

Sygn. akt: KIO 516/12

WYROK
z dnia 28 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2012 r. przez wykonawcę **Firma Usługowo-Handlowa "IZOLSUSZ" Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski, ul. Sportowa 6, 58-305 Wałbrzych** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Wrocławską, ul. Wybrzeże Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław**, przy udziale wykonawcy **SIRBUD MINARI S.A., ul. Orkana 91a, 58-307 Wałbrzych** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Firma Usługowo-Handlowa "IZOLSUSZ" Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski z siedzibą w Wałbrzychu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Firma Usługowo-Handlowa "IZOLSUSZ" Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski z siedzibą w Wałbrzychu** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Politechnika Wroclawska, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie udzielenie zamówienia publicznego na „Remont sali sportowej w budynku „C” w ZOD Politechniki Wroclawskiej przy ul. Armii Krajowej 78 w Wałbrzychu”

Firma Usługowo-Handlowa IZOLSUSZ Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski w Wałbrzychu (dalej: odwołujący) wniosła dnia 16 marca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa pzp) w związku z art. 90 ust. 3 przez odrzucenie oferty, mimo, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 przez nieprzedstawienie rzetelnego i pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty;

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał na przedmiot zamówienia, którego szczegółowy zakres opisany został w projekcie budowlano-wykonawczym oraz w przedmiarze robót. Ustaloną formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe, a stanowiący załącznik do siwz przedmiar robót, należało traktować jako materiał pomocniczy - Zamawiający nie żądał przedstawienia żadnych kalkulacji oferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert w dniu 20 lutego 2012 r. Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 750.000 zł. Oferty złożyło 11 wykonawców. Wszystkie oferty były zróżnicowane cenowo zawierały ceny niższą niż podana przez Zamawiającego. Ośmiu wykonawców zaproponowało ceny niższe o więcej niż 20%, a średnia cena wszystkich złożonych ofert była niższa o przeszło 25% od podanej przez Zamawiającego kwoty.

Do trzech wykonawców oferujących najniższe ceny Zamawiający skierował wezwanie do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

- do wykonawcy R.Zieliński, Budownictwo Ogólne i Przemysłowe z Obornik Śląskich, z ceną 399.000, tj. o 47% niższą od planowanej przez Zamawiającego kwoty na sfinansowanie zamówienia,
- do Odwołującego, oferującego cenę 449.250,21 zł, tj. o 40% niższą od kwoty j w.,
- do wykonawcy SIRBUD MINARI z Wałbrzycha, oferującego cenę 457.953,18 zł, tj. o 39% niższą od kwoty jw., którego oferta ostatecznie została uznana za najkorzystniejszą.

Wzywając, pismem z 20 lutego 2012 r., do złożenia wyjaśnień Zamawiający nie żądał przedłożenia konkretnych informacji, dowodów, kalkulacji, a ograniczył się do prośby o przeanalizowanie, czy wykonawcy są w stanie wykonać, ze szczególną starannością, wszystkie wymagane roboty budowlane określone w dokumentacji projektowej, w tym kosztotwórcze.

Pismem z 21 lutego 2012 r. odwołujący potwierdził, że zawarta w ofercie cena obejmuje wszystkie elementy zawarte w przedmiarze robót oraz projektach budowlano-wykonawczych i za tą cenę wykona przedmiot zamówienia w wymaganym zakresie ze szczególną starannością. Oświadczył ponadto, że przeprowadził wizję lokalną w budynku „C” w ZOD Politechniki Wrocławskiej przy ul. Armii Krajowej 78 w Wałbrzychu - co oznacza, że przedmiot zamówienia oraz warunki jego realizacji są mu doskonale znane. Pokreślił również, że wszystkie użyte przy realizacji zamówienia materiały będą nowe i pełnowartościowe, natomiast niekoniecznie identyczne (w dorozumieniu tańsze) z wykazanymi w dokumentacji projektowej. Zacytował przy tym stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi udzielonej na zapytanie do SIWZ, skierowane przez jednego z uczestników postępowania (pismo z 15 lutego 2012 r., znak: AC/BZP/242/300/17/EM/2012): „Zgodnie z zapisem SIWZ (Rozdz. II pkt 15) oraz z oświadczeniem Projektanta w Projekcie wykonawczo-budowlanym w oparciu o treść art. 29 ust. 3 uPzp „Projekt realizuje konkretny zakres robót. Doboru materiałów i technologii dokonano na podstawie programów i katalogów konkretnych firm - wszelkie nazwy firmowe materiałów i wyrobów użyte w dokumentacji powinny być traktowane, jako definicje standardu, a nie, jako konkretne nazwy firmowe tych materiałów i wyrobów. Dopuszcza się stosowanie materiałów i wyrobów „równoważnych”, co do ich cech i parametrów technicznych.”

