenia placów zabaw stosowane w mieście z uwagi na atrakcyjność, bezpieczeństwo, trwałość i estetykę. Wartość rynkowa samego żaglowca o wymiarach 12,93 x 20,51x 10,70 m (bez pozostałych urządzeń), wynosi brutto 482 876 zł;

mała architektura: stanowisko ratownika z wyposażeniem -1 szt.,

- przebieralnie plażowe - 3 szt., ławki -10 szt.,

- kosze na śmieci -10 szt. - cena brutto 18 900 zł (oferta). Wartość rynkowa poszczególnych elementów: - kosz na śmieci 600 zł. x 10 szt. = 6 000 zł; - ławka 700 zł. x 10 szt.= 7 000 zł;

- przebieralnia plażowa 10 000 zł. x 3 szt. = 30 000 zł; wynosi łącznie 43 000 zł brutto (bez stanowiska ratownika z wyposażeniem).

W kosztorysie inwestorskim stanowisko ratownika zostało wycenione na kwotę 122 000 zł. brutto (zamawiający zaznaczył, że nie zna ceny rynkowej takiego urządzenia). Zgodnie z programem funkcjonalno – użytkowym, stanowisko to ma składać się z rozbieralnej wieży o wysokości 3 m oraz wyposażenia;

mur oporowy ok. 90 m<sup>2</sup> - cena brutto 32 400 zł (oferta). Cena rynkowa 1 m<sup>3</sup> muru oporowego z prefabrykatów żelbetowych wynosi około 1 464 zł. 90 m x 1 464 zł. = 131 760 zł brutto;

nawierzchnie z kostki betonowej grubości 6 cm i 8 cm - cena brutto 117 200 zł (oferta). Cena rynkowa nawierzchni z kostki betonowej na podsypce cementowo-piaskowej wynosi ok. 85,40 zł/m<sup>2</sup> (1296 m<sup>2</sup> + 450 m) X 85,40 zł =149 108 zł brutto;

nawierzchnia z zielenią urządzoną:

- humusowanie i obsadzenie trawą oraz sadzenie krzewów - cena brutto 37 000 zł (oferta).,cena rynkowa: - humusowania i obsadzenia trawą: 18,30 + 24,40 zł/m<sup>2</sup>, 8 430,65 m<sup>2</sup> x 18,30 zł. = 154 280 zł., - sadzenia krzewów liściastych: 73,20 zł/m<sup>2</sup>, 130,00 m<sup>2</sup> x 73,20 zł. = 9 516 zł., łącznie 163 796 zł (brutto).

Za zaniżone co najmniej dwukrotnie uznał ceny nawierzchni żwirowych i z piasku, ale z uwagi na niewielkie kwoty, w stosunku do wartości zamówienia, zamawiający nie podnosił dowodów w postaci cen rynkowych. Tymczasem kwota ujęta w harmonogramie poz. 7 na całe zagospodarowanie terenu wynosi 429 300,00 zł. (czyli mniej niż jedno urządzenie placu zabaw). W proteście nie odniesiono się do w/w elementów.

Nie bez znaczenia, jak zaznaczył zamawiający, jest fakt kalkulacji podanych cen, przy założeniu przez wykonawcę bardzo wysokich stawek czynników cenotwórczych: stawka roboczogodziny -13 /50 zł (netto), koszt pośredni - 65 % , koszt zakupu - 5 % , zysk - 7 % .



Zamawiający powołał się na okoliczność, iż w innych przetargach na roboty budowlane, stawki roboczogodziny kształtują się średnio na poziomie: 9,00 zł (netto), co również przesądza o niewiarygodności oferty konsorcjum TIWWAL. W tej sytuacji nie zgodził się z argumentacją odwołującego, że skoro zawarł on w wyliczeniu zysk - 7%, to cena nie jest rażąco niska, gdyż zysk jest skalkulowany podobnie jak pozostałe elementy oferty. Zamawiający uznał za rażąco nisko wycenione również następujące elementy oferty:

- budowa budynku wraz z instalacjami -1 506 400 + 197 300 = 1 703 700,00 zł. brutto, co daje cenę za 1 m<sup>2</sup> powierzchni w wysokości 2550,45 zł brutto (oferta), (1 703 700 zł/668 m<sup>2</sup>). Nierealności tej ceny nie trzeba zdaniem zamawiającego nawet dokumentować. Średnie ceny za 1 m<sup>2</sup> powierzchni budynków użyteczności publicznej wynoszą ponad 4 000 zł. brutto (brak odniesienia do podważanej wyceny w proteście). Z przedstawionych wyjaśnień kwestionowanego wykonawcy oraz ze złożonej oferty (harmonogramu rzeczowo-finansowego), nie wynika ujęcie w ogóle takich elementów jak:

- kolektory słoneczne "solar" -10 szt.;
- teletechnika (ESOK dla basenu otwartego, nagłośnienie, monitoring, okablowanie komputerowe i telefoniczne). W pozostałych ofertach wycena w/w elementów waha się od 247 000 zł do 569 000 zł brutto (brak odniesienia w proteście). Zamawiający wykluczył, że elementy pominięte oraz elementy, których drastycznie zaniżono ceny mieszczą się w innych pozycjach (harmonogramu), gdyż np.:
- poz. 4 harmonogramu - budowa niecki została wyceniona na 4 760 200 zł (brutto);
- poz. 6 harmonogramu - technologia wody została wyceniona na 1 694 100 zł (brutto), są to ceny niższe niż we wszystkich pozostałych ofertach.

Zamawiający zaprzeczył, jakoby prowadził procedurę dotyczącą wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, do części elementów oferty odwołującego, stanowiących niewielki procent całości. Zarzucił, że wykonawca złożył szczątkowe wyjaśnienia, które składały się głównie z deklaracji wykonania całego zakresu robót. Przedstawione postępowanie, w stosunku do całej oferty odwołującego, zdaniem zamawiającego, wykazało że cena tego wykonawcy jest nierealna, nieadekwatna do klasy i funkcji obiektu będącego przedmiotem zamówienia, a więc jest rażąco niska.

W odwołaniu wniesionym w dniu 10 lipca 2009 r., z kopią przekazaną w tym samym terminie zamawiającemu, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum FUGIT jako najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący powołał się na zagrożenie swego interesu prawnego, gdyż złożył ofertę przetargową z najniższą ceną i nadal jest uczestnikiem postępowania, a w wyniku niezgodnych z prawem działań zamawiającego i rozstrzygnięciem protestu przez oddalenie, w sposób całkowicie sprzeczny z żądaniami, wniesienie odwołania stało się konieczne.

W uzasadnieniu, odwołujący ponowił całą argumentację protestu i przywołał raz jeszcze przytoczone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, podkreślił, iż wskazany poziom rozbieżności poszczególnych zaofferowanych cen i ich rozkład nie uzasadniał nawet żądania od wykonawcy, który zaferował w tym postępowaniu najniższą cenę, wyjaśnić w trybie art. 90 ustawy Pzp. Różnice takie nie są niczym innym, jak pożądaną w zamówieniach publicznych konkurencją i nie sposób ich zakwalifikować jako negatywnego zachowania cenotwórczego wykonawcy. Argumentacja podniesiona przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, skłoniła odwołującego do wniosku, iż zamawiający nie może podważać prawa wykonawcy do kształtowania w ofercie wysokości ceny i warunków wykonania zamówienia w sposób zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz, że zamawiający stara się oczernić odwołującego swoimi spekulacjami o: "optymalizacji," "dopasowaniu do budżetu zamawiającego," "nierzetelnej kalkulacji ceny oferty, grożącej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia" (vide strona 1 i 2 rozstrzygnięcia protestu). Odwołujący zarzucił, iż w sprzeczności z powyższymi spekulacjami pozostają przepisy prawa, które w jego ocenie, w całej rozciągłości i z pełną premedytacją zamawiający ignoruje. Odwołujący powołał się na ukształtowaną linię w orzecznictwie Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej, że punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest przede wszystkim ustalona przez zamawiającego, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, czyli w sposób należyty, wartość zamówienia powiększona o podatek VAT. Konieczność uwzględnienia stawki podatku VAT wynika z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, nakazującego stosować definicję ceny, zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), zgodnie z którą cena podana przez wykonawcę musi uwzględniać stawkę podatku VAT. Drugim przyjętym w orzecznictwie i praktyce zamówień publicznych punktem odniesienia są ceny zaofferowane przez innych wykonawców w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu żaden z wykonawców nie zakwestionował prawidłowości dokonanego przez zamawiającego oszacowania wartości zamówienia. Odwołujący przytoczył stwierdzenie Zespołu Arbitrów, zawarte w wyroku o sygnaturze akt UZP/ZO 0 - 696/07 „że rozbieżności pomiędzy ceną badaną, a wartością

szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT, które uzasadniałyby zakwalifikowanie ceny jako rażąco niskiej wynoszą od 20 do 40%." Odwołujący zaproponował przeciwko próbie podważania przez zamawiającego cen pojedynczych elementów zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Ponownie w uzasadnieniu odwołania przytoczył, jak w proteście tezy z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych, opowiadające się za poglądem, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę, co zdaniem odwołującego stanowi potwierdzenie, że należy badać ogólną cenę oferty, za jaką wykonawca deklaruje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jej wyodrębnione elementy, np. ceny jednostkowe. Podstawa odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp mówi właśnie o cenie, nie zaś jej poszczególnych częściach, elementach, czy składowych. Innymi słowy, gdyby nawet uznać, że jakaś część oferty jest rażąco niska, to żadną miarą nie czyni to całej ceny oferty rażąco niską. Tak też wypowiedział się skład orzekający w sprawie sygn. akt KIO/UZP 190/08 i sygn. akt KIO/UZP 213/08 z dnia 17 marca 2008 r. „Należy wskazać, że zniżenie ceny jednostkowej w pewnych pozycjach jest dopuszczalne, w szczególności jeśli uzasadnione jest specyfiką zamówienia, a zamawiający nie wprowadził w tym zakresie żadnych obostrzeń. Ryzyko gospodarcze wykonawcy, który kalkuluje cenę ofertową w oparciu o określone przesłanki ponosi sam wykonawca, który za wskazaną cenę ofertową będzie zmuszony realizować przedmiot zamówienia. Wykonawca bierze na siebie ryzyko w związku z realizacją zdarzeń przyszłych i niepewnych (nieprzewidywalne remonty), które są przedmiotem niniejszego zamówienia." Zdaniem odwołującego, przy takich założeniach winna być oceniana możliwość zrealizowania zamówienia przez odwołującego, za podaną cenę i w tych okolicznościach nie można uznać, że cena przedmiotowej oferty jest nierealistyczna. W przekonaniu odwołującego istnieją podstawy do uznania wartości szacunkowej zamówienia, jako ustalonej przez zamawiającego w sposób prawidłowy, zatem co do zasady winna ona stanowić, po dodaniu wartości podatku VAT, odniesienie do cen zaoferowanych przez wykonawców, w przypadku ich analizy pod kątem rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż przewidziane w SIWZ pkt 12 wynagrodzenie, ma charakter ryczałtowy. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93, z późniejszymi zmianami) ten rodzaj wynagrodzenia określa w art. 632 § 1 następująco: Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac. Oprócz kosztów opracowania dokumentacji projektowej, rozbiórek, wykonania prac budowlanych, instalacyjnych, zagospodarowania terenu i wyposażenia, cena oferty zgodnie z SIWZ musi zawierać wszelkie koszty niezbędne

