

WYROK

z dnia 8 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2014 r.

przez wykonawcę: **Firma Budowlano-Drogowa „Prasbet” sp. j. W. H. , M. Z. z siedzibą w Grudziądzu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa Placu Plebiscytowego w Kwidzynie* (nr postępowania RZP.271.24.2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Kwidzyn**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **Firmę Budowlano-Drogową „Prasbet” sp. j. W. H. , M. Z. z siedzibą w Grudziądzu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego odwołującego 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 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Kwidzyn – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Przebudowa Placu Plebiscytowego w Kwidzynie* (nr postępowania RZP.271.24.2014).

15 maja 2014 r. ogłoszenie tym o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 163578-2014, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.mzd.torun.pl).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 3.646.554,72 zł, co stanowi równowartość 863.110,30 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 1.1215.518,24 zł, co stanowi równowartość 287.703,43 euro.

18 czerwca 2014 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Firmie Budowlano-Drogowej „Prasbet” sp. j. W. H. , M. Z. z siedzibą w Grudziądzu {spółka zwana również dalej w skrócie „Prasbet”} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Cellbud-Przemysłówka” sp. z o.o. z siedzibą w Kwidzynie {spółka zwana również dalej w skrócie „Cellbud-Przemysłówka”}, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego.

20 czerwca 2014 r. Odwołujący wniósł (w formie pisemnej) odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 89 ust 1 pkt 4 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty ze względu na rażąco niską cenę.
2. Art. 7 ust. 1 oraz art. 8 – przez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszenie zasady jawności.
3. Art. 90 ust. 2 – przez niedokonanie oceny złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień.
4. Art. 90 ust. 3 – przez odrzucenie oferty, mimo iż nie zawiera rażąco niskiej ceny.
5. Art. 91 ust. 1 – przez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami

oceny ofert.

6. Art. 92 ust. 1 pkt 2 – przez nieprzedstawienie rzetelnego i pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
3. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{I, IV.}

Odwołujący podał, że pkt 4 SIWZ odsyła w zakresie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia do dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Ponadto z pkt 4 oraz pkt 13 SIWZ wynika, że obowiązującą formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe, natomiast przedmiar robót należy traktować jedynie pomocniczo.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z interpretacją UZP zawartą w odpowiedzi na interpelację poselską z dnia 15 kwietnia 2013 r. (UZP/DP/)-AGA/20021/2492/13) wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła lub usługi *w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej*. Jego istotę stanowi określenie przysługującego wykonawcy wynagrodzenia z góry, *bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów* wytwarzania zamawianego dzieła lub usługi. Stosownie bowiem do art. 649 kc, w przypadku wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszelkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy, w tym ewentualnych robót zamiennych. Ryczałt polega więc na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, za realizację całego zakresu przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przy wyraźnej i dorozumianej zgodzie stron na to że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego w związku ze zwiększeniem się zakresu kosztów lub poszczególnych prac do wykonania, zaś zamawiający nie będzie legitymowany do żądania obniżenia ustalonego wcześniej przez strony ryczałtu, jeżeli zakres ten okaże się mniejszy od pierwotnie założonego (arg. z art. 632 §1 kc). W tej sytuacji bez znaczenia {dla} treści oferty wykonawcy pozostaje sposób obliczenia ceny ofertowej, a co za tym idzie – nie znajduje co do zasady uzasadnienia przedstawianie przez wykonawców kosztorysów ofertowych. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje bowiem wykonanie przez wykonawcę pełnego zakresu robót określonych w treści SIWZ .

Sygn. akt KIO 1271/14

Odwołujący zrelacjonował, że 18 czerwca 2014 r. Zamawiający przekazał mu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której podał, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy pzp, gdyż w złożonym na wniosek Zamawiającego wyjaśnieniu Wykonawca nie wykazał, iż cena oferty, w szczególności dot. wykonania elementów technologicznych fontanny, poz. 46 agregaty fontanny szt. 25, nie jest ceną rażąco niską, a tym samym potwierdził, iż w istocie cena oferty jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzeczeniem KIO 516/12 zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy pzp 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 pzp. 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 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 zwrócił 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, prowadzącą do składania ofert przez licznych wykonawców, a wobec dużej konkurencji oraz faktu, że 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 {KIO 516/12}.

