

WYROK
z dnia 21 luty 2013r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 luty 2013r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 luty 2013 r. przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Usługowe ZNAK Z..... O..... ul. Cieplicka 126a; 58-570 Jelenia Góra w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Jelenia Góra, Plac Ratuszowy 58; 58-570 Jelenia Góra

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usługowe ZNAK Z..... O..... ul. Cieplicka 126a; 58-570 Jelenia Góra i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Usługowe ZNAK Z..... O..... ul. Cieplicka 126a; 58-570 Jelenia Góra tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Jeleniej Górze

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30.11.2012r. pod poz.2012/S 231-380885 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Przedmiotem zamówienia jest bieżące utrzymanie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu na ulicach zarządzanych przez Miasto Jelenia Góra.

Odwołanie dotyczy rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku którego jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę Kółka Rolniczego w Siedlęcinie, Siedlęcin ul. Lwówecka 24, 58-508 Jelenia Góra zwanego dalej „wykonawcą wybranym” i odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Usługowego ZNAK Z..... O..... ul. Cieplicka 126 a, 58-570 Jelenia Góra zwanego dalej „odwołującym”.

Zaskarżonej czynności zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j. t. 2010r. Nr 113 poz.759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą PZP”: art. 7 ust. 1 prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, art. 89 ust.1 pkt 3 i 4 uznanie, że całościowa oferta zawiera rażąco niską cenę i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, art.89 ust.1 pkt 4 poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy wybranego, którego oferta zawiera rażąco niską cenę, art. 89 ust.1 pkt 8 w zw. z art. 24 d ustawy o samorządzie gminnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, którego prezesem jest A..... S..... G..... posiadający jednocześnie mandat radnego Rady Miejskiej Jeleniej Góry.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy wybranego, odrzucenia oferty odwołującego, odrzucenie oferty wykonawcy wybranego, ponownego dokonania badania i oceny ofert, wyboru oferty odwołującego, zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z zestawieniem przedstawionym na rozprawie.

Wskazując na interes we wniesieniu odwołania podniósł, że gdyby nie naruszenia zamawiającego jego oferta byłaby najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania przedstawił argumentację faktyczną i prawną.

Odwołujący przywołał pismo zamawiającego z dnia 29 stycznia 2013r., którym zawiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty po uzyskanych wyjaśnieniach w trybie art.90 ust.3 ustawy PZP.

Odwołujący nie zgadza się z argumentacją zamawiającego w zawiadomieniu i dlatego wniosł odwołanie.

Odwołujący podniósł kwestię braku ustawowej definicji rażąco niskiej ceny.

To odwołujący jest uprawniony do samodzielnej kalkulacji ceny ofertowej i dokonuje jej na własne ryzyko. Nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że konkurencja oferentów w zakresie wskazywania cen będących składnikami kalkulacyjnymi zmierza do utrudniania innym oferentom dostępu do rynku.

Zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art.90 i musi być wynikiem podejrzenia zamawiającego, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje bardzo niską cenę, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np.: kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień oparł swoje wątpliwości o ceny poszczególnych ofert nie zaś szacunkową wartość zamówienia. Każda z ofert, biorących udział w przedmiotowym postępowaniu w sytuacji przyjęcia sposobu definiowania pojęcia rażąco niskiej ceny w sposób jak to zrobił zamawiający podlegałyby odrzuceniu. Zamawiający jest zobligowany do równego traktowania wykonawców. Prezes wykonawcy wybranego jest radnym i z tego tytułu nie powinien brać udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy odwołanie jest zasadne.

Pismem z dnia 18.02.2013r. pełnomocnik zamawiającego złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył ci następuje.

Co do interesu do wniesienia odwołania

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Z uwagi na odrzucenie jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny oraz wynikającego z tej przyczyny czynu nieuczciwej konkurencji oferta odwołującego nie została sklasyfikowana w rankingu ofert o obowiązujące kryteria oceny ofert. W związku z tym odwołujący ma prawo do wniesienia odwołania,

ponieważ ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę przez nie uzyskanie dochodu z zamówienia w rozumieniu art.197 ust.1 ustawy PZP.