do zrealizowania zamówienia. Będą to między innymi następujące koszty: podatku VAT, uzyskania geodezyjnych podkładów mapowych do celów projektowych, wykonania projektu budowlanego zgodnie z ustawą Prawo budowlane wraz z wszelkimi uzgodnieniami, decyzjami, opiniami (w tym wykonanie planu bioz), pozwalającymi na uzyskanie pozwolenia na budowę, ewentualnych projektów wykonawczych, wykonania wszelkich robót budowlanych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie, wykonania wszelkich robót przygotowawczych, wykończeniowych i porządkowych, zorganizowania, zagospodarowania i późniejszej likwidacji placu budowy, zabezpieczenia placu budowy, zorganizowania i utrzymania zaplecza budowy (woda, energia elektryczna, telefon, dozоровanie budowy), odwodnienia wykopów, ewentualnego pompowania wody, wywozu nadmiaru gruntu, ewentualnej wymiany gruntu, zagęszczenia gruntu, przekopów kontrolnych, wykonania ewentualnych przekładek w przypadku kolizji z istniejącym uzbrojeniem, ewentualnej wycinki drzew, wykonania niezbędnych rusztowań, odtworzenia dróg i chodników, pełnej obsługi geodezyjnej wraz z inwentaryzacją powykonawczą" wykonania dokumentacji powykonawczej, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, i innych czynności wynikających z umowy, jak również wszelkich innych niezbędnych do wykonania i prawidłowej eksploatacji przedmiotu zamówienia. Powyższe, zdaniem odwołującego, powinno implikować po stronie zamawiającego określone zachowania, jak choćby odstąpienie od weryfikowania poszczególnych pozycji, gdyż z punktu widzenia przyjętego charakteru wynagrodzenia jest to całkowicie nieuzasadnione. Procedura badania przez zamawiającego, czy cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, winna być podporządkowana jedynie przepisowi art. 90 ust. 2 ustawy, z zastrzeżeniem podnoszonym przez odwołującego, że wszczęcie takiej procedury w okolicznościach danego postępowania było bezzasadne. Odwołujący wyraził przekonanie, że zamawiający nie dostrzegł, iż złożenie wyjaśnień należy postrzegać jako gest dobrej woli, a nie jako obowiązek wykonawcy, a wyjaśnienia te nie były lakoniczne ale obszernie, w takim zakresie jakim wymagał zamawiający. W świetle powyższego, zdaniem odwołującego, zamawiający nie udowodnił, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka, że wykonawca będzie ponosił straty na tym kontrakcie.

Z ostrożności procesowej, odnosząc się do uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, odwołujący wskazał, że jego oferta zawiera wszystkie elementy cenotwórcze. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, jakoby wyjaśnieniach dotyczących ceny, odniósł się tylko do wymienionych przez zamawiającego elementów, pomijając wyjaśnienie składników ceny oferty, gdyż złożył wyjaśnienia odnośnie całej oferty, a w szczególności właśnie w zakresie elementów, które budziły wątpliwości zamawiającego. Zwracał uwagę, że ustawa Pzp nie precyzuje, jak bardzo szczegółowe mają być wyjaśnienia w zakresie ceny złożonej oferty. Sposób udzielenia wyjaśnień odwołujący uznał za

prawidłowy i zgodny z przepisami ustawy Pzp. Wyjaśnienia, jak ocenił odwołujący, nie zawierają zwykłych sloganów, ale odnoszą się i opisują sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, zatem charakteryzują elementy wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Także dalsze wywody zamawiającego, iż cena oferty jest niewiarygodna, w szczególności grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, uznał za godzące w interes prawny odwołującego, który w swojej dotychczasowej praktyce uczestnictwa w przetargach publicznych, nie dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego. Spełnił wszystkie warunki udziału w niniejszym postępowaniu, zarówno ekonomiczne jak i techniczne, dlatego też trudno podważać jego zdolność do wykonania zamówienia, która nie powinna budzić u zamawiającego żadnych wątpliwości. Odwołujący podkreślał, iż składając ofertę, wziął pod uwagę wszystkie jej konieczne elementy, kierując się kryterium należytej staranności i jakości wykonywanych prac, co w konsekwencji doprowadziło do złożenia w postępowaniu oferty bardzo konkurencyjnej, która w świetle kryterium oceny ofert opisanego w SIWZ powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W uzasadnieniu odrzucenia oferty, zamawiający nie dowiódł w żaden sposób, że za cenę oferty w wysokości 9 700 000,00 zł., odwołujący nie jest w stanie zrealizować niniejszego zamówienia. Kwestionowanie przez zamawiającego prawa wykonawcy do przygotowania własnej, określonej wyceny elementów takich jak: plac zabaw, mała architektura, mur oporowy, nawierzchnie z kostki betonowej oraz zieleń, uznał za nieuprawnione. Podnosił, iż na wykonawcy spoczywa obowiązek dokonania kalkulacji ceny w sposób należyty, co uczynił w niniejszym postępowaniu. Skoro, jak już wykazywał powyżej, cena oferty odwołującego jest tylko o 10% niższa od budżetu zamawiającego, trudno na rynku robót budowlanych poczytywać to, jako zaoferowanie rażąco niskiej ceny, nierealistycznej i nie pozwalającej na wykonanie zamówienia. Także za chybione uznał odwołujący pozostałe wywody zamawiającego, w zakresie stawek roboczogodziny występujących na rynku i nie mające związku z podstawą odrzucenia oferty. Wskazał na pomijanie przez zamawiającego istotnych okoliczności, mianowicie faktu założenia przez odwołującego, przy dokonywaniu kalkulacji ceny oferty 7% zysku na realizacji niniejszego zadania. Zatem nieuprawnione jest, twierdzenie, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący po raz kolejny oświadczył, że cena oferty została skalkulowana w sposób należyty, obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia wymagane w SIWZ, zatem oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Na marginesie zwrócił uwagę, że procedura przewidziana w ustawie Pzp i zastosowana przez zamawiającego daje wykonawcy przez brak odpowiedzi, możliwość uchylecia się w ten sposób od uzyskania zamówienia. W niniejszym postępowaniu taka sytuacja nie zachodzi, gdyż odwołujący udzielił wyczerpujących wyjaśnień i załączył do nich dowody na możliwość

wykonania przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Ubiega się o niniejsze zamówienie składając kolejny środek ochrony prawnej. Gdyby chciał się uchylić, gdyż oferowana cena nie gwarantowałaby zysku, to nic nie stało na przeszkodzie, aby nie udzielił odpowiedzi. Odwołujący przytoczył dalsze orzecznictwo na poparcie swoich twierdzeń: wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 8 marca 2007 r. UZP/ZO/O-209/07 - „Podstawowym kryterium oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę jest stosunek ceny ofert do wartości przedmiotu zamówienia”, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 maja 2006 r. UZP/ZO/O-1488/06 – „Zgodnie z treścią art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska to cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 1 lutego 2006 r. UZP/ZO/O-239/06 – „Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, czyli cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonywania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia”, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 maja 2006 r. UZP/ZO/O-1452/06 – „W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U 2004 r. Nr 19 poz. 177) oferta podlega odrzuceniu jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. jego wartości szacunkowej, ustalonej przez zamawiającego, powiększonej o podatek VAT.” W jednym z orzeczeń Europejski Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się w sposób dalej idący, gdyż stwierdził, że o cenie rażąco niskiej nie mogą przesądzać "kryteria arytmetyczne" (wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991 roku C - 295/89).

Odwołujący podtrzymał wnioski o doprowadzenie postępowania do zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy jednak odrzucenia oferty odwołującego, zatem jest dopuszczalne na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, określone art. 187 ust. 4 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, pisma z dnia 1 czerwca 2009 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i udzielonej odpowiedzi z dnia 4 czerwca 2009 r. oraz pism stron, złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym, z oferty

odwołującego oraz oferty wybranego konsorcjum, z wyciągu z uchwały w sprawie uchwalenia budżetu miasta na 2009 r., programu funkcjonalno – użytkowego, pisma z dnia 1 czerwca 2009 r. do konsorcjum FUGIT o złożenie wyjaśnień i odpowiedzi z dnia 2 czerwca 2009 r., ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na przebudowę Młodzieżowego Domu Kultury w Częstochowie.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Strony zgodnie oświadczyły, że okres związania ofertą jeszcze nie upłynął, a oferty odwołującego oraz wykonawcy wybranego nadal pozostają zabezpieczone wadium. Odwołujący nie skorzystał z dyspozycji art. 46 ust. 2 pkt 3 Pzp.

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

Szacunkową wartość przedmiotu zamówienia, zamawiający ustalił na kwotę 11 870 241,00 zł. (równowartość kwoty 3 061 628,79 euro). Jedyne kryterium oceny ofert stanowiła cena.

W postępowaniu zostało złożonych 5 ofert:

Oferta nr 1 konsorcjum:- TIWWAL Sp. z o.o. - HOLMA Sp. z o.o. - NEOINVEST Sp. z o. o., podająca cenę brutto 7 900 000,00 zł., odwołującego - została odrzucona.

Oferta nr 2 konsorcjum: - P.U.H. FUGIT Jerzy Janaszek (lider), - FUGIT Sp. z o.o. - Zakład Remontowo-Budowlany BUDKOM Leszek Świątek, podająca cenę brutto 11 683 609, 38 zł., została wybrana jako najkorzystniejsza.

Oferta nr 3 konsorcjum: - Cz.P.B.P Przemysłówka S.A - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Interm M. Krawczyk, podawała cenę brutto 15 117 081,00 zł.

Oferta nr 4 konsorcjum: - Przedsiębiorstwo Budowlane ZUR Sp. z o.o. - Bud Serwis S. Deka, R. Deka Sp. J., podawała cenę brutto 12 597 634,60 zł.

Oferta nr 5 konsorcjum: - PPU-H Transcom Sp. z o.o. - Korporacja Budowlana Budmax Sp. z o.o., podawała cenę brutto 13 188 200,00 zł.

Zamawiający w punkcie 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł opis, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie modernizacji basenu rekreacyjnego przy ul. Dekabrystów 45 w Częstochowie. Inwestycja realizowana w systemie zaprojektuj i wykonaj obiekt. W zakresie zamówienia przewidziano wykonanie dokumentacji projektowej modernizacji miejskiego basenu rekreacyjnego wraz z uzyskaniem niezbędnych decyzji administracyjnych, w zakresie umożliwiający uzyskanie pozwolenia na budowę oraz

wykonanie robót budowlanych. Dokumentację należy wykonać w oparciu o „program funkcjonalno – użytkowy modernizacji basenu rekreacyjnego, będący w posiadaniu zamawiającego. W SIWZ punkt 3.1.b określono zakres robót budowlanych:

- rozbiórka istniejących obiektów urządzeń, ogrodzenia i przyłączy;
- budowa budynku zaplecza szatnie, sanitariaty, pomieszczenia techniczne, lokal gastronomiczny;
- budowa basenu rekreacyjnego i brodzika dla dzieci wraz z urządzeniami i atrakcjami;
- przebudowa infrastruktury podziemnej i przyłączy oraz wykonanie instalacji wewnętrznych;
- zagospodarowanie terenu wokół budynku zaplecza, basenu i brodzika;
- inne prace, które będą wynikać z opracowanej przez wykonawcę szczegółowej dokumentacji projektowej.

Wycena winna być poprzedzona wizją lokalną i powinna uwzględniać wszystkie koszty i czynności niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z prawem i najlepszą wiedzą techniczną i obejmuje:

- przygotowanie inwestycji;
- wykonanie projektu budowlano – wykonawczego,
- uzyskanie stosownych pozwoleń oraz uzgodnień;
- uzyskanie geodezyjnych podkładów mapowych do celów projektowych;
- opracowanie informacji BIOZ;
- wykonanie prac rozbiórkowych i demontażowych,
- wykonanie prac budowlano – montażowych;
- dostarczenie instrukcji obsługi, przeszkolenie załogi, serwis i gwarancja urządzeń.

W punkcie 5 SIWZ - Inne wymagane dokumenty, zamawiający żądał przedstawienia harmonogramu rzeczowo – terminowo – finansowego, zawierającego wszystkie koszty, składające się na cenę oferty, niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia z ich podziałem na poszczególne etapy, które mogą stanowić osobny element odbioru częściowego i z uwzględnieniem terminów realizacji każdego z tych elementów. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do zmiany przedstawionego w ofercie wykonawcy harmonogramu rzeczowo - terminowo - finansowego, w zależności od wysokości środków finansowych. W punkcie 12 SIWZ zamawiający cenę oferty określił jako ryczałtową, w związku z czym cena oferty musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia: podatku VAT, uzyskania geodezyjnych podkładów mapowych do celów projektowych, wykonania projektu budowlanego zgodnie z ustawą Prawo budowlane wraz z wszelkimi uzgodnieniami, decyzjami, opiniami (w tym wykonanie planu bioz), pozwalającymi na uzyskanie pozwolenia na budowę, ewentualnych projektów wykonawczych (jak wyjaśnił zamawiający na rozprawie, o ile uzna taką potrzebę),



wykonania wszelkich robót budowlanych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie, wykonania wszelkich robót przygotowawczych, wykończeniowych i porządkowych, zorganizowania, zagospodarowania i późniejszej likwidacji placu budowy, zabezpieczenia placu budowy, zorganizowania i utrzymania zaplecza budowy (woda, energia elektryczna, telefon, dozоровanie budowy), odwodnienia wykopów, ewentualnego pompowania wody, wywozu nadmiaru gruntu, ewentualnej wymiany gruntu, zagęszczenia gruntu, przekopów kontrolnych, wykonania ewentualnych przekładek w przypadku kolizji z istniejącym uzbrojeniem, ewentualnej wycinki drzew, wykonania niezbędnych rusztowań, odtworzenia dróg i chodników, pełnej obsługi geodezyjnej wraz z inwentaryzacją powykonawczą" wykonania dokumentacji powykonawczej, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, i innych czynności wynikających z umowy, jak również wszelkich innych niezbędnych do wykonania i prawidłowej eksploatacji przedmiotu zamówienia.

W załączniku nr 1 do SIWZ wzorze umowy § 1 ust. 2, zamawiający zastrzegł sobie, że roboty budowlane wchodzące w zakres umowy, należy wykonać według sporządzonej i zaakceptowanej przez zamawiającego dokumentacji projektowej. Roboty muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami oraz postanowieniami umowy. Zgodnie z § 5 pkt 1.1 wzoru umowy, zamawiający zobowiązał się między innymi dostarczyć w dwóch egzemplarzach program funkcjonalno – użytkowy, w terminie 5 dni od daty podpisania umowy (w trakcie rozprawy zamawiający wyjaśnił, że program ten, bez części kosztorysowej, został wykonawcom udostępniony do celów sporządzenia oferty). W formularzu oferty, pkt 8 wykonawca składał oświadczenie, że zapoznał się z programem funkcjonalno – użytkowym i przyszłym placem budowy.

Odwołujący w dokumentacji oferty zawarł wymagany harmonogram rzeczowo – terminowo – finansowy, gdzie wyszczególnił etapy prac, ich umiejscowienie w czasie oraz wartość, ujmując następujące pozycje:

- prace projektowe – 282 700,00 zł,
- prace rozbiórkowe – 356 400,00 zł,
- budowa budynku – 1 506 400,00 zł,
- budowa niecki – 4 760 200,00 zł,
- instalacje w budynku – 197 300,00 zł,
- technologia wody – 1 694 100,00 zł,
- zagospodarowanie terenu – 429 300,00 zł,
- przyłącza – 473 600,00 zł.

Łączna wartość brutto 9 700 000,00 zł.

Pismem z dnia 1 czerwca 2009 r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w związku z faktem złożenia oferty z niską ceną w porównaniu z cenami pozostałych wykonawców, jak również z wartością szacunkową oraz kwotą jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. W szczególności do przedstawienia kosztów wykonania następujących elementów:

- placu zabaw dla dzieci z urządzeniami: żaglowiec "Santa Maria" -1 szt., tunel -2 szt.,
- zjeżdżalnia "Bóbr" -2 szt., stolik "Trójkąt", 2 szt.
- ogrodzenia systemowego,
- małej architektury: stanowisko ratownika z wyposażeniem -1 szt.,
- przebieralni plażowych -3 szt., ławek -10 szt., koszy na śmieci -10 szt.
- muru oporowego ok. 90 m<sup>2</sup>
- nawierzchni z kostki betonowej grubości 6 cm i 8 cm
- nawierzchni z zielenią urządzoną w tym:
  - humusowania i obsadzenia trawą oraz sadzenie krzewów,
  - sadzenia krzewów liściastych,
  - nawierzchni żwirowych i z piasku.

Pismem z dnia 4 czerwca 2009 r. odwołujący udzielił odpowiedzi na wyżej przytoczone pytanie. Podał koszty wykonania elementów, które zostały wprost wymienione w zapytaniu. Wymienił czynniki cenotwórcze: stawka roboczogodziny 13,50 zł,- koszty pośrednie -65%,- koszty zakupu -5%,- zysk – 7%.

Przedstawił tabelę, w której podał koszty brutto w rozbiciu na: prace projektowe, prace rozbiórkowe, budowę budynku, budowę niecki, instalacje w budynku, technologię wody, zagospodarowanie terenu, przyłącza, z sumą kosztów – 9 096 100,00 zł.

Jako elementy mające wpływ na wysokość ceny, odwołujący wymienił:

1. duże doświadczenie w realizacji podobnych obiektów, które zostało udokumentowane referencjami, wykazami robót zrealizowanych i w trakcie realizacji. Podał, że jako duży odbiorca materiałów budowlanych otrzymuje rabaty cenowe, ponadto posiada zapasy materiałowe, które zamierza wykorzystać;
2. własny sprzęt specjalistyczny oraz posiadane zaplecze parku maszynowego;
3. wykwalifikowana, stabilna kadra z dużym doświadczeniem, wynosząca ponad 100 osób w tym 40 osób z wyższym wykształceniem technicznym różnych specjalności.

Reasumując odwołujący stwierdził, iż zaoferowana cena wynika z doświadczenia firmy, własnej bazy technicznej, własnej kadry, zabezpieczenia finansowego i ekonomicznego, niskich kosztów ogólnych oraz innych podanych czynników, zatem cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 2 Pzp wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego na etapie dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym, jeżeli jak w tym postępowaniu, przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Z definicji art. 31 ust. 3 Pzp, wynika, iż program funkcjonalno – użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, materiałowe i funkcjonalno – użytkowe. Szczegółowe postanowienia odnoszące się do programu funkcjonalno – użytkowego zawiera Rozdział 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego. (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.). Opis wymagań zawarty w ww. programie obejmuje również podanie wskaźników ekonomicznych, odnoszących się np. do nieprzekraczalnych kosztów zamierzonej inwestycji (zamawiający nazwał tą część programu kosztorysem inwestorskim). Stosownie do art. 32 ust. 1 Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Zgodnie z art. 35 ust. 1 Pzp, ustalenia wartości zamówienia, dokonuje się nie wcześniej, niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Program funkcjonalno – użytkowy, na podstawie którego zamawiający sporządził kosztorys inwestorski i oszacował wartość zamówienia został opracowany na początku roku 2009, a więc obejmował ceny produkcji budowlano montażowej z okresu poprzedzającego. W budżecie miasta Częstochowy na rok 2009, zabezpieczona jest ogółem na wymieniony cel kwota 11 000 000,00 zł. Realizując obowiązek nałożony przepisem art. 86 ust. 3 Pzp, przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę 10 800 000,00 zł., jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia łącznie z podatkiem VAT. Kwota ta jest niższa, w stosunku do wartości szacunkowej, wynoszącej netto (bez podatku VAT 11 870 241,00 zł. ustalonej częścią kosztorysową programu funkcjonalno - użytkowego). Zamawiający wyjaśnił, że decyzja o obniżeniu kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie inwestycji, podyktowana była zarezerwowaniem kwoty 200 000,00 zł. na obsługę inwestycji, a ponadto wyjaśnił, że budżet ten został przyjęty uchwałą Rady Gminy w grudniu 2008 r. i w tej pozycji będzie podlegał korekcie, stosownie do ceny przyjętej oferty. Cena oferty odwołującego, wynosząca brutto 9 700 000,00 zł. jest

niższa o 2 100 241,00 zł. od wartości szacunkowej i niższa o 1 100 000,00 zł. od podanej kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Ceny ofert w tym postępowaniu zostały określone w granicach od 9 700 000,00 zł. do 15 117 081,00 zł. Różnica między ceną brutto oferty odwołującego, a ceną oferty wybranego konsorcjum FUGIT – 11 683 609,38 zł. wynosi 1 983 609,38 zł. Porównanie to daje obraz, iż zanotowane różnice nie musiały wprost prowadzić do wniosku, iż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie on uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przepis ten nie nakłada żadnych warunków, kiedy postępowanie takie może być zasadnie zainicjowane, zatem należy przyjąć, iż pozostaje to w sferze decyzji zamawiającego, opartej na dokumentacji postępowania oraz znajomości relacji cen rynkowych. Odwołujący podporządkował się wezwaniu, złożył żądane wyjaśnienia, zatem nie może obecnie powoływać się na okoliczność, iż zamawiający bezpodstawnie zastosował wobec jego oferty dyspozycję art. 90 ust. 1 Pzp i wszczął procedurę dotyczącą wyjaśnienia wysokości ceny. Ponadto zarzut taki, na obecnym etapie postępowania należy uznać za spóźniony. Przepis art. 90 ust. 2 Pzp za obiektywne czynniki rzutujące na cenę oferty, pozwala przyjmować przykładowo: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy raz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Należy uznać, że odwołujący złożył kompletne wobec treści zapytania, wyjaśnienia pismem z dnia 4 czerwca 2009 r. podając elementy oferty mające wpływ na wysokość całkowitej ceny, występujące w warunkach funkcjonowania jego przedsiębiorstwa i odpowiadające wskazaniom art. 90 ust. 2 Pzp, do których zaliczył:

- duże doświadczenie przy realizacji podobnych obiektów,
- własny sprzęt i bazę oraz posiadane zapasy materiałowe,
- wykwalifikowaną i stabilną kadrę,
- pełne zabezpieczenie finansowe,
- dużą skalę prowadzonej działalności, pozwalającą na optymalizację kosztów stałych, także uzyskiwanie upustów u dostawców materiałów.

Izba z oczywistych względów podziela stanowisko odwołującego, że badanie oferty w celu stwierdzenia, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, należy odnosić do całościowego kosztu realizacji zamówienia, gdyż przepis art. 90 ust. 1 Pzp wprost mówi „o ustaleniach czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Także przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nakazuje odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Interpretację taką, potwierdza licznie przytoczone przez odwołującego orzecznictwo, tak Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych.

Z powyższego wynika, że zamawiający nie jest uprawniony aby formułować zarzuty rażąco niskiej ceny oferty w sytuacji, gdy kwestionuje w ogólności ujęcie w kalkulacji kosztów niektórych wyodrębnionych elementów przedmiotu zamówienia, czy ewentualnie odnoszącą się do nich wycenę, a więc podnosi zarzuty wobec części oferty. Nawet, gdy kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części, odbiega od cen rynkowych, nie świadczy to o rażąco niskiej cenie całej oferty. Izba wzięła pod uwagę, że zamówienie ma być realizowane w formule „zaprojektuj i buduj, ” pozwalając na przyjęcie szczegółowych rozwiązań technicznych w dokumentacji projektowej, umożliwiających optymalizację kosztów technologii wykonania, na etapie realizacji inwestycji. Za uprawnione należy uznać takie kalkulowanie cen, które ujmuje aspekty techniczno – technologiczne, organizacyjno - logistyczne czy ekonomiczne, przy uwzględnieniu posiadanych zasobów materiałowych, osobowych i sprzętowych, na które w swoich wyjaśnieniach wskazywał odwołujący. Nie bez znaczenia dla sprawności realizacji i ponoszonych kosztów jest udokumentowanie przez odwołującego posiadania doświadczenia przy opracowywaniu dokumentacji projektowej, jak i realizacji inwestycji o charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia odwołującego potwierdzają załączone do formularza oferty dokumenty wykazu robót oraz udzielonych referencji, które między innymi obejmują:

- zaprojektowanie i wybudowanie kompleksu basenowego z wykorzystaniem źródeł termalnych w Mszczonowie w latach 2007 – 2008, w skład parku wodnego wchodziły 4 baseny z wyposażeniem o objętości 1343 m<sup>3</sup>, w tym jeden całoroczny, kryte lodowisko 870 m<sup>3</sup>, zespół kolektorów słonecznych o powierzchni 600 m<sup>2</sup>, stacja uzdatniania wody, fontanna schładzająca, plaże trawiaste sztucznie nawadniane o powierzchni 11 163 m<sup>2</sup>, 3 boiska, parkingi i drogi wewnętrzne o powierzchni 6883 m<sup>2</sup>, zespół zjeżdżalni i plac zabaw. Obiekt przygotowany do przyjęcia jednorazowo 1500 osób, homologowany do rozgrywania zawodów pływackich. Referencje Gminy Mszczonów potwierdzają zastosowanie nowatorskich technologii i rozwiązań projektowo – wykonawczych o najwyższym standardzie. Wartość tego obiektu wyniosła około 26 000 000,00 zł. Drugim wykazanym obiektem o porównywalnej funkcji – jest opracowanie projektu i wybudowanie krytej pływalni i lodowiska wraz z wyposażeniem i zagospodarowaniem terenu, w roku 2007 dla Alstal Budownictwo w Inowrocławiu, za cenę 11 970 457,00 zł. W skład zadania wchodził obiekt krytej pływalni o kubaturze 18 500 m<sup>3</sup>, basen sportowy 325 m<sup>2</sup>, basen rekreacyjny 140 m<sup>2</sup>, ślizgawka sezonowa o powierzchni 989 m<sup>2</sup>. Izba ustaliła, iż z podanego w SIWZ punkt 3 opisu przedmiotu zamówienia wynika, iż dotyczy ono modernizacji basenu odkrytego (powierzchnia około 1000 m<sup>2</sup>), rozbiórek dotychczasowych obiektów, budowy obiektu obejmującego zaplecze techniczne – szatnie, sanitariaty, punkt gastronomiczny, budowy niecki basenowej, wyposażenie, zagospodarowanie terenu, instalacje i przyłącza.

Z porównania obiektów opisanych w referencjach wynika, iż prace będące przedmiotem niniejszego postępowania mają zarówno mniejszy zakres, jak i mniej złożony charakter, co uwiarygodnia wyjaśnienia odwołującego, iż za cenę podaną w ofercie 9 700 000,00 zł. jest on w stanie zrealizować przedmiot zamówienia. Przedstawiona cena, zdaniem Izby jest zatem realistyczna, umożliwiającą zrealizowanie zamówienia w całości, terminowo i w sposób należyty. Materiał dowodowy pozwala przyjąć, iż nie zachodzi przypadek podania rażąco niskiej ceny, poniżej kosztów realizacji zamówienia, w rozumieniu art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Okoliczność, iż oferta odwołującego jest tańsza o ca 20 % od kwoty oszacowania i o około 10% od kwoty jaką zamierza przeznaczyć zamawiający na realizację zamówienia oraz o ca 20 % od oferty następnej w kolejności – wykonawcy konsorcjum FUGIT, wybranej w tym postępowaniu, sama przez się nie oznacza, że odwołujący, który złożył najkorzystniejszą ofertę, oszacował jej cenę na poziomie rażąco niskim, nie gwarantującym prawidłowego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia, przy zachowaniu wszelkich wymagań jakościowych. Należy zważyć, że ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, nie przedstawiają wyrównanego poziomu, z którego można by wnioskować o uśrednionej cenie rynkowej. Izba uwzględniła przedstawiony dowód, iż w postępowaniu o przebudowę Młodzieżowego Domu Kultury w Częstochowie, zamawiający wybrał ofertę, mimo iż podawała cenę 88% wysokości zarezerwowanych na ten cel środków budżetowych. Natomiast Izba nie uznała wykazywanych przez strony cen rynkowych metra powierzchni obiektów użyteczności publicznej, za miarodajne, gdyż dowody nie dotyczyły obiektów o porównywalnym charakterze – odkrytych basenów rekreacyjnych z urządzeniami i zapleczem.

Odwołujący złożył żądany harmonogram rzeczowo – finansowo – czasowy, w którym podał i wycenił elementy scalone – samodzielnie grupując roboty. Zamawiający nie zamieścił w SIWZ wzoru tabeli harmonogramu, zawierającego określone grupowanie robót, objętych poszczególnymi elementami - rzeczowo i wartościowo, w szczególności podanego na stronie od 36 programu funkcjonalno - użytkowego „Zestawienia ilościowego robót.” Zatem wykonawcy dokonali w harmonogramie grupowania robót w sposób rozbieżny. Zamawiający nie może wnioskować zatem, nie wiedząc jakie dokładnie prace określone pozycje obejmują, że został pominięty zakres określonych robót, lub że zostały one niewłaściwie wycenione. Izba miała również na uwadze, że cena oferty ma charakter ryczałtowy, a więc stały, obejmujący całość prac określonych umową na podstawie dokumentacji projektowej, - której akceptację, zamawiający zastrzegł sobie postanowieniami SIWZ. Zatem nie zachodzi nawet konieczność i obowiązek wykonawcy, szczegółowego kalkulowania elementów składających się na cenę oferty. Zamawiający nie żądał przedstawienia kosztorysów ofertowych, nawet mających charakter pomocniczy –

uzasadniający podaną cenę oferty. Zamawiający w programie funkcjonalno – użytkowym określił, iż koszt realizacji przedmiotowej inwestycji winien zawierać się w kwocie 11 870 241, 00 zł. Skoro program funkcjonalno – użytkowy, w zgodności z którym wykonawca będzie zobowiązany opracować dokumentację projektową obejmującą projekt budowlany i ewentualnie projekty wykonawcze, wskazuje wymagania materiałowe i jakościowe, określone w warunkach wykonania i odbioru robót budowlanych, odpowiadających zawartości specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, o których mowa w § 18 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.), to nie zachodzi sytuacja, pozwalająca na twierdzenia, że ze względu na zaoferowaną cenę, odwołujący nie wykona pełnego zakresu robót, obniży wymagania jakościowe lub wbrew przepisom o bezpieczeństwie produktów, zastosuje urządzenia wyposażenia obiektu np. zabawowe, stwarzające niebezpieczeństwo używania, czy nie posiadające certyfikatów, jeżeli wymóg taki wynika z przepisów odrębnych.

W odniesieniu do pozostałego zakresu żądanych wyjaśnień, dotyczących ceny oferty przez podanie szczegółowych kosztów wykonania pojedynczych elementów robót, przyjętych w cenie oferty, odwołujący na stronie 4 i 5 pisma z dnia 4 czerwca 2009 r. przedstawił tabelę elementów scalonych – odpowiadających im kosztów, składających się na koszt finalny (9 096 000,00 zł.) wraz z wyjaśnieniami, w jakich pozycjach zawarte są roboty, których dotyczyły zarzuty ich pominięcia w wycenie, czy zastosowania kalkulacji poniżej kosztów. Podał wycenę tych elementów robót, podał także czynniki cenotwórcze uwzględnione przy kalkulacji ceny oferty: stawka roboczogodziny - 13,50 zł., kp – 65%, k.z - 5%, z – 7%. Cena oferty brutto, ustalona w oparciu o podane wyżej koszty i podstawy wyceny wraz z podatkiem VAT wynosi więc 9 700 000 zł. Z uwagi na fakt, że zamówienie obejmuje zaprojektowanie całości kompleksu obiektów, wymaganie podania takich detali jak konkretne ceny ławek, czy koszy na śmieci nie jest zasadne, gdyż w ogólności niektóre koszty, mogą być sprecyzowane po wykonaniu pełnej dokumentacji projektowej. Zamawiający podnosił, iż wymagał aby plac zabaw był wyposażony w urządzenia konkretnej wskazanej z nazwy firmy LAPPSET, ze względu na to, że mają wysoką jakość i są zainstalowane w innych obiektach miejskich. Zaznaczył, przy tym że dopuszcza urządzenia równoważne. Zatem nie mógł przyjmować przy weryfikacji ceny oferty odwołującego, wprost cen urządzeń danego producenta np. żaglowca „Santa Maria” kosztującego ponad 400 000,00 zł., czy zjeżdżalni „Bóbr,” gdyż wykonawca może zastosować inne urządzenia tańsze, o walorach równoważnych.

Wyjaśnienia w zakresie podanych elementów ceny oferty odwołującego, Izba uznała za zgodne z dyspozycją art. 90 ust. 1 i 2 Pzp i nie upoważniające zamawiającego do przyjęcia, iż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Instrumenty oceny, które służyły ustaleniu tej okoliczności to skala rozbieżności pomiędzy wartością szacunkową, ceną oferty odwołującego oraz cenami innych wykonawców uczestniczących w przetargu, zajmujących następane pozycje, które nie odbiegają znacząco. Wykaz robót i odpowiadające im referencje w zakresie zadań o porównywalnym charakterze obiektów sportowo – rekreacyjnych, dają podstawy do przyjęcia, że odwołujący jest zdolny wykonać przedmiot zamówienia za podaną cenę, z czego wypływa wniosek, że cena ta jest realistyczna. Zdolność odwołującego do realizacji zamówienia, zweryfikował pozytywnie sam zamawiający, uznając, iż wykonawca spełnił ustalone w SIWZ warunki podmiotowe. Na optymalizację kosztów pozwala objęcie przedmiotem zamówienia fazy projektowej jak i realizacji inwestycji. Nie bez znaczenia jest wpływ obecnej dekonunktury na rynku robót budowlanych, skłaniającej wykonawców robót do obniżania cen produkcji budowlano – montażowej.

Zamawiający wzywał do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. W ocenie Izby, wezwanie tej treści należy zakwalifikować jako zgodne z dyspozycją art. 90 ust. 1 Pzp, można bowiem przyjąć, że zamawiający oczekiwał wyjaśnień dotyczących elementów, mających wpływ na cenę całkowitą. Tak też zrozumiał to wezwanie odwołujący, skoro w udzielonej odpowiedzi podał dostępne mu czynniki, które wywarły wpływ na to, że mógł skalkulować cenę w kwocie przedstawionej w ofercie.

W zakresie tego samego wezwania - do podania czy wszystkie wymienione elementy zostały ujęte w ofercie i jak zostały wycenione, Izba stwierdza, że zamawiający wzywając TIWWAL Sp. z o.o. żądał de facto nie wyjaśnienia ceny, a potwierdzenia, że wszystkie elementy, składające się na zakres rzeczowy zamówienia zostały ujęte w ofercie oraz wycenione, Tak więc pomimo powołania się na podstawę prawną tej czynności w postaci art. 90 ust. 1 Pzp, w rzeczywistości zamawiający wymagał wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Stwierdzenie nie ujęcia w ofercie pełnego zakresu rzeczowego zamówienia, a w konsekwencji także pominięcie wyceny takich elementów nie daje podstaw do formułowania zarzutów przedstawienia oferty z rażąco niską ceną, a przyczyną odrzucenia takiej oferty, mógłby stanowić jedynie zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Takich powodów odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający jednak nie przedstawił, nie były one objęte zarzutami protestu, zatem nie mogą podlegać rozpoznaniu, ponieważ stoi temu na przeszkodzie dyspozycja art. 191 ust. 3 Pzp. Ponadto przy ustalonej cenie ryczałtowej, całkowitej za przedmiot zamówienia, sposób szczegółowej kalkulacji pozostaje bez znaczenia dla oceny zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie ma nawet podstaw wymagać, jeżeli w



SIWZ nie zawarł wymogu załączenia kosztorysu ofertowego, przedstawienia po złożeniu oferty pełnej kalkulacji podanej ceny. Odwołujący spełnił żądanie i podał konkretne wyceny części zamówienia, o które zamawiający pytał wprost. Wybrany wykonawca, konsorcjum FUGIT na podobne pytanie, udzielił odpowiedzi pismem z dnia 2 czerwca 2009 r., potwierdzającym jedynie ujęcie w cenie ogólnej oferty (w załączonym Harmonogramie robót) elementów urządzenia placu zabaw, które to wyjaśnienie, zamawiający uznał za wystarczające.

Postępowanie dowodowe wykazało, iż zamawiający naruszył postanowienia art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego i wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza, a w konsekwencji nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Z tych względów Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego – zastępstwa przez pełnomocnika Izba orzekła w oparciu o złożony rachunek, kwotę 3 600,00 zł. na podstawie przepisów § 4 ust. 1 pkt 2b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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 zm.).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....