Obowiązkiem Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania jest ustalenie wartości zamówienia, zgodnie z procedurami wskazanymi w art. 32-35 ustawy pzp. Ustalenie powyższej wartości ma znamienny wpływ na sposób przeprowadzania przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niewątpliwie Zamawiający kierował się jakimiś powodami odrzucając ofertę Odwołującego. Jednakże podane uzasadnienie nie przystaje do stwierdzonego stanu faktycznego. Jest to tym bardziej uzasadnione, że Zamawiający w zapisach ogłoszenia o zamówieniu przewidział udzielenie zamówień uzupełniających polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień udzielanych na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Wobec powyższe już przy ustalaniu wartości zamówienia zamawiający winien był uwzględnić wartość zamówień uzupełniających. Z powyższego należy wywieść wniosek, że kwoty podawane przez Zamawiającego jako wartości szacunkowe zamówienia winny zawierać również wartość zamówień uzupełniających.

Reasumując powyższe, wartość zamówienia przy wyborze oferty Odwołującego wraz z zamówieniami uzupełniającymi jest zbliżona do kwoty podanej przez zamawiającego na otwarciu ofert.

Odwołujący zrelacjonował, że w przedmiotowym postępowaniu złożono 3 oferty, których ceny były znacząco niższe od szacunków Zamawiającego. W tym stanie rzeczy, przed wszczęciem postępowania mającego na celu ustalenie czy złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający powinien uwzględnić ceny innych ofert złożonych w tym postępowaniu. Już bowiem sam fakt zaoferowania wykonania zamówienia przez kilku wykonawców za zbliżone wartościowo wynagrodzenie, świadczy o tym że zaproponowane przez nich ceny są realistyczne i nie mieszczą się w pojęciu „rażąco niskiej ceny”. Przepis art. 90 pzp stwarzają wprawdzie możliwość (a nie obowiązek), dając Zamawiającemu pewien margines swobody działania w tym zakresie, ale nie może być wykorzystywany w celu eliminacji z postępowania uczestników postępowania, którzy

zapewniają prawidłowe wykonanie zamówienie za ceny nieznacznie niższe od konkurencji.

Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, 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 podkreślił, 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 kilka procent wyższą 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}.

W tym przypadku Odwołujący wyjaśnienia takie złożył. Wg Krajowej Izby Odwoławczej: *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 pzp, jak i decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, należy uznać za nieuprawnione.

Odwołujący zwrócił 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.

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 oferty 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.*

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący stwierdził, 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.

{II.}

Odwołujący zarzucił, że informacja z 18 czerwca 2014 r. o odrzuceniu oferty nie zawierała żadnego uzasadnienia faktycznego, gdyż Zamawiający nie przytoczył jakichkolwiek okoliczności faktycznych i dowodów na ich poparcie, które wskazywałyby, że cena oferty jest rażąco niska oraz że zaproponowane ceny poz. 46 są rażąco niskie. Według Odwołującego z ogólnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażonych w art. 7 i 8 ustawy pzp, wynika, że Zamawiający winien co najmniej wykazać przesłanki w oparciu o które oparł swoją decyzję.

Zasada uczciwej konkurencji nakłada na Zamawiającego obowiązek przygotowania i

prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Zaś zasada jawności jest nakazem skierowanym do Zamawiającego aby na każdym etapie postępowania zagwarantował dostęp do dokumentów i informacji o podstawach podjętej decyzji dotyczącej postępowania. Regulacje te mają fundamentalne znaczenie dla wykonawców, gdyż na podstawie uzyskanych informacji formułują swoje stanowisko co do ewentualnego skorzystania z przewidzianych ustawą środków ochrony prawnej, wniesienia odwołania. Poprzez brak podania przesłanek, którymi kierował się Zamawiający, naruszył on w przedmiotowym postępowaniu zasadę jawności, gdyż wykonawcy wnosząc odwołanie mieli ograniczoną możliwość wykazania w czynnościach Zamawiającego naruszenia przepisów ustawy pzp. Obowiązek wykazania i udowodnienia, że czynność odrzucenia oferty wykonawcy miała swoje prawne i faktyczne uzasadnienie spoczywa zawsze na zamawiającym, a fakt ten powinien zostać uzewnętrzniiony wykonawcom .

Według Odwołującego jego powyższe stwierdzenia potwierdzają, że przez brak prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz jawności naruszono przepisy ustawy pzp, co miało wpływ na wynik postępowania.

Ponadto Odwołujący za orzeczeniem KIO/UZP 1419/10 podniósł, że w każdym wypadku zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności, do których jest on zobowiązany w oparciu o przepisy ustawy pzp dochodzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

{III.}

Odwołujący zrelacjonował, że 13 czerwca 2014 r. Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień odnośnie wysokości zaoferowanej ceny. Wyjaśnieniami z 18 czerwca 2014 r. Odwołujący wskazał, że zaoferowana cena jest realna i gwarantuje prawidłowe wykonanie zamówienia. W obszernych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie jest niższa niż koszty własne wykonawcy. Ponadto Odwołujący wskazał, że skalkulowana przez niego cena opiera się na wieloletnim doświadczeniu w realizacji zamówień o podobnym charakterze. Obecnie realizowane inwestycje obejmujące wykonanie robót zbliżonych swoim przedmiotem do przedmiotu zamówienia w obecnym postępowaniu, w tym wykonanie fontanny, pozwalają na bardzo wiarygodne oszacowanie niezbędnych nakładów zarówno w wymiarze rzeczowym, jak i finansowym. Tak skalkulowana cena zawiera wszelkie koszty jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

Ponadto według Odwołującego na uwagę zasługuje fakt, że przekazał swoje obszernie wyjaśnienia 18 czerwca 2014 r. w godzinach porannych (tj. po godz. 8), natomiast już po godzinie 13 tego samego dnia Zamawiający dokonał wyboru oferty i odrzucenia oferty Odwołującego (informacja ta została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego jeszcze przed godziną 13). Tym samym zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dokonał w sposób rzetelny i sumienny oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. W opinii Odwołującego oznacza to nierówne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego nasuwa się wniosek, że Zamawiający jeszcze przed otrzymaniem wyjaśnień przygotował zawiadomienie o wyborze oferty.

{V.}

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania do samego końca to jest do wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Procedury o udzielenie zamówienia publicznego są wysoce sformalizowane, a czynności Zamawiającego muszą być dokonywane w poszanowaniu generalnych zasad, jakie cechują przepisy ustawy pzp. Jedną z nich jest zasada równego traktowania wykonawców. Naruszeniem było zaniechanie dokonania oceny ofert.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 5 ustawy pzp przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Dokonując oceny złożonych ofert zamawiający powinien kierować się przyjętymi przez niego kryteriami. Jeżeli jedyne kryterium stanowi cena zamawiający powinien wybrać jako najkorzystniejszą ofertę z najniższą ceną {UZP/DP/0-AGA/20021/2492/13}.

W tym stanie sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż to oferta Odwołującego była oferta z najniższą ceną. Wszczęcie postępowania należy traktować w kategoriach swego rodzaju przyrzeczenia publicznego, w którym Zamawiający zobowiązuje się udzielić zamówienia publicznego konkretnemu, wybranemu w postępowaniu podmiotowi, przy wypełnieniu określonych wymogów i przesłanek. Zamawiający winien wziąć pod uwagę okoliczność, że celem każdego postępowania o zamówienie publiczne jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie umowy.

{VI.}

Zdaniem Odwołującego forma w jakiej został powiadomiony o odrzuceniu oferty jest

dalece nieprawidłowa w świetle art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z przyjętą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej wskazanie i udowodnienie, że dokonane przez zamawiającego czynności miały swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym, gdyż on wywodzi z nich skutki prawne. Zabezpieczeniu interesów wykonawców służy obowiązek podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności. Uzasadnienie to musi umożliwiać wykonawcy ocenę prawidłowości działań zamawiającego i podjęcie decyzji o ewentualnym wniesieniu środków ochrony prawnej. Niedopuszczalne jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne decyzji Zamawiającego powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego.

Przejawem zasady jawności postępowania jest m.in. obowiązek zamawiającego poinformowania wykonawców o okolicznościach, których zaistnienie skutkowało odrzuceniem oferty w przetargu. Brak stosownej informacji lub jej ogólny charakter upoważnia wykonawcę ubiegającego się o uzyskanie danego zamówienia publicznego do wniesienia odwołania na zaniechanie jakiego dopuścił się zamawiający.

Obowiązek zawiadomienia wykonawców, określony w art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy pzp, stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 tej ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz sformułowanej w art 7 ust. 1 ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający uzasadniając w sposób lakoniczny i ogólnikowy podjęte czynności, pozbawia możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania, uchybiając tym samym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle tych zasad niedopuszczalne jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność odrzucenia oferty przetargu samodzielnie identyfikował przyczyny jego odrzucenia, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji.

W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby

wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela – mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się, wnosząc odwołanie. Możliwość efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej należy do podstawowych gwarantowanych praw wykonawcy uczestniczącego w przetargu publicznym.

Jak stanowi art. 190 ust. 1 pzp, nawiązujący do art. 6 kc w związku z art. 14 ustawy pzp, dowód zaistnienia przesłanek obligujących do odrzucenia oferty spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutki prawne. Zaistnienie okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty – powinno zostać udowodnione przez zamawiającego w granicach podanego uzasadnienia tej czynności. Zamawiający jest zobowiązany w toku badania ofert ustalić, że powołana przesłanka odrzucenia oferty nastąpiła, a następnie poinformować o ustaleniach i podjętych czynnościach oraz ich konsekwencjach wykonawców –podając nie tylko uzasadnienie prawne – prawidłową podstawę prawną swojej czynności, ale także pełne uzasadnienie faktyczne, którego brakowało w informacji o odrzuceniu oferty.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający wadliwie dokonał poinformowania o odrzuceniu oferty, gdyż zaniechał podania pełnego uzasadnienia faktycznego dokonanej czynności. Ogólnikowe sformułowania Zamawiającego jako podstawy odrzucenia oferty z postępowania są niewystarczające, aby uznać je za dostatecznie uzasadnione.

Reasumując – konkretne odniesienie się Odwołującego do czynności odrzucenia oferty jest utrudnione z uwagi na brak jakiegokolwiek uzasadnienia przesłanek przemawiających za podjęciem tej czynności przez Zamawiającego.

Institucja odrzucenia oferty ma znamienny wpływ na los postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odrzuconemu wykonawcy. Skutki jakie wywołuje dla jego uczestników przesądzają o tym, iż obowiązek wykazania, że czynność ta znalazła dla określonego postępowania swoje prawne i faktyczne uzasadnienie spoczywa każdorazowo na zamawiającym.

Niewątpliwie nadużycie instytucji odrzucenia oferty przez Zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy pzp. Sam fakt ogłoszenia postępowania i złożenie w danym postępowaniu oferty niepodlegającej odrzuceniu przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania powinno poskutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto wskazać należy, iż wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji błędów i zaniedbań zamawiającego, zaś w przypadku ich wystąpienia winny być one każdorazowo odczytywane i interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia

publicznego.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Pismem z 26 czerwca 2014 r. Zamawiający poinformował, że 20 czerwca 2014 r. przesłał faksem oraz wysłał pocztą kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający uzasadnił swoje stanowisko w następujący sposób. Przy badaniu ofert kierował się wyłącznie wartością udzielanego aktualnie zamówienia, bez wartości zamówień uzupełniających, która wynika z kosztorysu inwestorskiego. Ceny złożonych ofert w stosunku do kosztorysu inwestorskiego (brutto) wynoszą odpowiednio 50% (oferta Odwołującego), 58% (oferta wybrana), 66,5% (trzecia oferta złożona w postępowaniu). Z doświadczeń Zamawiającego wynika, że, co prawda, ceny składanych ofert w postępowaniach są zwykle niższe niż wartość kosztorysu inwestorskiego, ale mieszczą się zazwyczaj w przedziale 68-80% wartości tego kosztorysu. Zamawiający miał również negatywne doświadczenia z tzw. zejściami z budowy, a także zaniżaniem wartości robót i związanych z tym obniżaniem jakości materiałów oraz technologii budowy. Z tego względu dwie najtańsze oferty wzbudziły wątpliwości i zaniepokojenie Zamawiającego, który szczegółowo zbadał je, co było możliwe dzięki zażądaniu kosztorysów ofertowych. Zamawiający potwierdził, że w postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe, jednak w celu umożliwienia zbadania wiarygodności i rzetelności ofert zażądał złożenia wycenionego kosztorysu inwestorskiego. W opinii Zamawiającego taki kosztorys, jako zestawienie kosztów realizacji zamówienia, jest najlepszym wyjaśnieniem za jakie pieniądze

można zrealizować zamówienie. Natomiast nie są takim wyjaśnieniem ogólnikowe informacje, odwoływanie się do generalnych okoliczności.

Analizując kosztorys Odwołującego wątpliwości Zamawiającego wzbudziła w szczególności jedna pozycja – poz. 46 kosztorysu sanitarnego, dotycząca agregatów fontannowych, zamawianych w liczbie 25 kompletów. W kosztorysie inwestorskim pozycja ta stanowi około 1/3 jego wartości, czyli 1/3 wartości całego udzielanego zamówienia. Jednocześnie wszystkie pozostałe pozycje, a przynajmniej wszystkie pozycje scalone w kosztorysie Odwołującego są na poziomie niższym niż w kosztorysie inwestorskim. W kosztorysie inwestorskim poz. 46 – agregaty fontannowe została wyceniona na kwotę 853.633,64 zł (netto) dla 25 kompletów, przy cenie jednostkowej na 34.145,35 zł (netto). Natomiast w ofercie Odwołującego pozycja ta została wyceniona odpowiednio na 25.000,00 zł (wartość netto) i 1.000 zł (cena jednostkowa netto jednego agregatu fontanny). Zamawiający kierował się następującym rozumowaniem – jeżeli agregatu nie da się kupić w takiej cenie, to znaczy, że niedoszacowanie wartości oferty wynosi około 800.000,00, co przekracza zysk, który wykonawca mógł osiągnąć na całej ofercie, a jej wartość jest wręcz poniżej kosztów własnych.

Z tego względu Zamawiający zwrócił się 13 czerwca 2014 r. o wyjaśnienia, wprost wskazując, że w szczególności interesuje go wycenia poz. dotyczącej agregatów fontanny. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że nie wskazał konkretnie, czego dotyczą jego wątpliwości, gdyż dotyczyły one właśnie poz. 46 – agregatów fontannowych. W ocenie Zamawiającego w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do wyceny tej pozycji, jedynie ogólnikowo powołując się na właściwe doświadczenie, trudną sytuację rynkową i inne ogólne okoliczności. Zamawiający oczekiwał konkretnych wyjaśnień uzasadniających, np. w matematyczny sposób zaoferowaną cenę oferty przez pryzmat elementu z poz. 46 kosztorysu sanitarnego. Wobec braku takich wyjaśnień Zamawiający, kierując się powyższej wskazanym rozumowaniem, odrzucił ofertę Odwołującego jako rażąco niską w stosunku od przedmiotu zamówienia. Zamawiający porównywał cenę tej pozycji również w innych ofertach, mając świadomość, że wobec dopuszczenia materiałów równoważących do opisanych w dokumentacji projektowej, ich ceny mogą być znacząco niższe. Jednakże zdaniem Zamawiającego za cenę wskazaną w ofercie Odwołującego nie jest możliwy zakup agregatu równoważnego dla opisanego w dokumentacji projektowej. Zamawiającemu nie umknęła możliwość wykonania przez Odwołującego robót za ceny na poziomie niższym niż w kosztorysie inwestorskim i w niektórych pozycjach kosztorysów ofertowych z pozostałych ofert. Tym niemniej w zakresie agregatu fontannowego Zamawiający zrobił rozeznanie na rynku agregatów równoważnych

Sygn. akt KIO 1271/14

i stwierdził, że jeden komplet kosztuje co najmniej 18.000,00 zł netto. Zamawiający skłonny jest dać wiarę w możliwość uzyskania upustów, które zadeklarował w wyjaśnieniach Odwołujący {30 - 50 %}, jednak w tej pozycji jej wartość wynosi 1/30 wartości kosztorysu inwestorskiego.

Zamawiający wyjaśnił, że niezwłoczne przeprowadzenie oceny złożonych przez Prasbet wyjaśnień było związane z tym, że na 18 czerwca 2014 r. zostało wyznaczone kolegium burmistrzów, na którym podejmowane są najważniejsze decyzje dotyczące spraw miasta.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, która stanowiła jedyne kryterium oceny ofert. W tych okolicznościach odrzucenie oferty Odwołującego naraża go na szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. {w tym dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót dotyczącej agregatów fontanny}, kosztorysu inwestorskiego, oferty Odwołującego, pozostałych dwóch ofert w zakresie formularza oferty i kosztorysów ofertowych, wezwania do wyjaśnień ceny oferty i udzielonych wyjaśnień przez Odwołującego, a także z protokołu postępowania.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania:

Wartość zamówienia udzielanego ustalona w kosztorysie inwestorskim wynosi

Sygn. akt KIO 1271/14

2.431.036,48 zł (brutto 2.990.174,87 zł). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 906.990,00 zł, gdyż na ten moment w budżecie miasta zabezpieczona była na ten cel jedynie kwota 910.000,00 zł, z czego 4.000,00 zł zostało już wydane, a wniosek do Rady Miasta o korektę budżetu, choć został już złożony, nie został jeszcze rozpatrzony. Zamawiający nie traktował tej kwoty jako wystarczającej na realizację przedmiotu zamówienia.

W ramach kosztorysu sanitarnego elementy technologiczne fontanny (poz. od 39 do 54) zostały wycenione na łączną kwotę 875.002,65 zł netto, z czego poz. 46 Agregat fontannowy ma wartość 853.633,64 zł za 25 kpl., przy czym cena jednostkowa netto jednego kpl. została oszacowana na kwotę 34.145,35 zł.

Kosztorys ofertowy Prasbet został sporządzony w takim samym układzie jak kosztorys inwestorski, tzn. składa się z kosztorysów: sanitarnego, elektrycznego, budowlanego i drogowego, które obejmują takie same pozycje. Kosztorysy z pozostałych ofert zostały sporządzone w nieco innym układzie, w szczególności zagregowano pozycje związane z fontanną, które zostały wycenione według kalkulacji własnej.

Uwzględniając powyższe zestawienie wartości poszczególnych kosztorysów ofertowych, ze szczególnym uwzględnieniem kosztorysu sanitarnego i jego elementów składowych: przyłącza wodociągowego, przyłącza kanalizacji sanitarnej, elementów technologicznych fontanny (w tym poz. 46 dotyczącej agregatów fontannowych w liczbie 24 kompletów) i rurociągów technologicznych fontanny, przedstawia się następująco:

	Kosztorys inwestorski	Kosztorys oferty Odwołującego	Kosztorys wybranej oferty	Kosztorys najdroższej oferty
Kosztorys sanitarny, w tym:	924.563,55	113.450,81	442.817,24	554.757,18
Przyłącze wodociągowe	8.155,80	7.069,73	7.929,21	8.197,01
Przyłącze kanalizacji sanitarnej	21.975,05	24.035,13	434.888,03 w tym: poz. Fontanna - technologia 416.580,00	23.132,68
Elementy technologiczne fontanny, w tym:	875.002,65 zł	73.500,00		651.021,90
Agregat fontannowy - 25 kpl (poz. 46)	853.633,64	25.000,00		
Rurociągi technologiczne fontanny	19.430,04	8.845,95		
Kosztorys elektryczny	109.672,32	114.724,66	92.112,73	93.571,12
Kosztorys budowlany	1.075.160,90	786.337,50	655.892,44	725.866,29
Kosztorys drogowy	321.639,71	202.013,99	225.017,93	242.054,04
Cena oferty (kosztorys	2.990.174,87	1.469.328,17	1.741.483,62	1.987.986,08

brutto)				
---------	--	--	--	--

Pismem z 13 czerwca 2014 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 pzp, wezwał Prasbet do *złożenia wyjaśnień dotyczących zaproponowanej ceny (w szczególności wyceny dot. fontanny, poz. 46, agregaty fontanny szt. 25)*. Zamawiający uzasadnił wezwanie tym, że w jego ocenie oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z tym Zamawiający zwrócił się o *dostarczenie szczegółowych wyjaśnień w przedmiotowej sprawie (w szczególności wyceny dot. fontanny)*.

Pismem z 17 czerwca 2014 r., które wpłynęło do Zamawiającego w godzinach porannych 18 czerwca 2014 r. Prasbet odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, składając wyjaśnienia, których treść została adekwatnie opisana w odwołaniu.

W szczególności wyjaśnienia złożone na 5 stronach zawierają następujący fragment dotyczący bezpośrednio poz. 46 – agregaty fontanny: *Koszt robót związanych z realizacją fontanny i agregatów fontanny został rozłożony na wszystkie elementy kosztorysu ofertowego, z uwzględnieniem preferencyjnych warunków sprzedaży materiałów i urządzeń. Nadmieniamy, że zgodnie z orzecznictwem KIO 1958/11 „Zatem, w ocenie Izby, aby mówić o cenie rażąco niskiej należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie cenę jednostkową. (...)”* Jako firma z wieloletnim doświadczeniem w realizacji tego typu obiektów i rozbudowanym parkiem maszynowym, posiadamy duże zapasy materiałowe, co pozwala nam na minimalizację kosztów związanych z realizacją całej technologii fontanny.

Pismem z 18 czerwca 2014 r. Zamawiający zawiadomił Prasbet o odrzuceniu jego oferty, uzasadniając swoją decyzję w następujący sposób: *Oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W złożonym na wniosek Zamawiającego wyjaśnieniu Wykonawca nie wykazał, iż cena oferty, w szczególności dot. wykonania elementów technologicznych fontanny, poz. 46, agregaty fontanny 25 szt., nie jest ceną rażąco niską, a tym samym potwierdził, iż w istocie cena oferty jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba zważyła w pierwszej kolejności, że zgodnie z art. 180 ust. 2 pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania

oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego. Ponieważ przedmiotowe postępowanie zamówieniowe prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego i znajduje się na etapie po otwarciu złożonych ofert, Odwołujący mógł wnieść odwołanie wyłącznie od eliminujących go z tego postępowania czynności Zamawiającego, co też uczynił, kwestionując zasadność odrzucenia złożonej przez siebie oferty. Jednakże z mocy decyzji ustawodawcy wyrażonej w art. 180 ust. 2 pzp nie podlegają rozpatrzeniu przez Izbę zarzuty odwołania w zakresie, w jakim dotyczą: wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień zaofertowanej ceny (zarzucane w uzasadnieniu odwołania naruszenie art. 90 ust. 1 pzp), czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego (zarzucane naruszenie art. 91 ust. 1 pzp), czy też prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad z art. 7 ust. 1 art. i 8 pzp.

Izba rozpatrzyła natomiast zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp w kontekście możliwości odwołania się przez Odwołującego od czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp. W ocenie Izby zawarty w odwołaniu zarzut niewystarczającego uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego jest niezasadny. Podane przez Zamawiającego lapidarne uzasadnienie faktyczne konkretyzuje, że powodem uznania ceny oferty Prasbet za rażąco niską jest wycena poz. dotyczących elementów technologicznych fontanny, w szczególności poz. 46 kosztorysu sanitarnego obejmującej 25 kpl. agregatów fontanny. Jak się okazało na rozprawie, pomimo użycia w uzasadnieniu decyzji zwrotu „w szczególności”, właśnie zaniżenie wyceny poz. 46 kosztorysu sanitarnego oraz brak złożenia, pomimo skierowanego wezwania, wyjaśnień uzasadniających cenę tej pozycji, było podstawą do negatywnej ich oceny i stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący miał zatem w pełni możliwość skutecznego odwołania się od decyzji Zamawiającego. Ogólne wywody odwołania w tym zakresie, choć słuszne co do zasady, nie są adekwatne do okoliczności niniejszej sprawy. W szczególności zupełnie nie odpowiada powyżej ustalonemu stanowi rzeczy zawarte w odwołaniu stwierdzenie, że Zamawiający nie podał żadnego uzasadnienia faktycznego.

Izba zważyła, że kwestionowanie przez Odwołującego wezwania jest nie tylko niedopuszczane z powyżej opisanego powodu, ale i spóźnione. Przede wszystkim Zamawiający wziął pod uwagę weryfikację wartości szacunkowej wynikającą z cen złożonych mu ofert. Odwołujący bezpodstawnie przy tym twierdzi, że Zamawiający brał pod uwagę nie tylko wartość szacunkową udzielanego zamówienia, ale i wartość zamówień uzupełniających. W ocenie Izby brak jest podstaw do odmowy Zamawiającemu weryfikacji

realności wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego, biorąc pod uwagę nawet wyłącznie zestawienie tej ceny z cenami pozostałych dwóch ofert, w szczególności przy uwzględnieniu zestawienia wyceny elementów technologicznych fontanny.

Zdaniem Izby oczywiście błędny jest pogląd Odwołującego jakoby ryczałtowy charakter ceny za wykonanie przedmiotowego zamówienia, w tym regulacje kodeksu cywilnego odnośnie charakteru prawnego takiej ceny, miały wpływ na możliwość badania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zawarte w art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ustawy pzp mają charakter odrębny i znajdują zastosowanie niezależnie od charakteru prawnego wynagrodzenia za realizację zamówienia. Bezpodstawne i spóźnione jest kwestionowanie przez Odwołującego zażądania przez Zamawiającego kosztorysu ofertowego. Odwołujący, jak każdy wykonawca, był zobowiązany do jego sporządzenia w sposób wymagany przez Zamawiającego.

Odwołujący zasadniczo trafnie identyfikuje w odwołaniu poglądy doktryny i orzecznictwa dotyczące rażąco niskie ceny, jednak zupełnie nie odnosi ich do okoliczności faktycznych sprawy.

Zamawiający powziął wątpliwości co do ceny oferty Odwołującego i w wezwaniu sprecyzował czego dotyczą, a tym samym pośrednio wskazał w jaki sposób mogą być rozwiane. Jest to zgodne ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości wyrażonym w wyroku z 29 marca 2012 r. (sygn. akt C-599/10). Zamawiający oczekiwał szczegółowych wyjaśnień odnośnie wyceny poz. 46 kosztorysu sanitarnego, gdyż to właśnie ta pozycja, wyczerpująca zarówno w kosztorysie inwestorskim, jak i w kosztorysach pozostałych ofert (uwzględniając jej zagregowanie z innymi pozycjami kosztorysu sanitarnego o znikomej w stosunku do tej poz. wartości) około 1/3 ceny oferty, miała zasadnicze znaczenie dla oceny realności zaoferowanej ceny. Żądanie Zamawiającego było jasne, precyzyjne i jednoznaczne. Obowiązkiem Odwołującego w tej sytuacji było złożenie wyjaśnień precyzyjnych, należycie umotywowanych, rozpraszających wątpliwości powzięte i uzewnętrznione przez Zamawiającego. Oczywiście jest, że wyjaśnienia winny czynić zadość żądaniu wyjaśnienia ceny oferty w kontekście ceny poz. 46 kosztorysu sanitarnego. Natomiast złożone wyjaśnienia, choć obszerne, mogły być i zostały uznane za wystarczające w stosunku do wszystkich pozostałych pozycji, ale nie w zakresie wyceny agregatów fontannowych. Wyjaśnienia odnośnie tej pozycji są zdawkowe i nie wyjaśniają zaoferowanej ceny tej pozycji, a konsekwencji całej ceny oferty, jako odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. W szczególności wobec tego, że pozostałe ceny są na niskim poziomie, niewiarygodne jest ogólne oświadczenie jakoby koszt agregatów fontanny został

rozłożony na inne pozycje. Jeżeli Odwołujący powołał się na taką okoliczność, należało to szczegółowo opisać i wykazać. Tymczasem nie zostało to uczynione nawet w toku postępowania odwoławczego. Ponadto skoro wymagany było sporządzenie kosztorysu, zasadą jest adekwatna wycena każdej z pozycji, a nie przerzucanie wyceny jednych pozycji do innych. W szczególności pozycji, która ma największą wartość spośród wszystkich pozycji kosztorysu zarówno w kosztorysie inwestorskim, jaki i kosztorysach pozostałych wykonawców. Natomiast takie stanowisko Odwołującego stanowi *de facto* potwierdzenie zupełnie oderwanej od realiów rynkowych wyceny poz. 46, co w tym przypadku miało znaczenie dla oceny ceny całej oferty jako rażąco zaniżonej w stosunku do przedmiotu zamówienia opisanego w przedmiarze, dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Bezprzedmiotowe i nieadekwatne jest powoływanie w okolicznościach sprawy argumentu odwołującego się do wyrażanego w orzecznictwie stanowiska o konieczności *badania* ceny całej oferty, a nie cen jednostkowych, czy też cen za poszczególne pozycje kosztorysu. W ocenie składu orzekającego sprowadzenie występującej w orzecznictwie Izby problematyki rażąco niskiej ceny do tego typu mianownika razi nadmiernym uproszczeniem, a mechaniczne powielanie tego typu uogólnień niczego nie wnosi do rozstrzyganej sprawy. Zamawiający wskazywał, że nawet akceptując poziom cen we wszystkich innych pozycjach kosztorysu, nie może uznać za realną wyceny agregatów fontannowych, która została zaniżona tak dalece, że za ma to wpływ na uznanie całej ceny za nierealną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający należycie ocenił wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, który *de facto* odmówił wyjaśnienia ceny poz. 46, do czego został wezwany.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy pzp, a także na podstawie § 3 pkt 1 i 2 lit. a i § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: