

Sygn. akt: KIO/UZP 632/10

WYROK

z dnia 6 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Agnieszka Bartczak - Żuraw

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

w sprawie wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 13 kwietnia 2010 r. przez **występujących wspólnie Wykonawców: Unikkon Integral Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 34, 00-141 Warszawa oraz Jerzego Janusza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany JANSAN Jerzy Janusz, ul. Korotyńskiego 48 lok. 99, 02-123 Warszawa** odwołania, od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Centrum Szkolenia Policji w Legionowie, ul. Zegrzyńska 121, 05-121 Legionowo** protestu z dnia 29 marca 2010 r.

orzeka:

- 1. uwzględni odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego**
- 2. kosztami postępowania obciąża Centrum Szkolenia Policji w Legionowie, ul. Zegrzyńska 121, 05-121 Legionowo**

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 uiszczzonego przez **występujących wspólnie Wykonawców: Unikkon Integral Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 34, 00-141 Warszawa oraz Jerzego Janusza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany JANSAN Jerzy Janusz, ul. Korotyńskiego 48 lok. 99, 02-123 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Centrum Szkolenia Policji w Legionowie, ul. Zegrzyńska 121, 05-121 Legionowo** na rzecz **występujących wspólnie Wykonawców: Unikkon Integral Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 34, 00-141 Warszawa oraz Jerzego Janusza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany JANSAN Jerzy Janusz, ul. Korotyńskiego 48 lok. 99, 02-123 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **występujących wspólnie Wykonawców: Unikkon Integral Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 34, 00-141 Warszawa oraz Jerzego Janusza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany JANSAN Jerzy Janusz, ul. Korotyńskiego 48 lok. 99, 02-123 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych budynku nr 51 w Centrum Szkolenia Policji w Legionowie na potrzeby Centrum Dowodzenia Operacją, w tym Centrum Wymiany Informacji do koordynacji działań i wymiany informacji w związku z zapewnieniem bezpieczeństwa i porządku publicznego podczas Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012”*, zostało wszczęte przez Centrum Szkolenia Policji w Legionowie, ul. Zegrzyńska 121, 05-121 Legionowo, zwane dalej: *„Zamawiającym”*, w dniu 25 stycznia

2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego, na stronie internetowej. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił to ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych (Nr 16103-2010 z dnia 25 stycznia 2010 r.).

Do upływu terminu składania ofert w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia wpłynęło do Zamawiającego 9 ofert.

Zamawiający na etapie badania ofert zwrócił się m.in. pismem z dnia 22 lutego 2010 r. do występujących wspólnie Wykonawców: występujących wspólnie Wykonawców: Unikkon Integral Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 34, 00-141 Warszawa (*Lider Konsorcjum*) oraz Jerzego Janusza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany JANSAN Jerzy Janusz, ul. Korotyńskiego 48 lok. 99, 02-123 Warszawa (*Członek Konsorcjum*) zwanych dalej łącznie *Konsorcjum*, *Protestującym* lub *Odwołującym*, o złożenie wyjaśnień. Zamawiający jako podstawę swojego wystąpienia wskazał art. 90 ust. 1 ustawy z 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 Pzp.

Konsorcjum w wyznaczonym terminie, to jest w dniu 24 lutego 2010 r. złożyło odpowiednie w jego opinii wyjaśnienia.

Zamawiający pismem z dnia 22 marca 2010 r. (Konsorcjum otrzymało je w tym samym dniu) przekazał Wykonawcom biorącym udział w powołanym postępowaniu informację o jego wynikach. Odnośnie do oferty złożonej przez Konsorcjum Zamawiający, kierując się dokonaną przez siebie oceną powołanych wyjaśnień z dnia 24 lutego 2010 r., ustalił, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i na tej podstawie odrzucił tę ofertę jako podstawę wskazując na 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 29 marca 2010 r. Konsorcjum wniosło protest. a wobec oddalenia go przez Zamawiającego w dniu 8 kwietnia 2010 r., w dniu 13 kwietnia 2010 r. (wpływ bezpośredni) wniosło następnie odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopię odwołania Konsorcjum przekazało Zamawiającemu w dniu jego wniesienia do Prezesa Urzędu, tj. 13 kwietnia 2010 r.

Konsorcjum w proteście zarzucało Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 90 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, oraz wnosiło o

- 1) zmianę decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Konsorcjum jako zawierającej rażąco niską cenę dla robót teletechnicznych, przywrócenie jej do postępowania i uwzględnienie jej przy ponownej ocenie ofert,

- 2) unieważnienie decyzji Zamawiającego o wyborze oferty SKANSKA S.A. jako oferty zawierającej najkorzystniejszą cenę,
- 3) ponowną ocenę ofert złożonych w przetargu z uwzględnieniem przywróconej oferty złożonej przez Konsorcjum.

Konsorcjum w uzasadnieniu protestu argumentowało, iż kształt i zakres odpowiedzi na pismo z 22 lutego 2010 r. (zawierające wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny) były konsekwencją formuły, jaka została nadana temu pytaniu przez Zamawiającego. Uznało ono bowiem, że kryterium decydującym o tym, że oferowana przez nie cena jest rażąco niska, jest informacja o wartości robót ogólnobudowlanych i teletechnicznych, tym samym przekazało Zamawiającemu informacje, których on, jego zadaniem, oczekiwał, czym tym samym uzupełniło informacje zawarte w treści oferty. Protestujący wskazywał dalej, iż pytanie Zamawiającego nie uwzględniało treści kosztorysu, którego poszczególne elementy zostały podzielone na działy – zdaniem Protestującego w postępowaniu „*zaprojektuj i wybuduj*” doprecyzowanie takich oczekiwań gwarantowałoby obiektywizm i wymuszałoby złożenie przez różnych Wykonawców wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w układzie dla Zamawiającego porównywalnym. Podnosi on, że Zamawiający w korespondencji prowadzonej w postępowaniu wskazywał, iż do robót teletechnicznych zaliczył, typowe w ocenie Protestującego, elementy robót budowlanych (triody, siłownie prądu zmiennego i stałego) – spowodowało to rozbieżności w sposobie zaszeregowania poszczególnych elementów do zakresu teletechnicznego zamówienia – Protestujący zaszeregował te elementy do prac ogólnobudowlanych w ramach instalacji elektrycznej, której tradycyjne stanowią część składową.

Niezależnie od powyższego, Konsorcjum podnosiło, iż Zamawiający swoją argumentację uzasadniającą odrzucenie oferty Konsorcjum jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oparł na dwóch kryteriach, które zdaniem Konsorcjum nie mogą być traktowane jako kryteria obiektywne.

Pierwszym z kryteriów, do których Zamawiający odnosił ocenę ceny ofertowej Konsorcjum, był skomplikowany charakter zamówienia w zakresie robót teletechnicznych. Drugim było uznanie wyjaśnień SKANSKA S.A. za niebudzące wątpliwości, co w opinii Konsorcjum przeczy ustaleniom Zamawiającego dokonywanym w trakcie postępowania wyjaśniającego zainicjowanego na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do pierwszego z powołanych kryteriów, Protestujący wskazywał na

- błędne objęcie robotami teletechnicznymi robót typowo budowlanych;

- niesłuszne założenie, że konsekwencją „skomplikowanego charakteru zamówienia” jest konieczność zaoferowania „odpowiednio” wysokiej ceny;
- fakt, iż w postępowaniu o charakterze „zaprojektuj i wybuduj” o cenie decydują przyjęte i zaakceptowane przez inwestora rozwiązania, doświadczenie wykonawcy w realizacji tego typu projektów i wypracowane w związku z tym *know-how*, co nie stanowi elementu kształtującego cenę oferty, a może być decydujące o jej wysokości. Unikkon Integral Sp. z o.o. posiada takie doświadczenie i *know-how* w zakresie zamówień o skomplikowanym charakterze, ze szczególnym uwzględnieniem takich zamówień, które przewidują wykonanie rozwiązań teletechnicznych;
- znaczenie słowa *zapewnienie* (Zamawiający wskazywał, że roboty teletechniczne obejmują m.in. zapewnienie różnego rodzaju łączności) – podnosi on, że zgodnie z internetowym Słownikiem Języka Polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN S.A. oznacza ono „sprawić że coś się stanie lub ktoś coś uzyska” oraz „oświadczyć komuś, że coś jest lub będzie na pewno” – tymczasem jako rezultat realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający, niezależnie od tego, którą ofertę wybierze, nie uzyska wymienionych przez niego łączności. Do tego konieczne jest podjęcie dalszych czynności i prac;
- okoliczność, iż Zamawiający aby mógł uznać, że oferta podlega odrzuceniu, musi najpierw wykazać, a przynajmniej uprawdopodobnić, że cena oferty, uznana przez niego za rażąco niską, jest nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do faktu uznania wyjaśnień SKANSKA S.A. w sprawie zaoferowanej przez tę spółkę ceny, Protestujący wskazywał, że Zamawiający nie zastosował obiektywnych kryteriów do oceny ofert, w stosunku do których zainicjowane zostało postępowanie wyjaśniające mające ustalić czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Podnosił on dalej, że SKANSKA S.A. ograniczyła się jedynie do przedstawienia Zamawiającemu tylko o dwie pozycje cenowe więcej niż uczyniło to – kierując się jak wspomniano powyżej oczekiwaniami Zamawiającego przedstawionymi w piśmie z dnia 22 lutego 2010 r. – Konsorcjum. W opinii Konsorcjum nie można uznać za „dokładną”, wycenę, która składa się z pięciu cen składowych, uznając jednocześnie za niewystarczającą wycenę wskazującą na trzy ceny składowe. Protestujący podnosi również, iż Zamawiający uznał cenę zaoferowaną przez Konsorcjum odnoszącą się do robót teletechnicznych za rażąco niską, w sytuacji gdy stanowiła ona równowartość 22 % kwoty przeznaczonej na roboty teletechniczne przez Zamawiającego, natomiast nie uznał za rażąco niską ceny zaoferowanej

przez SKANSKA S.A. odnoszącej się do robót ogólnobudowlanych, w sytuacji gdy stanowiła ona równowartość 29 % kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na roboty ogólnobudowlane, czyniąc z tego dodatkowo argument przemawiający za kompletnością i brakiem wątpliwości co do oferty złożonej przez SKANSKA S.A.

Protestujący podnosił, iż decyzja o uznaniu jego oferty za ofertę posiadającą rażąco niską cenę zaprzecza jednoznacznie obiektywizmowi kryteriów zastosowanych w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej to nie składowe czy części ceny stanowią o rażąco niskiej cenie, ale cena całkowita brutto oferty. A ta w przypadku oferty złożonej przez Konsorcjum była jedynie o 7,8 % niższa od oferty złożonej przez SKANSKA SA. – dlatego też w opinii Protestującego oferty te są porównywalne cenowo.

Konsorcjum zwróciło uwagę na okoliczność, iż Wykonawcy całkowicie odmiennie kalkulowali ceny w swoich ofertach odnośnie prac budowlanych i prac teletechnicznych. Nie zmienia to jednak faktu, że obie zaoferowane ceny były porównywalne i zbliżone do siebie kwotowo, a zatem były cenami rynkowymi i realnymi. Brak było zatem podstaw do przypisania jednej z nich - w tym przypadku cenie zaoferowanej przez protestujące Konsorcjum - charakteru ceny rażąco niskiej. Tym bardziej, że gro prac przewidzianych przez Zamawiającego w przedmiotowym zamówieniu, SKANSKA S.A. zamierza zrealizować korzystając z usług podwykonawców. Oczywistym w związku z tym jest to, że cena zaoferowana przez tegoż Wykonawcę będzie wyższa, ponieważ naturalnym jest, iż oferta taka uwzględniać musi marże podwykonawców. Natomiast oferta Konsorcjum jest ofertą „*generalnego wykonawcy*”, który wszelkie prace zamierza zrealizować bez korzystania z usług podwykonawców.

Dlatego też, w opinii Protestującego, uwzględniając powyższe, nie było niezbędnym i koniecznym inicjowanie przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego opartego na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający uzasadniając oddalenie protestu w całości podnosił, iż Protestujący został wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, dlatego też powinien dołożyć wszelkich starań, aby Zamawiający nie miał wątpliwości co do wysokości zaproponowanej przez niego ceny. To na Protestującym, w ocenie Zamawiającego, ciążył ciężar dowodu, tymczasem nie przedłożył on żadnych dowodów, które Zamawiający mógłby uwzględnić, nie przedstawił on w swych wyjaśnieniach żadnych czynników cenotwórczych, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, które w przypadku złożonej przez niego oferty

sprawiły, iż ma ona atrakcyjną cenę. Wskazywał on, że w wezwaniu z dnia 22 lutego 2010 r. skierowanym do Protestującego nie wzywał go wyłącznie do wskazania wartości robót teletechnicznych i ogólnobudowlanych, co uczynił Protestujący. W ocenie Zamawiającego uznanie przedłożonych przez Konsorcjum wyjaśnień, w takiej treści jakiej zostały one złożone, stanowiłoby naruszenie art. 90 ust 2 ustawy Pzp, ponieważ faktycznie nie złożyło ono wyjaśnień.

Zamawiający nie zgadzał się z zarzutem braku precyzji w sposobie zaszeregowania elementów należących do zakresu teletechnicznego zamówienia. Wskazywał, iż żaden z Wykonawców nie skorzystał z możliwości skierowania prośby o doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie.

Zamawiający, powołując się na wyrok KIO/UZP 1126/09, wskazał, że nie rozpatrywał i nie brał pod uwagę wyjaśnień Protestującego dotyczących ceny złożonych w trakcie rozpoznawania środków ochrony prawnej.

Konsorcjum w uzasadnieniu odwołania od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego wniesionego przez niego protestu, uzupełniło przedstawioną przez siebie argumentację.

Na wstępie wskazało, iż sprecyzowanie przez Zamawiającego stopnia szczegółowości rozbicia cenowego oferty w wezwaniu z 22 lutego 2010 r. poprzez podanie informacji, że interesuje go w szczególności wartość robót ogólnobudowlanych i teletechnicznych, sprawiło, iż Odwołujący zrozumiał to w ten sposób, iż powinien podać jedynie wartość robót ogólnobudowlanych i teletechnicznych.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający w SIWZ nie zawarł zestawień materiałów ani układu kosztorysowego, co pozwalałoby precyzyjnie odnieść się w szczegółach do zakresu robót teletechnicznych i ich ceny. Nie uczynił tego również w treści wezwania z dnia 22 lutego 2010 r.

Tymczasem, w ocenie Konsorcjum, tylko stworzenie projektu budowlanego, a następnie projektu wykonawczego i w dalszej kolejności szczegółowego kosztorysu projektu do realizacji, pozwala bez żadnych wątpliwości zaszeregować zakresy poszczególnych branż i oszacować czy cena nie powinna być uznana za rażąco niską. W każdym innym przypadku wykonawca musi polegać na sprecyzowanym zapytaniu od zamawiającego, który definiując stopień szczegółowości ustala narzędzie i sposób pomiaru ceny. W przeciwnym razie można spodziewać się uznaniowości w działaniach Zamawiającego.

Bardzo trudnym, a wręcz niemożliwym, jest by Wykonawca, jeśli nie ma szczególnych czynników, o jakich mowa jest w art. 90 ust. 2 ustawy, mógł uzasadnić, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Aby móc w sposób uzasadniony postawić tezę, iż dana oferta zawiera rażąco niską cenę Wykonawca musi oceniać ją w stosunku do określonego punktu odniesienia. W niniejszej sprawie, jak to już powołano, Konsorcjum nie miało takiej możliwości.

Odwołujący wskazywał, iż nie jest możliwym znalezienie genezy, która posłużyła Zamawiającemu do załączenia informacji dodatkowej o budżecie prac teletechnicznych w pytaniu z art. 90 ust 1 ustawy Pzp, ani tym bardziej nie można znaleźć narzędzia, którego Zamawiający użył do oceny odpowiedzi odwołującego. Rozstrzygając protest, Zamawiający posłużył się jedynie uzasadnieniem, że *„ze względu na skomplikowany charakter zamówienia w zakresie robót teletechnicznych [...]. Zamawiający uznał, że wykonawca zaproponował rażąco niską cenę dla robót teletechnicznych”*.

Odwołujący podnosił, iż nie można uznać za rażąco niską cenę wartości robót teletechnicznych jaką zaoferowało Konsorcjum na kwotę 853 000,00 zł, jeżeli zamawiający w kwocie jaką przeznaczył na wartość robót teletechnicznych tj. 3 873 000,00 zł ujął najbardziej cenotwórcze urządzenia, które nie są urządzeniami z tego zakresu. Tytułem przykładu wskazał, że w zakresie robót teletechnicznych Zamawiający ujął urządzenia elektryczne, takie jak siłownia inwenterowa prądu przemiennego AC, siłownia prądu stałego DC oraz elementy budowlane takie jak tripody.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty podał tylko kilka elementów, które uznał za składające się na zakres robót teletechnicznych. Możliwe, że gdyby podał kompletną listę elementów z tego zakresu znalazłyby się tam kolejne elementy, które podobnie jak siłownie i tripody w sposób oczywisty nie są elementami teletechnicznymi, albo w zależności od interpretacji mogą nimi być lub nie.

Odwołujący argumentował, iż złożona przez niego oferta zawiera wszystkie wymagania opisane w SIWZ, a powołane powyżej, urządzenia i elementy zostały przez niego w ofercie przypisane do zakresu innych prac. Tymczasem Zamawiający odrzucił jego ofertę uznając, że podana cena jest rażąco niska, opierając się przy tym tylko na jednej z pozycji kosztorysowych, nie odnosząc się do ceny całości przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum wskazywało, iż powszechnie wiadomo, że ze względu na sytuację rynkową, ceny na rynku obecnie są niskie w całym łańcuchu dostaw, zarówno u producentów urządzeń, dystrybutorów, hurtowników, podwykonawców i generalnych

wykonawców. Odwołujący podnosi, iż Zamawiający nie uznał zawartych w ofercie, a zatem nie wymagających wyjaśnień, a mających wpływ na wysokość ceny, informacji, a mianowicie faktu, iż konsorcjum wykona zamówienie własnymi siłami, nie korzystając z podwykonawców, oraz okoliczności, iż członkowie konsorcjum mają siedziby w Warszawie, co sprawia, że koszty dojazdów i zaplecza budowy są minimalne.

Konsorcjum w odwołaniu zwróciło również uwagę na fakt, iż jedynym punktem odniesienia w procesie oceny czy cena jego oferty jest rażąco niska był dla Zamawiającego zawyżony budżet realizacji zamówienia. Został on określony w oparciu o kosztorys, który był przeszacowany i zawierał błędy w części robót teletechnicznych.

Dla uzasadnienia tych twierdzeń Odwołujący wskazał na następujące fakty:

- 1) wartość sieci strukturalnej została zawyżona w stosunku do cen rynkowych o ponad 1000%, przy czym kwota ta stanowiła około 46 % całkowitej kwoty 3 873 000,00 zł, jaką zamawiający przeznaczył na roboty teletechniczne;
- 2) w kosztorysie „WYCENA WKI” Zamawiający w jednych pozycjach podaje wykonanie systemu, a w innych wyposażenie tego systemu, co nasuwa podejrzenie o zakwalifikowaniu podwójnie tych samych kosztów;
- 3) dodatkowo powołany kosztorys w części robót teletechnicznych posiada pozycje z innej branży.

W opinii Odwołującego jeżeli wartość przedmiotu zamówienia została określona w sposób nieprawidłowy, to nie może ona być poprawnym punktem odniesienia dla oceny ofert. W przypadku zawyżonego budżetu (a taką wątpliwość, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien powziąć po otrzymaniu tak różnych cen od Wykonawców), prawie każda oferta może zostać uznana za zawierającą rażąco niską cenę. Podnosił on, że w sytuacji, gdy więcej niż jedna z cen złożonych ofert odbiega od wartości zamówienia, Zamawiający powinien rozważyć z urzędu konieczność zweryfikowania tej wartości, w wyniku czego poddać krytycznej ocenie własny budżet i dopiero wtedy typować oferty, co do których zachodzi podejrzenie zaoferowania cen rażąco niskich.

Odwołujący podsumowując wywód na temat kosztorysu wskazuje, że jeśli Zamawiający skorygowałby wskazane przez niego błędy, okazałoby się, że cena zawarta w ofercie Konsorcjum jest ceną rynkową.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania podniesione w proteście i odwołaniu. W ich uzupełnieniu wyjaśnił, iż szczególne elementy cenotwórcze, o których mowa była w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie występowały w jego przypadku. Nie miał możliwości odniesienia się do poszczególnych zapisów tegoż przypisu, a zaoferowana przez niego cena była ceną rynkową i wynika z jego oszacowania kosztów realizacji przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ, co do zakresu którego nie miał żadnych zastrzeżeń. Podnosił on, że wątpliwości Zamawiającego, jak wskazywał wcześniej, zrodziły się w jego ocenie w oparciu o przeszacowany kosztorys inwestorski. Wyjaśnił ponadto, iż informacje o zapisach tegoż kosztorysu, a zatem możliwość odniesienia się do jego treści, uzyskał dopiero po przekazaniu mu informacji o odrzuceniu jego oferty.

Zamawiający w toku rozprawy podnosił, iż istotą sporu powinno być rozstrzygnięcie czy wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny złożone zostały w sposób prawidłowy. Wskazywał on, iż ceny ofert złożonych w postępowaniu oraz ustalona przez niego wartość szacunkowa uzasadniały zastosowanie postępowania wyjaśniającego zgodnie z regulacją art. 90 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż odpowiedź Odwołującego na skierowane do niego wezwanie było odpowiedzią jednozdaniową. Nie wskazywała ona elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Podnosił również, że zakres robót teletechnicznych został wyczerpująco opisany w *Programie inwestycji* stanowiącym załącznik 8 do SIWZ oraz element opisu przedmiotu zamówienia, dlatego też Odwołujący nie powinien powziąć wątpliwości co do zakresu tych prac.

Zamawiający na pytanie przewodniczącego wyjaśnił, iż cena ofertowa jest ceną ryczałtową. Takie rozumienie charakteru ceny potwierdził Odwołujący.

Zamawiający na pytanie członka składu wyjaśnił, iż w wezwaniu z dnia 22 lutego 2010 r. wyróżnił roboty teletechniczne, z uwagi na postawione w postępowaniu warunki udziału postępowania, gdzie m.in. wymagane było doświadczenie realizacji takich robót o określonej wartości. Ponadto wskazał, iż w jego ocenie tak sformułowane pytanie nie powinno wprowadzić w błąd Odwołującego. Z uwagi na okoliczność, iż wskazał on w nim podstawę prawną, z treści pytania jednoznacznie wynikało, iż wzywał on do wskazania elementów cenotwórczych oferty, a ponadto przed wskazaniem robót teletechnicznych użył zwrotu w szczególności.

Zamawiający uściślił, iż w jego ocenie Odwołujący nie złożył w ogóle wyjaśnień w tryb art. 90 ustawy Pzp.

Zamawiający wyjaśniał ponadto, iż jedynymi pytaniami dotyczącymi zakresu robót teletechnicznych były pytania 2 i 3 zawarte w odpowiedzi Zamawiającego z dnia 17 lutego 2010 r.

Nie zależnie od powyższego Zamawiający podniósł, iż drugi z Wykonawców, co do którego wszczęto postępowanie wyjaśniające z art. 90 ustawy Pzp, również wskazywał, iż wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została przez Zamawiającego przeszacowana.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście i w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów: z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) i 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.) w brzmieniu dotychczasowym – sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Kolejnym istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleniem składu orzekającego Izby jest wykluczenie możliwości wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp oraz stwierdzenie wypełnienia przesłanki interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego potwierdzoną za zgodność z oryginałem, a w szczególności: SIWZ, ofertę Odwołującego, wezwanie Odwołującego z dnia 22 lutego 2010 r. do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia Odwołującego z dnia 24 lutego 2010 r., pismo zawierające informację o wynikach postępowania z dnia 22 marca 2010 r., protest z dnia 29 marca 2010 r. złożony przez Odwołującego, rozstrzygnięcie protestu z dnia 8 kwietnia 2010 r., odwołanie z dnia 13 kwietnia 2010 r. oraz protokół postępowania ZP-2.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na celu merytoryczne rozstrzygnięcie odwołania Izba zbadała w pierwszej kolejności zasadność działań Zamawiającego podjętych w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 9 805 866,06 złotych brutto, zwana dalej budżetem Zamawiającego. Kwota ta jest równa kwocie stanowiącej wartość szacunkową zamówienia ustalonej przez Zamawiającego powiększonej o wartość podatku VAT.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wpłynęło do Zamawiającego 9 ofert. Średnia wszystkich cen zaofertowanych w postępowaniu równa się kwocie 7 051 610,50 zł. Odwołujący zaofertował realizację przedmiotu zamówienia za cenę 4 542 967,03 zł, co stanowiło 46,33 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT oraz 64,42 % średniej zaofertowanych cen.

Bezspornym w trakcie postępowania odwoławczego było, iż jedynym punktem odniesienia na etapie badania zaofertowanych przez Wykonawców cen w kontekście regulacji art. 90 ustawy Pzp była dla Zamawiającego wartość jego budżetu.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego i uznała za zasadne podnoszone przez niego argumenty przemawiające za przyjęciem stanowiska, iż ustalony przez Zamawiającego budżet zamówienia jest zawyżony. Zamawiający stanowisku temu nie zaprzeczył w toku całego postępowania odwoławczego w sposób wyraźny, a wręcz je potwierdził przez oświadczenie na rozprawie, że Odwołujący nie był jednym Wykonawcą

w tym postępowaniu, który podnosił, iż wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została przez Zamawiającego przeszacowana.

Konsekwencją przyjęcia powyższego założenia, było uznanie przez Izbę, iż taka błędnie ustalona wartość szacunkowa, nie może być czynnikiem decydującym o tym, czy badana oferta zawiera rażąco niską cenę. Dlatego też Izba stwierdziła, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy odnosił do tej kwoty cenę oferty złożonej przez Odwołującego, a tym samym przeprowadzona w ten sposób weryfikacja oferty została dokonana wadliwie.

Niemniej jednak, niezależnie od oceny powołanych powyżej czynności podejmowanych przez Zamawiającego oraz przedstawianych dla nich uzasadnień, wobec wartości pozostałych ofert złożonych w postępowaniu oraz ustalonej przez Izbę różnicy między ceną oferty Odwołującego a średnią wartością wszystkich ofert, uzasadnione jest w ocenie Izby twierdzenie, iż w badanej sprawie Zamawiający miał legitymację do wezwania Odwołującego do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Tym samym ostatecznie Izba uznała, iż Zamawiający w sposób uprawniony zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Niezależnie od oceny istnienia uprawnienia Zamawiającego do wystąpienia z wezwaniem w sprawie rażąco niskiej ceny, Izba zbadała treść oraz doniosłość tegoż wezwania oraz udzielonych w odpowiedzi na nie wyjaśnień.

W ocenie Izby treść wezwania, w tym szczególnym rozpatrywanym przypadku, mogła wprowadzić Odwołującego w błąd, dlatego też nieprawidłową i nieuprawnioną była decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Ustalenia dokonane przez Izbę potwierdzają twierdzenia Zamawiającego, iż wskazał on w piśmie z 22 lutego 2010 r. jako podstawę prawną art. 90 ustawy Pzp oraz w jego treści wezwał Odwołującego do wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jednak w ocenie Izby wyraźne wezwanie do wskazania wartości robót ogólnobudowlanych i teletechnicznych mogło wprowadzić wzywającego Wykonawcę w błąd i to niezależnie od użytego przez Zamawiającego zwrotu „w szczególności”. Dodatkowo za przyjęciem takiego stanowiska przemawia podanie przez Zamawiającego wartości jego budżetu, z wyróżnieniem wartości robót teletechnicznych. Tym samym Izba uznała za słuszne argumenty Odwołującego, że uprawnionym było jego przekonanie, że kryterium decydującym o tym, że oferowana przez nie cena jest rażąco niska była informacja

o wartości robót ogólnobudowlanych i teletechnicznych. Takie rozumienie treści wezwania z dnia 22 lutego 2010 r. potwierdził również pośrednio sam Zamawiający, wskazując w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że ze względu na skomplikowany charakter zamówienia w zakresie robót teletechnicznych uznał, że Wykonawca zaproponował rażąco niską cenę dla tych właśnie robót.

Izba uznała, iż z uwagi na szczególnie tryb prowadzonego postępowania (zaprojektuj i wybuduj), a co za tym idzie złożony charakter przedmiotu zamówienia oraz będący jego konsekwencją ryczałtowy charakter ceny (taki charakter ceny potwierdziły zgodne oświadczenia Stron złożone na rozprawie), Zamawiający wyznaczył Odwołującemu zbyt krótki termin na złożenie wyjaśnień, co w ocenie Izby dodatkowo mogło utwierdzić Odwołującego w przekonaniu, iż udzielone przez niego wyjaśnienia dotyczyć mają jedynie wartości dwóch rodzajów robót wskazanych w sposób wyraźny w piśmie z 22 lutego 2010 r. W zestawieniu z powołaną wyżej błędną konstrukcją wezwania oraz pozostawieniem Wykonawcy bez możliwości odniesienia się do jakichkolwiek dokumentów Zamawiającego, chociażby tego, na podstawie którego Zamawiający ustalił szacunkową wartość przedmiotu zamówienia, sprawiło to, w ocenie Izby, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, powinny zostać przez Zamawiającego uznane za wystarczające. Izba uznała za słuszny argument podnoszony przez Odwołującego, iż w tym konkretnym przypadku Wykonawca powinien polegać na sprecyzowanym zapytaniu od Zamawiającego, który definiując stopień szczegółowości zapytania, ustala tym samym narzędzie i sposób pomiaru ceny.

Izba, w tym konkretnym przypadku, uznała, że uprawnione jest twierdzenie, iż kształt i zakres złożonej przez niego odpowiedzi były konsekwencją formuły, jaka została nadana pytaniu. Rynkowy poziom zaoferowanej przez Odwołującego ceny potwierdza niewielka różnica w porównaniu z ofertą uznaną przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (wskazywane przez Odwołującego 7,8 %). Tym bardziej, że w stosunku do ceny tej oferty Zamawiający również powziął wątpliwości co do jej rażąco niskiej wartości. Ostatecznie uznał jednak wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę, który złożył tę ofertę. Dokonana przez Izbę analiza treści złożonych wyjaśnień, pozwala stwierdzić, iż pomimo znacznego ich rozbudowania pod względem objętości tekstu, faktem jest, iż zawarte w nich argumenty pozostają na znacznym stopniu ogólności oraz wskazują w większości na cechy Wykonawcy, którymi powinien się charakteryzować każdy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego podmiot. Dlatego też, w ocenie Izby na podstawie przedstawionych przez Strony stanowisk, nieuprawnionym wydaje się uznanie jednej z tych ofert za zawierającą rażąco niską cenę, w przypadku uznania drugiej za prawidłowo skalkulowaną. Twierdzenie to wydaje się prawdziwe również w kontekście podnoszonej przez Odwołującego okoliczności, iż zrealizuje on, odmiennie od tegoż drugiego

Wykonawcy, cały przedmiot zamówienia, bez korzystania z usług podwykonawców, co z uwagi na marże tychże, może mieć znaczny wpływ na wysokość ceny tych ofert.

Wobec powyższych ustaleń, Izba nie uznała stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący w ogóle nie złożył wyjaśnień, za słuszne. Dlatego też, zgodnie z przyjętą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, skład orzekający Izby uznał, iż w przypadku złożenia przez Odwołującego wyjaśnień, zgodnie z regulacją art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, to na Zamawiającym spoczywał ciężar dowodu, iż złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, wobec innej, niż dokonana przez Izbę, oceny skuteczności czynności podejmowanych przez Strony w trakcie postępowania wyjaśniającego, nie udowodnił spełnienia tej przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego. A dodatkowo, co już powołano powyżej, podnosił jedynie, że Odwołujący zaoferował rażąco niską cenę dla robót teletechnicznych, nie odnosząc się jednocześnie, jak tego wymaga regulacja art. 90 ustawy Pzp, do całego przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw ku temu, aby uznać, że złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym w sposób nieuprawniony odrzucił on ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku – orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....