W dniu 12 marca 2012 r. Zamawiający w piśmie zatytułowanym „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” poinformował Odwołującego (oraz innych uczestników postępowania) o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ofert złożonych przez firmę R.Zieliński, Budownictwo Ogólne i Przemysłowe z Obornik Śląskich oraz przez Odwołującego. W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie przedstawione wyjaśnienie nie potwierdza, że oferowana cena nie nosi znamion „ceny rażąco niskiej”.

Odwołujący zauważa, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia "rażąco niska cena", jednak w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczną ceną, za którą

nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.

W orzecznictwie wskazywano, iż „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodną oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę (Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XTX Ga 3/07). Podobnie rażąco niska cena jest definiowana w orzecznictwie arbitrażowym: „Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe” (wyroki KIO 2771/11 i KIO 2737/11).

Jednym z punktów odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego, powiększona o właściwą stawką podatku VAT. Jednakże to ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, a na kalkulacje mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców, wobec tego są one doskonałym punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej.

W tym kontekście odwołujący zwraca uwagę na obecną sytuację na rynku zamówień publicznych z zakresie wykonawstwa robót budowlanych (spowodowaną głównie spowolnieniem gospodarczym), w której nastąpiło znaczące zainteresowanie przetargami publicznymi wśród przedsiębiorców, prowadzącej to składania ofert przez licznych wykonawców, a wobec dużej konkurencji oraz faktu, iż najczęściej cena jest jedynym kryterium oceny ofert, do znaczącego obniżenia cen ofertowych. Często więc, wartość przedmiotu zamówienia, oszacowana przez zamawiającego w oparciu o dotychczasowe doświadczenia i ceny z porównywalnych zamówień, w sposób znaczący przekracza wartość poszczególnych ofert.

W przedmiotowym postępowaniu złożono 11 ofert, których ceny w większości były znacząco niższe od szacunków Zamawiającego (średnia cena wszystkich ofert o przeszło 25%). W tym stanie rzeczy, przed wszczęciem postępowania mającego na celu ustalenie czy złożone oferty zawierają rażąco niską cenę, Zamawiający powinien uwzględnić ceny innych ofert złożonych w tym postępowaniu. Już bowiem sam fakt zaoferowania wykonania zamówienia przez kilku wykonawców za zbliżonym wartościowo wynagrodzeniem, świadczy o tym że zaproponowane przez nich ceny są realistyczne i nie mieszczą się w pojęciu „rażąco niskiej ceny”. Przepisy art. 90 stwarzają wprawdzie możliwość (a nie obowiązek), dając Zamawiającemu pewien margines

swobody działania w tym zakresie, ale nie mogą być wykorzystywane w celu eliminacji z postępowania uczestników postępowania, którzy zapewniają prawidłowe wykonanie zamówienie za ceny nieznacznie niższe od konkurencji. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie arbitrażowym, np. w wyroku KIO 1526/11 Izba stwierdziła m.in.: „Nie można uznać za prawidłowe działanie zamawiającego polegające na automatycznym wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., gdy cena oferty różni się od wartości szacunkowej o określony przyjęty przez zamawiającego procent, bez analizy czy w istocie zachodzi podejrzenie zaniżenia ceny w sposób tak istotny, iż nie gwarantuje ona wykonania zamówienia (...) Zastosowanie art. 90 ust. 1 p.z.p. winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Natomiast brak takich przesłanek czy wręcz brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny, traktować należy jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 p.z.p.". W wyroku KIO 1320/11.: „Korzystając z procedury wyjaśnienia oferty w zakresie rażąco niskiej ceny zamawiający winien swoje wątpliwości oprzeć na obiektywnych przesłankach mających potwierdzić zasadność powstania po stronie zamawiającego wątpliwości, że oferowana cena może być ceną rażąco niską, w innym przypadku działanie zamawiającego powinno zostać ocenione jako nadużycie. "

Odwołujący podkreśla, że przesłanką odrzucenia oferty określoną w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W efekcie decyzji podjętych w przedmiotowym postępowaniu, za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy, który zaoferował wykonanie zamówienia za cenę zaledwie o 1% wyższą (w odniesieniu do kwoty przewidzianej na sfinansowanie zamówienia) od ceny Odwołującego. Cena ta nie tylko więc nie odbiega rażąco od innych ofert, ale wręcz nie odbiega w ogóle, bo jest z tymi ofertami porównywalna. Odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Zamawiający nie może opierać się na przypuszczeniach, musi natomiast wykazać, że za daną cenę nie da się wykonać przypisanego do niej zakresu robót, co może wskazywać na to, że jest ona rażąco niska. Fakt jej wystąpienia powinien udowodnić Zamawiający. Nie wystarczy przy tym sama deklaracja, że dana cena wydaje się zaniżona lub nierealistyczna. O cenie rażąco niskiej nie przesądzają też fragmentaryczne, niezgodne z oczekiwaniami zamawiającego, wyjaśnienia wykonawcy. Ogłaszający przetarg takie braki powinien zestawić z wyceną innych elementów i przedstawić ich wagę na tle całego przedmiotu zamówienia i jego wartości. Dopiero brak wytłumaczenia się wykonawcy z wyceny określonych robót i nieuwzględnienie kosztów części zamówienia może stanowić podstawę do uznania, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną (wyrok KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11). Wg KIO „Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 jest realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej". W tym stanie rzeczy nie można traktować ceny ofertowej Odwołującego jako rażąco niskiej, a zarówno postępowanie wyjaśniające Zamawiającego w

trybie art. 90, jak i decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, należy uznać za nieuprawnione.

Odwołujący zwraca uwagę, że uruchomienie procedury w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co nie miało w stanie faktycznym miejsca. Ponadto występując do wykonawców o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. zamawiający ograniczył się jedynie do prośby o przeanalizowanie przez wykonawców, czy są w stanie wykonać, ze szczególną starannością, wszystkie wymagane roboty budowlane określone w dokumentacji projektowej. Takiej też, potwierdzającej odpowiedzi, udzielił mu odwołujący, dodatkowo wyjaśniając, że do wykonania zamówienia użyje - w sposób zaakceptowany przez Zamawiającego - materiałów o równorzędnych cechach i parametrach technicznych, zatem tańszych niż wskazane w dokumentacji projektowej. W orzecznictwie i w doktrynie przyjmuje się, że prawidłowa ocena wyjaśnień wykonawcy możliwa jest wówczas, gdy zamawiający wskazuje w wezwaniu zakres jego wątpliwości (KIO 2640/11) W wyroku tym Izba stwierdziła: „Zatem, zamawiający odrzucając ofertę na podstawie wskazanego przepisu, zobowiązany jest wykazać, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają rażąco niską ceną oferty. Z powyższego wynika, że ciężar dowodzenia w tym przypadku spoczywa na zamawiającym (...) W piśmie o odrzuceniu oferty zamawiający nie podał, że dokonał oceny ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, natomiast jako pierwszoplanową podstawą jej odrzucenia wskazał art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, który zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wykazał spełnienia tej przesłanki. ”

W innym wyroku (KIO 2192/11) Izba stwierdziła: „Pytanie do wykonawcy powinno natomiast zawsze wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny”, a w wyroku KIO 1868/11 : „Jeśli zamawiający jest w stanie skonkretyzować wątpliwości, podać przyczyny, które uzasadniają przypuszczenie zaoferowania ceny rażąco niskiej, to działając z należytą starannością winien wskazać je w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Jednak sam brak ścisłej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie może być podstawą odrzucenia oferty. ”

Ani wcześniej, ani też w piśmie z 12 marca 2012 r., zawierającym informację (decyzję) o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający nie udowodnił i nie uzasadnił należycie własnego domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Ograniczył się jedynie do lakonicznego stwierdzenia, że w jego ocenie przedstawione wyjaśnienie Wykonawcy nie potwierdza, że oferowana cena nie nosi znamion „ceny rażąco niskiej” Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 upzp. ” Pomijając fakt powołania w tym przypadku niewłaściwej podstawy prawnej (właściwy byłby art. 89 ust. 1 pkt 4) odwołujący stwierdza, że odrzucenie oferty było bezpodstawne, ponieważ zaoferowana cena nie jest ceną

rażąco niską, jej wysokość nie odbiega od innych ofert, z kolei taki poziom oferowanych cen za wykonanie przedmiotu zamówienia (znacznie niższy od wartości szacunkowych), jest wynikiem rzeczywistego poziomu cen rynkowych w tym konkretnym postępowaniu. Ceny te kalkulowane były w tym samym czasie, w konkretnych warunkach gospodarczych, przez podmioty mające doświadczenie w realizacji podobnych zamówień

Odwołujący wskazał, że złożył najkorzystniejszą spośród złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powołaniem art. 90 ust. 3 ustawy pzp stwierdziwszy, że wykonawca w złożonym w dniu 21.02.2012 r. wyjaśnieniu poinformował, że w cenie uwzględnił wszystkie elementy zawarte w dokumentacji i przedmiarze robót, wykona zamówienie ze szczególną starannością oraz że zamawiający dopuścił stosowanie materiałów równoważnych. Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienie wykonawcy stanowi wyłącznie oświadczenie woli wykonania zamówienia i nie przedstawiono żadnych konkretnych okoliczności uzasadniających przyjęty poziom ceny oferty oraz nie załączono jakichkolwiek dowodów potwierdzających, iż cena ofertowa została skalkulowana w sposób rzetelny. Odnosząc się do zarzutów i żądań odwołania stwierdził, że są one nieuzasadnione i wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał w toku rozprawy, że podstawą prawną odrzucenia oferty odwołującego jest art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Zauważył, że czynność wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny nie była kwestionowana przez wykonawców, była też uzasadniona, czego dowodem są wyniki przeprowadzonego postępowania. Wskazał, że wykonawca oferujący najniższą cenę potwierdził, że w cenie nie uwzględnił branży sanitarnej i elektrycznej i w rzeczywistości jego cena powinna być znacznie wyższa. Wykonawca wybrany przedstawił wyjaśnienia, w których m.in. wskazał, że jest właścicielem hurtowni materiałów budowlanych, co ma istotne znaczenie biorąc pod uwagę, że ceny materiałów są istotnym składnikiem cenotwórczym i ponadto przedstawił również kosztorysy szczegółowe. W ocenie zamawiającego wyjaśnienia odwołującego były tylko ogólnym stwierdzeniem z deklaracją o wykonaniu zamówienia bez wskazania dowodów.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego „Siribud Minari S.A.” z siedzibą w Wałbrzychu wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że zamawiający dokonał czynności zgodnie przepisami oraz w oparciu i z uwzględnieniem ustawowo określonych przesłanek, których zaistnienie stwarza obowiązek odrzucenia oferty, co do której wykonawca nie złożył wyjaśnień bądź też wyjaśnienia potwierdzają domniemanie o istnieniu rażąco niskiej ceny. Stwierdził, że zainicjowana przez zamawiającego procedura z art. 90 ust. 1 ustawy pzp przesądziła o istnieniu, w konkretnych okolicznościach sprawy domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej, którego obalenie ciążyło na wykonawcy, korzystającego z uprawnienia do

złożenia merytorycznych wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów, mogących powyższe domniemanie niweczyć. Przystępujący wskazał na wyrok KIO 2120/11, z którego wynika, że to na wykonawcy ciąży obowiązek obalenia domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny i nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, a zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu stawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Przystępujący stwierdził, że odwołujący miał możliwość wykazania, że zaoferował cenę realną, lecz nie przedstawił rzeczowej argumentacji, jak również dowodów uzasadniających wysokość ceny poprzestając jedynie na złożeniu ogólnikowego oświadczenia pozbawionego merytorycznej argumentacji. Zatem nie obalił domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, czego skutkiem było zastosowanie sankcji, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przystępujący powołał wyrok KIO 2723/11 – „Stwierdzenie ceny rażąco niskiej wymaga dokonania negatywnej oceny wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę, a więc stwierdzenia przez zamawiającego, że w warunkach danego postępowania, wykonawca nie wskazał na żadne obiektywne czynniki, które pozwalają na skalkulowanie ceny na poziomie podanym przez wykonawcę. Także KIO 1868/11: „Lekceważenie wezwania, w postaci milczenia wykonawcy, albo udzielenia wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nie rozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. /...”.

Przystępujący kwestionuje argumentację odwołującego ukierunkowaną na wykazanie, iż skoro zamawiający nie żądał przedłożenia konkretnych informacji, dowodów itp., to nie wykonawca nie powinien ponosić ujemnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty, zważywszy na profesjonalny charakter prowadzonej działalności gospodarczej. Wskazał na wyrok KIO 2251/11 i 2431/11.

Przystępujący stwierdził, że odwołujący stara się wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie ma znamion rażąco niskiej, podczas gdy w niniejszej sprawie istotne znaczenie ma art. 90 ust. 3 przewidujący sankcję w postaci odrzucenia oferty w razie braku argumentów i dowodów obalających domniemanie ceny rażąco niskiej.

Wskazał przy tym, że sam przedłożył dowody w postaci kosztorysów ofertowych, które pozwalały na dokonanie weryfikacji ceny, jako realnej i pozwalającej na wykonanie zamówienia, natomiast odwołujący nie przedstawiając rzeczowej i konkretnej argumentacji pozwalającej na zweryfikowanie czynników, które kształtowały cenę, nie sprostował ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, iż przedłożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz do protokołu, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba dokonała ustaleń stanu faktycznego na rozprawie.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Po dokonaniu oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdza, co następuje.

Oceniając czynności zamawiającego podjęte na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, skład orzekający uznaje, że w prowadzonym postępowaniu zaistniały przesłanki faktyczne i prawne do wezwania wykonawców, w tym odwołującego, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Należy zauważyć, że wezwaniem nie objęto wszystkich 11 oferentów, którzy proponowali ceny niższe od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, lecz jedynie trzech spośród nich oferujących ceny najniższe. Czynność wezwania nie była przy tym kwestionowana na tym etapie przez żadnego z wykonawców. Skład orzekający uznaje, że uzasadnione wezwanie do złożenia wyjaśnień stwarza domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej, którego obalenie obciąża wykonawcę, do którego skierowano wezwanie. Ustalono, że w wezwaniu zamawiający zażądał udzielenia pisemnych wyjaśnień dotyczących elementów oferty cenowej mających wpływ na wysokość ceny ofertowej, a nie jedynie prośbę o przeanalizowanie możliwości rzeczywistego wykonania całości robót za oferowaną cenę, jak sugeruje odwołujący uzasadniając zarzuty (dowód: pismo zamawiającego z dnia 20.02.2012 r.). W udzielonej odpowiedzi (pismo wykonawcy z 21.02.2012 r.) odwołujący poinformował, że cena oferowana zawiera zawarte w przedmiarze oraz w projektach elementy składające się na oferowaną cenę. Wskazał, że przeprowadził wizję lokalną obiektu, oświadczył, że wykona przedmiot zamówienia ze szczególną starannością, w tym stosując materiały zgodnie zapisami siwz zauważając przy tym, że specyfikacja dopuszcza stosowanie materiałów i wyrobów „równorzędnych” do opisanych w siwz.

Na podstawie treści powołanego pisma Izba uznaje, że zamawiający miał podstawy stwierdzić, że wykonawca nie wykazał, iż oferowana cena nie ma znamion rażąco niskiej. Wyjaśnienie stanowi w rzeczywistości jedynie deklarację i potwierdzenie wykonania przedmiotu zamówienia bez wskazania żadnego czynnika cenotwórczego wpływającego na

wysokość ceny. Mimo pozostawionej mu swobody co do sposobu złożenia wyjaśnień, nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie swojego oświadczenia, ani w zakresie całej ceny, ani żadnego z jej elementów składowych, nie wskazał też innych czynników, w tym wskazanych przykładowo w art. 90 ust. 2 ustawy pzp. W konsekwencji nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej i zaistniała podstawa odrzucenia oferty. W odróżnieniu od odwołującego, drugi z wykonawców tj. przystępujący przedstawił wyjaśnienia poparte załączonymi kalkulacjami z informacją o dysponowaniu własną hurtownią materiałów budowlanych zauważając, że materiały stanowią istotnych element cenotwórczy. Fakt, iż ceny tych wykonawców są podobne, nie oznacza w ocenie Izby, że ceny te stanowiły w tych okolicznościach wielkość, którą można uznać za standard rynkowy i nie wymagały wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy pzp. Dodatkowym potwierdzeniem tej tezy jest w niniejszym postępowaniu fakt, że trzeci z wykonawców wezwanych do złożenia wyjaśnień w tym samym trybie potwierdził, że w cenie nie uwzględnił robót w branży sanitarnej i elektrycznej, a zaoferowana cena jest nierealna. W tym miejscu warte uwagi jest spostrzeżenie, iż hipotetyczne przyjęcie braku podstaw do żądania od wykonawców wyjaśnień na okoliczność cen ofertowych doprowadziłoby do wyboru oferty wskazanej w zdaniu poprzednim, co do której niesporne jest dla wszystkich uczestników, że podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji uznając, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych przez odwołującego i zasadnie odrzucił ofertę odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: