

Sygn. akt: KIO/UZP 403/10

**WYROK**

**z dnia 13 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Członkowie: Małgorzata Stręciwilk**

**Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

w sprawie wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 12 marca 2010 r. przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usługowo – Budowlane „Cobex” Sp. z o.o., ul. Jaworzyńska 261, 59-220 Legnica i Zakład Usługowo – Produkcyjny Waldemar Roszak, ul. Grodzieńska 2, 67-200 Głogów**, odwołania, od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Nauczycielskie Kolegium Języków Obcych w Legnicy, 59-220 Legnica, Plac Zamkowy 1** protestu z dnia 25 lutego 2010 r.

**orzeka:**

- 1. uwzględnić 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 Nauczycielskie Kolegium Języków Obcych w Legnicy, 59-220 Legnica, Plac Zamkowy 1 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usługowo – Budowlane „Cobex” Sp. z o.o., ul. Jaworzyńska 261, 59-220 Legnica i Zakład Usługowo – Produkcyjny Waldemar Roszak, ul. Grodzieńska 2, 67-200 Głogów;**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Nauczycielskie Kolegium Języków Obcych w Legnicy, 59-220 Legnica, Plac Zamkowy 1** na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usługowo – Budowlane „Cobex” Sp. z o.o., ul. Jaworzyńska 261, 59-220 Legnica i Zakład Usługowo – Produkcyjny Waldemar Roszak, ul. Grodzieńska 2, 67-200 Głogów**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
  
- 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 **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usługowo – Budowlane „Cobex” Sp. z o.o., ul. Jaworzyńska 261, 59-220 Legnica i Zakład Usługowo – Produkcyjny Waldemar Roszak, ul. Grodzieńska 2, 67-200 Głogów.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Modernizację Zamku Piastowskiego w Legnicy Plac Zamkowy 1*”, zostało wszczęte przez Nauczycielskie Kolegium Języków Obcych, Plac Zamkowy 1, 59-220 Legnica, zwane dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 441194-2009 z dnia 23 grudnia 2009 r.

Do upływu terminu składania ofert w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia wpłynęło do Zamawiającego 15 ofert.

Zamawiający na etapie badania ofert zwrócił się m.in. pismem z dnia 25 stycznia 2010 r. do występujących wspólnie Wykonawców: Przedsiębiorstwo Usługowo - Budowlane „Cobex” spółka z o.o. z siedzibą w Legnicy przy ul. Jaworzyńskiej 261 (*Lider Konsorcjum*) oraz Zakład Usługowo - Produkcyjny Waldemar Roszak z siedzibą ul. Grodzieńska 2, 67-200

Głógów (*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 29 stycznia 2010 r. złożyło odpowiednie w jego opinii wyjaśnienia.

Zamawiający pismem z dnia 17 lutego 2010 r. (Konsorcjum otrzymało je w dniu 18 lutego 2010 r.) 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 29 stycznia 2010 r., ustalił, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i na tej podstawie odrzucił tę ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W dniu 25 lutego 2010 r. Konsorcjum wniosło protest. a wobec oddalenia go przez Zamawiającego poprzez brak jego rozstrzygnięcia w ustawowym terminie, w dniu 12 marca 2010 r. (nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego) wniosło następnie odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopię odwołania Konsorcjum przekazało Zamawiającemu w dniu jego wniesienia do Prezesa Urzędu, tj. 12 marca 2010 r.

Protestujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez Protestującego z uwagi na rażąco niską cenę, w sytuacji, gdy cena złożonej przez niego oferty w opinii Protestującego nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Naruszenie wskazanego powyżej przepisu zdaniem wnoszącego protest Konsorcjum polegało, w szczególności na: dokonaniu całkowicie dowolnych, gołosłownych i subiektywnych badań i ustaleń w zakresie możliwości należytego wykonania przez Protestującego całego przedmiotu zamówienia za podaną cenę ofertową; zaniechaniu dążenia do wyjaśnienia sposobu skalkulowania przez Protestującego elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę za cały przedmiot zamówienia; posłużeniu się przez Zamawiającego przy ocenie oferty Protestującego jedynie dwoma dowolnie wybranymi ofertami złożonymi w postępowaniu oraz kosztorysem inwestorskim.
2. art. 90 ustawy Pzp przez niewłaściwe zastosowanie polegające na braku żądania od Protestującego złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a jedynie wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez Protestującego oferty. Ocena odpowiedzi udzielonej przez Protestującego na pytania dotyczące wyjaśnienia treści oferty przez pryzmat

normy z art.90 ust. 2 Pzp i w konsekwencji tego odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oferty Protestującego z uwagi na rażąco niską cenę stanowiło w opinii Protestującego poważne naruszenie ustawy.

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób sprzeczny z przepisami Pzp. Naruszenia te polegały zdaniem Protestującego na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, którego cena była wyższa jedynie o 8,84 % od ceny zaoferowanej przez Protestującego w odniesieniu do kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, bez wcześniejszego wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez Protestującego oraz Wykonawcę, który wygrał postępowanie. Protestujący podnosił, iż wybór najkorzystniejszej oferty, jak również odrzucenie złożonej przez niego oferty, były w jego opinii czynnościami Zamawiającego podjętymi w równym stopniu dowolnie i subiektywnie, a tym samym dokonanyymi wbrew przepisom ustawy.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Protestujący wniósł o uchylenie decyzji Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Protestującego oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Protestującego.

Wobec braku rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, Protestujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania podniesione w proteście i odwołaniu.

Zamawiający z uwagi na milczące rozstrzygnięcie protestu dopiero przed Izłą przedstawił swoje stanowisko. Wywodził on, iż Odwołujący myli istotę działań podejmowanych przez niego w toku postępowania. Uzasadniał, że zaoferowana przez Konsorcjum cena ryczałtowa znacznie odbiegała od pozostałych zaoferowanych w postępowaniu. Tym samym jego działanie polegające na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, było w pełni uzasadnione. Niezależnie od powyższych ustaleń, Zamawiający podnosił, iż już sama skala rozbieżności pomiędzy wartością kosztorysu inwestorskiego a zaoferowaną ceną, uzasadniała podjęcie takich działań. Wobec czego wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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 postanowienia nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), wyjaśnienia przez Zamawiającego treści SIWZ z dnia 6 stycznia 2010 r., ofertę Odwołującego, wezwanie z dnia 25 stycznia 2010 r., wyjaśnienia złożone przez Odwołującego z dnia 29 stycznia 2010 r., informację o wynikach postępowania, zestawienie tabelaryczne zawierające „próbę miarodajną”, na którą powołuje się Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego (wskazanej w poz. 36 zestawienia wykazu nadesłanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania

z 6 kwietnia 2010 r.), protest, odwołanie, pismo Odwołującego z dnia 7 kwietnia 2010 r. oraz protokół postępowania ZP-2. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

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

Izba stwierdziła, iż pierwszą kwestią, która wymaga rozstrzygnięcia w sprawie jest charakter ceny ofertowej. Rozpatrzenie powołanego zagadnienia będzie miało decydujące znaczenie dla problemu doniosłości kosztorysu ofertowego przedstawionego wraz z ofertą.

Izba w celu rozstrzygnięcia powołanej kwestii dokonała analizy poszczególnych zapisów SIWZ odnoszących się do ceny lub sposobu jej obliczenia oraz korespondencji w sprawie między Stronami.

Zestawiając treść zapisów:

- pkt 14 ppkt 1 i 2 SIWZ *Opis sposobu obliczenia ceny*:
  - 1) *Cenę usługi należy określić kwotowo w złotych z zaznaczeniem wartości netto, podatku VAT i wartości brutto.*
  - 2) *Kwota wskazana w ofercie będzie traktowana jako ostateczna i nie będzie podlegała żadnym negocjacom.*
- pkt 1 formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ):
  1. *Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową wyrażoną w złotych (...).*
- § 9 ust. 2 projektu umowy (załącznik nr 7 do SIWZ):
  2. *Wynagrodzenie Wykonawcy objęte niniejszą umową wynosi (...).*
- treść wezwania Odwołującego do złożenie wyjaśnień z dnia 25 stycznia 2010 r., gdzie Zamawiający pisze m.in.: „*Czy roboty objęte zakresem (...) [tu wyliczenie] rzeczywiście dadzą się wykonać za proponowaną cenę ryczałtową?*” i dalej „*Czy rzeczywiście da się prawidłowo i w całości wykonać zamówienie za proponowaną przez Was cenę ryczałtową?*”

- oraz oświadczenia Stron złożone na rozprawie, potwierdzające, iż każda z nich traktowała oferowaną cenę jako ryczałtową,

Izba uznała, iż ceny oferowane w postępowaniu przez Wykonawców miały charakter ryczałtowy.

Takiemu charakterowi ceny nie zaprzecza też treść § 9 ust. 1 projektu umowy, który stanowi:

- 1. Strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie uzgodnionych cen jednostkowo-ryczałtowych wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy oraz ilości faktycznie wykonanych i odebranych robót, wpisanych do książki obmiaru i kosztorysu powykonawczego, sprawdzonych przez inspektora nadzoru, a następnie zaakceptowanych przez Zamawiającego.*

Przedstawione powyżej rozumienie charakteru wynagrodzenia, jako ryczałtowego, w świetle cytowanego zapisu § 9 ust. 1 projektu umowy, jest w ocenie Izby uzasadnione z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający w pkt 14 SIWZ *Opis sposobu obliczenia ceny* wskazał, iż co prawda „podstawą skalkulowania ceny przez Wykonawcę ma być kosztorys ofertowy”, to jednak co do formy i treści tegoż kosztorysu pozostawił on już jednak Wykonawcom całkowitą dowolność – Wykonawca miał go sporządzić według własnego uznania, na własną odpowiedzialność i ryzyko, a dostarczone przez Zamawiającego materiały (przedmiar, projekt budowlany, specyfikacje techniczne wykonania i obioru robót) miał traktować jedynie jako pomocnicze. Jedynym warunkiem postawionym Wykonawcy co do sporządzanego przez niego kosztorysu było to, aby obejmował on całościową wycenę robót określonych w SIWZ. Obliczona na jego podstawie cena ofertowa – pełna jej kwota, a nie wartość poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego – miała uwzględniać wszystkie składniki cenotwórcze. Brak natomiast jakichkolwiek zapisów co do stopnia szczegółowości z jaką Wykonawca był zobowiązany sporządzić taki kosztorys. W świetle powołanych zapisów SIWZ, możliwym wydaje się złożenie kosztorysu, który całą kalkulację cenową zawierałby w jednej tylko pozycji. Potwierdza to w opinii Izby ryczałtowy charakter ceny ofertowej. To z kolei pozwala stwierdzić, iż załączony do oferty kosztorys ofertowy służyć mógł jedynie do zobrazowania sposobu dokonania przez Wykonawców kalkulacji cenowej, co wobec wadliwego i niepełnego określenia wymogów co do sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego mogło sprawić, iż żądanie złożenia kosztorysu wraz z ofertą pozostawało zapisem pustym, z którego nie można było wywodzić negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy. Dlatego też w obliczu tak sformułowanych wymogów co do kształtu i treści

kosztorysu ofertowego, Zamawiający nie mógł w sposób należyty i uzasadniony podważać kalkulacji którejkolwiek z pozycji kosztorysu przedłożonego przez Wykonawcę.

Kierując się powołanymi powyżej ustaleniami oraz analizą treści wystąpienia Zamawiającego w wezwaniu z dnia 25 stycznia 2010 r., Izba uznała, iż podnoszone przez Zamawiającego w tym piśmie zastrzeżenia co do zakresu oferowanej przez Odwołującego roboty budowlanej należy traktować jedynie jako próbę wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby samo błędne, w świetle treści całego wezwania, powołanie jako podstawy prawnej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie może przesądzać o prawidłowym wszczęciu przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w sprawie rażąco niskiej ceny. Podkreślenia wymaga fakt, iż treść pytań zadanych Wykonawcy uzasadnia twierdzenie, iż Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty i jej zgodności z treścią SIWZ. Tego rodzaju wątpliwości interpretacyjne treści oferty, a właściwiej treści opisowej poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, wobec powyższych ustaleń co do charakteru ceny i wymogów Zamawiającego odnoszących się do kosztorysu, nie znajdują uzasadnienia w treści SIWZ.

Ponadto właściwym w tym miejscu wydaje się wskazanie, że w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, należy odnieść zaoferowaną przez Wykonawcę cenę do całego przedmiotu zamówienia, a nie, tak jak to uczynił Zamawiający, podnosić wątpliwości co do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego. Zalecenie to ma szczególne znaczenie w sytuacji, jeśli cena ofertowa ma charakter ryczałtowy. Tymczasem Zamawiający w piśmie z dnia 25 stycznia 2010 r. zadaje pytania o konkretne grupy prac, o poszczególne, wskazane przez siebie zakresy robót, nie żądając od Wykonawcy wskazania elementów mających wpływ na wysokość ceny ofertowej – pełnej kwoty ceny.

Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jako uzasadnienie twierdzenia, że oferowana przez niego cena ofertowa jest rażąco niska, wskazywał iż znacznie odbiegała ona od pozostałych zaoferowanych w postępowaniu. Tym samym w jego opinii działanie polegające na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, było w pełni uzasadnione. Niezależnie od powyższych ustaleń, Zamawiający podnosił, iż już sama skala rozbieżności pomiędzy wartością kosztorysu inwestorskiego a zaoferowaną ceną, uzasadniała podjęcie takich działań.



W tym miejscu wskazać należy okoliczność, że w postępowaniu złożonych zostało 15 ofert, które zawierały ceny na bardzo zróżnicowanym poziomie, przy czym tylko dwie spośród nich osiągnęły wartość wyższą lub zbliżoną do ustalonej przez Zamawiającego na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Najdroższa z pozostałych trzynastu ofert zawierała cenę niższą od wartości kosztorysu inwestorskiego powiększonej o wartość podatku VAT o prawie jeden milion osiemset tysięcy złotych. Wskazuje to w ocenie Izby, iż Zamawiający na etapie szacowania wartości zamówienia nie dochował należytej staranności przy sporządzaniu kosztorysu inwestorskiego. Dlatego też traktowanie wartości tegoż kosztorysu jako punktu odniesienia w celu ustalenia, czy oferowana przez Wykonawcę cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest w ocenie Izby nieprawidłowe.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem, odniesienie dla weryfikacji wysokości ceny ofertowej pod kątem jej rażąco niskiej wysokości w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowić może szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego, wartość złożonych w postępowaniu ofert lub poziom cen rynkowych. W rozpatrywanym przypadku, jak już wskazano, wartość kosztorysu inwestorskiego nie może służyć jako punkt odniesienia w takiej ocenie. Tym bardziej niezrozumiałe jest skonstruowanie „*próby miarodajnej*” (przywołanej przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego), jako średniej arytmetycznej trzech wartości: kwoty kosztorysu inwestorskiego powiększonej o wartość podatku VAT oraz kwot stanowiących cenę dwóch najdroższych w postępowaniu ofert (oferta nr 5 złożona przez Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A. oraz oferta nr 6 złożona przez konsorcjum firm: PRE-FABRYKAT sp. z o.o. i Dek-Pol Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe D. Bienias, J. Stypiński sp. j.). Ustanowienie powołanych podstaw odniesienia dla „*próby miarodajnej*” Zamawiający potwierdził na rozprawie. Wskazać należy, że Izba ustaliła, iż kwota „*próby miarodajnej*” wyliczona według założeń Zamawiającego jest o ponad sto sześćdziesiąt tysięcy złotych wyższa niż wartość kosztorysu inwestorskiego powiększonej o kwotę podatku VAT, która to wartość została już zakwestionowana przez Izbę, jako znacznie odbiegająca od wartości cen zaoferowanych przez Wykonawców. Negatywnie ocenia Izba działanie Zamawiającego polegające na braku wskazania Odwołującemu podstaw ustalenia „*próby miarodajnej*”, a tym samym pozbawienie go możliwości właściwego odniesienia się do zarzutów stawianych jego ofercie.

W ocenie Izby, Zamawiający już w chwili otwarcia ofert i zapoznania się z wysokością poszczególnych cen zaoferowanych przez Wykonawców, powinien powziąć wątpliwości, co do prawidłowości sporządzenia kosztorysu inwestorskiego i wartości na jaką on opiewał. Tymczasem odnosił on poszczególne zaoferowane przez Wykonawców ceny ofertowe do kwoty „*próby miarodajnej*” przewyższającej wartość kosztorysu inwestorskiego.

Izba, po dokonaniu analizy wysokości cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu i odnosząc je do wartości średniej arytmetycznej tych cen, a także porównując różnice kwotowe pomiędzy poszczególnymi cenami, uznała, iż Zamawiającemu na etapie badania ofert w badanej sprawie nie przysługiwało domniemanie rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Odwołującego. W ocenie Izby nie powinien on powziąć wątpliwości co do tej oferty w kontekście regulacji art. 90 ustawy Pzp. Izba ustaliła, iż powołane różnice cenowe w odniesieniu do średniej wartości cen, jak również wartość różnic pomiędzy poszczególnymi cenami, w szczególności w kontekście liczby złożonych ofert, która wysoce uprawdopodobnia należyte odwzorowanie różnorodności rynku, są efektem zdrowego mechanizmu konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami występującymi na tym samym rynku. Wskazać należy, iż kwota stanowiąca różnicę między średnią wszystkich ofert, a ceną zaoferowaną przez Odwołującego, jest prawie dwukrotnie niższa od kwoty stanowiącej różnicę między najwyższą zaoferowaną ceną a średnią wszystkich ofert. Izba podzieliła i uznała za własny argument podnoszony przez Odwołującego, że Zamawiający dokonując oceny musi dysponować własną wiedzą na temat kształtowania się cen wykonywania podobnych obiektów na rynku robót budowlanych oraz zmianami w kształtowaniu się cen robót budowlanych, czy np. materiałów, jakie zachodzą w związku z kryzysem gospodarczym, który dotknął również branżę budowlaną.

Uwzględniając powyższe, niezależnie od dokonanych ustaleń Izby co do faktycznego charakteru wezwania do wyjaśnień z dnia 25 stycznia 2010 r., Izba uznała, iż Zamawiający nie miał legitymacji do wzywania Odwołującego do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. 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.), uwzględniając w tym względzie koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika według przedłożonego w toku rozprawy rachunku.

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 **w Legnicy.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....