Izba ustaliła

Zamawiający pismem z dnia 29.01.2013r. zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy wybranego podając zaoferowane ceny jednostkowe brutto zgodnie z Tabelą Nr 1 a zawierającą cennik znaków drogowych, Tabelą 1 b zawierającą cennik za roboty i Tabelą 1c zawierającą cennik za prace interwencyjne rozliczane kosztorysem powykonawczym przy zastosowaniu wskazanych w tabeli elementów kosztowych. Zamawiający również przedstawił wyniki badania i oceny pozostałych pięciu wykonawców. Przy czym oferta jednego z pozostałych wykonawców została odrzucona to jest oferta odwołującego.

Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne.

W wyniku ponownie przeprowadzonej analizy ofert Komisja Przetargowa stwierdziła, że wyjaśnienia wykonawcy (odwołującego) są ogólnikowe i nie uzasadniają zastosowania przez wykonawcę zaniżonych cen w ofercie. Wykonawca był zobowiązany do przedstawienia wyjaśnień jak najbardziej szczegółowych, które powinny przedstawiać aspekty mające wpływ na wysokość zastosowanych cen jednostkowych, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego ich wyliczenia oraz muszą przekonywać, że zaproponowana cena nie zawiera ceny rażąco niskiej. Zamawiający oceniając ofertę oczekiwał udowodnienia przez wykonawcę, że podana cena została prawidłowo skalkulowana, przy czym ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, co wynika z art. 90 ust.3 ustawy PZP.

Ponadto złożenie oferty z ceną rażąco niską stanowi czyn nieuczciwej konkurencji poprzez ograniczenie dostępu do rynku pozostałym wykonawcom.

W uzasadnieniu prawnym przedstawiono następującą argumentację. Odrzucenie oferty następuje na podstawie art.89 ust.1 pkt 3 i 4 ustawy PZP, ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 11.01.2013r. zamawiający zwrócił się pisemnie do odwołującego o dostarczenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Elementy, które wymagały wyjaśnienia zostały ustalone w toku badania i oceny oferty przez Komisję Przetargową. Elementy te zostały szczegółowo w wyżej wymienionym piśmie zamawiającego do odwołującego wyspecyfikowane i dotyczyły następujących pozycji w formularzu oferty w Tabeli 1a pozycja: 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 11, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 32,

34, 35, 39 zawierające niskie ceny, które w świetle ustawy mogą być uznane za rażąco niskie.

Do wezwania zamawiającego ustosunkował się odwołujący w piśmie z dnia 14.03.2013r. w następujący sposób. Ceny w tabeli 1a w pozycjach 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 11, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 32, z uwagi na system punktacji zostały skalkulowane bardzo nisko. Straty na tych cenach uzupełniała pozycja 30 dość wysoko skalkulowana. Natomiast ceny w pozycjach 34, 35 zostają uzupełnione ceną z pozycji 5 w tabeli 1b. cena z pozycji 39 zostaje uzupełniona ceną z pozycji 7 tabela 1b. Wysoki system punktacji cen w tabeli 1a i dość niski system punktacji tabeli 1b wpłynął na taki a nie inny sposób konstrukcji cen dający szansę na wygraną w przetargu. Reasumując ceny w naszej ofercie nie są rażąco niskie ani rażąco wysokie, pozwoliły zdobyć większą ilość punktów i ewentualnie wygrać przetarg.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że za wyjątkiem odwołującego i ZABERD byli wzywani do wyjaśnienia tabeli nr 1b, zamawiający uznał te wyjaśnienia za wiarygodne, co do oferty wybranej to wykonawca ten wygrał przetarg na bieżące utrzymanie dróg, z tego co wiem przetarg ma realizowany do końca 2014 r. i wyjaśnił, że codziennie jest na ulicach miasta i nie musi dodatkowo angażować sił do wykonania czynności wymienionych w tabeli nr 1b. do poszczególnych wykonawców zapytania dotyczyły wycen na poziomie 1,00 zł.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Izba przeprowadziła na rozprawie wnioskowane dowody przez zamawiającego to jest: zestawienie cen zakwestionowanych pozycji w ofercie nr 3 w porównaniu z cenami pozostałych ofert oraz umowy z 14.12.2009 r. pomiędzy zamawiającym a odwołującym, aneks nr 2/2012 z 08.11.2012 r., aneks nr 1/2012 z 10.02.2012r., aneks nr 3/2011 z 13.12.2011 r., aneks nr 2/2011 z 19.09.2011 r., aneks nr 1/2011 z 14.02.2011 r. na okoliczność wskazania w ofercie nr 3 rażąco niskiej ceny i konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w stosunku do odwołującego pod kątem podejrzenia istnienia rażąco niskiej ceny, oraz z zestawienia cen rynkowych zakwestionowanych pozycji oferty nr 3 to jest odwołującego ze sklepów internetowych, sklepu CZMUDA RESTAL VIMEDY MULTIPLAST producenci znaków drogowych wraz z podłączonymi ofertami i cennikami – wydruki. Zamawiający wnosząc o przeprowadzenie dowodów ze wskazanych dokumentów i wydruków z Internetu oświadczył, że zdaje sobie sprawę, że w praktyce można uzyskać niższe ceny u producentów, ale ceny wskazane przez odwołującego ewidentnie wskazują na dopuszczenie się przez odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji.

Z analizy przeprowadzonej przez zamawiającego stwierdza, że za ceny podane w ofercie odwołującego nie można nabyć znaków drogowych w celu realizacji zamówienia. Ogólny wniosek nasuwa się zamawiającemu, że ceny oferentów na zakup znaków drogowych są niższe od cen podanych u producentów ale w mniejszym stopniu one odbiegają od cen

podanych przez odwołującego. Stąd ostatni wniosek dowodowy zamawiającego ma służyć również wykazaniu czynu nieuczciwej konkurencji w myśl art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba uznała za przyznaną okoliczność, że w ofertach wykonawców nie znajdują się globalne ceny brutto zamówienia, a wartość zamówienia wynika z wartości ustalonej przez zamawiającego.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu odrzucenia oferty odwołującego w związku z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 3 i 4 ustawy PZP i art. 7 ust.1 i 3 ustawy PZP.

Z przeprowadzonych dowodów z dokumentów przywołanych przez strony na rozprawie a w szczególności z oferty odwołującego i zestawienia cen podanych w ofertach przez pozostałych wykonawców znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiającego wynika, że ceny podane przez odwołującego w Tabeli 1 a, a odnoszące się do cen znaków drogowych w ofercie odwołującego znacznie odbiegają od cen u pozostałych wykonawców.

Natomiast sam odwołujący odpowiadając na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia zastosowanych cen w pozycjach z Tabeli 1 a, nie wyjaśnia szczegółowych elementów kalkulacji, która spowodowała podanie cen w oznaczonej wysokości w jego ofercie. Natomiast odwołujący jednoznacznie w swoich wyjaśnieniach stwierdza, że jeżeli chodzi o wycenę zastosowanych cen w Tabeli nr 1a to przyczyną takich a nie innych cen był system punktacji ustalony w SIWZ zamawiającego służący wyborowi najkorzystniejszej oferty. Z powyższego wyjaśnienia wynika, że odwołujący przyznaje, że nie dokonywał kalkulacji podanych cen w tabeli 1 a pod kątem ich realności kosztów czyli możliwości za podane ceny wykonania zamówienia tylko pod kątem wygrania przetargu. W ocenie Izby takie postępowanie odwołującego wręcz potwierdza praktykę nieuczciwej konkurencji wobec pozostałych wykonawców. Odwołujący sam przyznaje, że jego cennik nie ma na celu realności ceny za jaką można wykonać zamówienie tylko stanowi element walki konkurencyjnej, mającej służyć wygraniu przetargu w kontekście ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert przez zamawiającego.

Z drugiej strony należy na takie wyjaśnienie spojrzeć ze strony celu w jakim zamawiający występuje do wykonawcy w trybie art. 90 ust.1 ustawy PZP (Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny). Z treści tego przepisu wynika, że jeżeli zamawiający podejrzewa rażąco niską cenę to ma obowiązek przeprowadzenia w tym kierunku postępowania wyjaśniającego z udziałem zainteresowanego wykonawcy. Tak też zamawiający uczynił dokonując uprzednio, jak wyjaśnił na rozprawie, porównania cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców w Tabeli 1a oraz w kontekście cen zakupu znaków drogowych u producentów. Sam zamawiający na rozprawie przyznaje, że wykonawcy zaproponowali niższe ceny niż podają producenci, ale jest to możliwe, że ceny finalne zakupu to jest transakcyjne u producentów, od cen oficjalnie oferowanych (np.: na stronach internetowych) są niższe. Natomiast ceny zaproponowane przez odwołującego przekraczają poziom dopuszczalnych rozbieżności również w stosunku do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. W tym stanie rzeczy zamawiający wystosował do odwołującego wezwanie o stosowne wyjaśnienie w trybie art. 90 ust.1 ustawy PZP. Według Izby takie zachowanie zamawiającego w kontekście zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego to jest cenników producentów znaków drogowych oraz zestawienia cenowego pozostałych oferentów należy uznać za usprawiedliwione i nie stanowi jak to podnosi w swoim odwołaniu odwołujący naruszenia zasady równego traktowania wykonawców również w kontekście wykonawcy wybranego.

Natomiast w kontekście obowiązku wykonawcy do złożenia wyjaśnień na wezwanie w trybie art.90 ust.1 i treści zawartych w tym wyjaśnieniu to jest w piśmie odwołującego z dnia 14.01.2013r. należy uznać, że odwołujący wyjaśnień nie złożył, ponieważ stwierdzenie, że ceny wynikają z punktacji przyjętej do oceny ofert, nie stanowi odpowiedzi na zadane pytanie tylko stanowi potwierdzenie nieuczciwej gry wobec pozostałych wykonawców.

Bowiem zgodnie z art.90 ust.2 ustawy PZP zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Natomiast odwołujący udzielając wyjaśnień stwierdza lakonicznie „wysoki poziom punktacji cen w tabeli nr 1a i dość niski system punktacji tabeli 1 b, wpłynął na taki a nie inny sposób konstrukcji cen dający szansę na wygraną przetargu. Reasumując ceny w naszej ofercie nie są rażąco niskie ani rażąco wysokie, pozwoliły zdobyć większą ilość punktów i ewentualnie wygrać przetarg”.

Takie wyjaśnienia nie można uznać w ogóle za wyjaśnienia, ponieważ jest to stosunek odwołującego co do roli ceny w uzyskaniu zamówienia, a nie uzasadnienie do cen zaoferowanych w ofercie pod kątem realności zaoferowanej ceny w stosunku do ponoszonych kosztów.

Owszem odwołujący w swojej odpowiedzi wskazał, że niektóre pozycje zaniżone zostają wyrównane w innych pozycjach cennika. I tak odwołujący stwierdza, że „Ceny w tabeli 1a w pozycjach 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 11, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 32, z uwagi na system punktacji zostały skalkulowane bardzo nisko. Straty na tych cenach uzupełniała pozycja 30 dość wysoko skalkulowana. Natomiast ceny w pozycjach 34, 35 zostają uzupełnione ceną z pozycji 5 w tabeli 1b. cena z pozycji 39 zostaje uzupełniona ceną z pozycji 7 tabela 1b.” Owszem jest to jakieś odniesienie się do wątpliwości zamawiającego. Niemniej wobec treści art.90 ust.2 ustawy PZP sposób próby wyjaśnienia zastosowania cen w ofercie odwołującego należy uznać za dowód stanowiący braku przestrzegania co do treści wezwania nie tylko zamawiającego, ale przede wszystkim dyspozycji zawartych w przepisie art.90 ust.2 ustawy PZP. Z dyspozycji tego przepisu wynika przede wszystkim, że zamawiający oceniając wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki, a takich co do zasady odwołujący nie podał, ponieważ za czynniki wpływające na wysokość ceny nie można uznać „chęci wygrania przetargu i dostosowanie wyceny nie do kosztów usługi tylko do kryteriów oceny ofert”. Natomiast nawet wzmiankowane przez odwołującego przerzucenie kosztów do innych pozycji spowodowane było tym, że te pozycje były niżej oceniane przy wyborze najkorzystniejszej oferty, więc można było je wyżej wycenić kosztowo, ponieważ nie miały wpływu na szansę wygrania przetargu (Wysoki system punktacji cen w tabeli 1a i dość niski system punktacji tabeli 1b, wpłynął na taki a nie inny sposób konstrukcji cen dający szansę na wygraną w przetargu.”). Czyli nie koszty w wycenie oferty decydowały o poziomie cen tylko punktacja służąca wyborowi najkorzystniejszej oferty (kryteria oceny ofert).

W związku z powyższym zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust.3 ustawy PZP, ponieważ w przedmiotowej sprawie wystąpiła okoliczność nie złożenia wyjaśnień przez odwołującego. Nie można uznać za złożenie wyjaśnień oświadczenia, że o wysokości cen decydowały kryteria oceny ofert i nawet przerzucenie pewnych kosztów do innych pozycji było podyktowane również kryteriami oceny ofert, a co jednoznacznie wynika z treści wyjaśnień odwołującego z dnia 14.01.2013 roku.

W zaistniałej sytuacji zarzut odwołującego naruszenia art. 7 ust.1 i 3 oraz art.89 ust.1 pkt 3 i 4 ustawy PZP, poprzez bezpodstawne uznanie, iż całościowa oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę co według zamawiającego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji odrzucenie jego oferty, nie został uwzględniony.

Niemniej na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału zamawiający nie wykazał, iż oferta odwołującego ma znamiona rażąco niskiej ceny.

Natomiast odwołujący nie złożył wyjaśnień w rozumieniu art.90 ust.3 ustawy PZP, a co obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty.

Bowiem odpowiedź udzielona w dniu 14.01.2013r. przez odwołującego na wezwanie zamawiającego z dnia 11.01.2013r. nie może być traktowana jako udzielenie wyjaśnień w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny a jedynie wskazaniem na czyn nieuczciwej konkurencji w związku ze złożeniem oferty zawierającej ceny ukształtowane na uzyskanie najwyższej punktacji w kryteriach oceny ofert, a nie na pokrycie kosztów usługi i zysk.

W związku z powyższym merytoryczną podstawę odrzucenia oferty stanowi art.90 ust.3 ustawy o czym zamawiający zaznaczył w zawiadomieniu z dnia 20.01.2013r. stwierdzając między innymi, że „Zamawiający oceniając ofertę oczekiwał udowodnienia przez Wykonawcę, że podana cena została prawidłowo skalkulowana(...)

Reasumując pomimo, braku podania właściwej podstawy prawnej do czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego, czynność ta jest prawidłowa w oparciu o zaistniały stan faktyczny sprawy w związku z treścią art. 90 ust.3 ustawy PZP.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 PZP.

Zarzut nie został wykazany przez odwołującego. Natomiast zarzut ten nie został przyznany przez zamawiającego, który zaprzeczył jakoby oferta wykonawcy wybranego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający ponadto oświadczył na rozprawie, że stosowanie 1 zł opłat przez wykonawcę wybranego za czynności wymienione w tabeli nr 1b znajduje uzasadnienie w związku z tym, że wykonawca wybrany świadczy już inne usługi na mieście i w związku z tym, ewentualne czynności opisane w tabeli 1 b może niejako wykonywać przy okazji już zakontraktowanego zamówienia („co do oferty wybranej to wykonawca ten wygrał przetarg na bieżące utrzymanie dróg, z tego co wiem przetarg ma wygrany do końca 2014 r. i wyjaśnił, że codziennie jest na ulicach miasta i nie musi dodatkowo angażować sił do wykonania czynności wymienionych w tabeli nr 1b”). W tym miejscu należy nadmienić, że czynnościami tego rodzaju są: demontaż słupka znaku drogowego – 1 zł, demontaż przesła barierki, wygradzenia – 1,00zł, demontaż znaku drogowego -1 zł. utrzymywanie zestawu awaryjnego (ryczałt za m-c) 1 zł.

Jak sam odwołujący przyznaje co do zasady rażąco niską cenę kwalifikuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedmiotowe zamówienie dotyczy usług, które będą rozliczane według cen ryczałtowych cen jednostkowych określonych w tabelach nr 1a, który specyfikuje znaki drogowe, tabeli nr 1b, który określa zakresy robót np. demontaże znaków, przeseł, słupków znaków drogowych, utrzymywanie zestawu awaryjnego, demontażu tablicy bramowej oraz w przypadku wystąpienia prac, dla których oferta nie zawiera ryczałtowych cen jednostkowych, a które będą rozliczane kosztorysem powykonawczym przy zastosowaniu składników cenotwórczych to jest stawek roboczogodziny, wskaźnika kosztowa pośrednich, wskaźnika zysku oraz średnich cen Sekocenbudu za poprzedni kwartał.

Odwołujący nie przedstawił argumentacji na poparcie swojego wyводу co do rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego.

Natomiast z analizy cen stosowanych w poszczególnych ofertach w tym oferty odwołującego wynikają w różnym stopniu rozbieżności w wycenach poszczególnych pozycji. Niemniej odwołujący nie wskazał w jakiej wysokości w jego ocenie w zakwestionowanych pozycjach oferty wykonawcy wybranego, ceny powinny kształtować się na minimalnym poziomie, aby nie przekroczyć poziomu rażąco niskiej ceny. Ograniczył się tylko do porównania ze swoimi cenami w pozycjach zakwestionowanych w ofercie wykonawcy wybranego.

Ponadto co wynika, ze złożonych ofert oraz co potwierdził, również zamawiający w trakcie rozprawy w ofertach nie podawano ceny zamówienia łącznej wszystkich usług a jedynie ceny jednostkowe ryczałtowe poszczególnych usług.

Poza szacunkową wyceną zamówienia na kwotę 3.163.458,53 zł. co stanowi 787.008,29 EURO oraz kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podaną na sesji otwarcia ofert to jest kwotę 2.000.000,00zł., wykonawcy występujący w przedmiotowym postępowaniu w żadnym miejscu złożonej oferty na podali wartości ich wyceny zamówienia.

W związku z powyższym oceny rażąco niskiej ceny można jedynie dokonać w oparciu o ceny jednostkowe zamówienia, które są ryczałtowane.

Natomiast zarówno odwołujący jak i zamawiający nie podali minimalnego oczekiwanego poziomu cen na poszczególne usługi będące przedmiotem zamówienia a wynikające z tabeli 1a i 1 b.

W tym stanie rzeczy zarzut odwołującego co do rażąco niskiej ceny wykonawcy wybranego nie został udowodniony. Natomiast wyceną usługi na poziomie 1 zł. Izba uznała za uprawnioną przy uwzględnieniu wyjaśnienia, że wykonawca wybrany świadczy już usługi na mieście i wycenione czynności na 1 zł. (tabela 1b) będzie wykonywał przy okazji usług już zakontraktowanych od Miasta. Ponadto odwołujący nie wykazał rozmiaru tych usług w

stosunku do całości zamówionych usług i ich udziału w całej „wartości” zamówienia a co mogłoby mieć wpływ na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Należy zwrócić uwagę na marginesie sprawy, że pomimo sformułowania zarzutu odwołania jako braku odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny czyli na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy PZP to w uzasadnieniu odwołania formułowana jest argumentacja oparta o art.90 ust.1 ustawy PZP czyli jako brak wezwania wykonawcy wybranego do złożenie wyjaśnień z powodu podejrzenia rażąco niskiej ceny. Pomimo braku sformułowanego zarzutu w odwołaniu na podstawie art.90 ust.1 ustawy PZP, odnosząc się do tej argumentacji uzasadnienia odwołania, Izba nie stwierdziła podstaw do wezwania wykonawcy wybranego do wyjaśnienia treści złożonej oferty pod zarzutem rażąco niskiej ceny. Według Izby ewentualne żądanie wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 ustawy PZP pod adresem wykonawcy wybranego w związku z przeprowadzonym postępowaniem dowodnym i wyjaśniającym w toku rozprawy, nie znajduje uzasadnienia zarówno pod względem formalnym jak i merytorycznym.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy PZP z powodu nie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego w związku z zarzutem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art.24 d ustawy o samorządzie gminnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi, że prezesem zarządu w/w podmiotu jest osoba posiadająca jednocześnie status radnego Rady Miejskiej Jeleniej Góry obecnej kadencji.

Okoliczność faktyczna co do pełnienia funkcji prezesa zarządu wykonawcy wybranego przez radnego zamawiającego jest bezsporna.

Zgodnie z art.24 d ustawy o samorządzie gminnym, wójt, prezydent nie może powierzyć radnemu gminy, w której radny uzyskał mandat, wykonywania pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Niemniej cytowany przepis dotyczy radnego a nie osoby prawnej jakim jest wykonawca wybrany. W związku z powyższym zarzut jest bezpodstawny, z powodu brzmienia przywołanego art.24 d ustawy o samorządzie gminnym zakazującego powierzenia radnemu wykonywania pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej.

W związku z powyższym, że żaden zarzut nie został udowodniony odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w myśl art. 192 ust.2 ustawy PZP, ponieważ Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) oraz § 1 ust.1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego wpis w kwocie 15.000,00 złotych.

Przewodniczący: