

Sygn. akt KIO 1515/10

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2010 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie 30 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego 19 lipca 2010 r. przez **wykonawcę „KOSTRZEWA” Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Rynek 8 i 9, 41-400 Mysłowice**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Miasto Gmina Tarnowskie Góry z siedzibą w Tarnowskich Górach przy ulicy Rynek 4, 42-800 Tarnowskie Góry**

przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego **wykonawcy InterHall Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Józefowskiej 6, 40-144 Katowice**, który zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Gmina Tarnowskie Góry z siedzibą w Tarnowskich Górach przy ulicy Rynek 4, 42-800 Tarnowskie Góry i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez „KOSTRZEWA” Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Rynek 8 i 9, 41-400 Mysłowice stanowiący koszty postępowania odwoławczego,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Miasto Gmina Tarnowskie Góry z siedzibą w Tarnowskich Górach przy ulicy Rynek 4, 42-800 Tarnowskie Góry na rzecz „KOSTRZEWA” Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy**

Rynek 8 i 9, 41-400 Mysłowice stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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), uwzględniając koszty pełnomocnika Odwołującego zgodnie z rachunkiem złożonym do akt sprawy.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Gliwice**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Gmina Tarnowskie Góry prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „**Budowa kompleksu boisk sportowych przy Szkole Podstawowej nr 15 w Tarnowskich Górach w ramach programu Moje Boisko – ORLIK 2012.**” opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 10 czerwca 2010 roku pod numerem 148721.

14 lipca 2010 roku Zamawiający pismem datowanym na dzień 14 lipca 2010 roku (znak: BZP-3411/5/19/10), przesłanym faksem, poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszych ofert oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, podając uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji.

19 lipca 2010 roku Odwołujący - „KOSTRZEWA” Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie z uwagi na czynność Zamawiającego polegające na:

- odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.4 ustawy,
- wyborze oferty Interhall sp. z o. o. ul. Józefowska 6, 40 - 144 Katowice, co jest niezgodne z przepisami Prawa Zamówień Publicznych,
- nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. I.

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 89 ust. I pkt. 4 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską
- art. 91 ust. I poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

oraz wnosząc o uwzględnienie odwołania oraz o dokonanie ponownej oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy PZP z uwzględnieniem argumentów w niniejszym odwołaniu i dokonania wyboru oferty odwołującego.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów ustawy Odwołujący może zostać pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia gdyż oferta Odwołującego jest ofertą najtańszą i najkorzystniejszą, a tym samym na podstawie art. 179 ust. I interes prawny Odwołującego może doznać uszczerbku.

Odwołujący uzasadnia przedstawione w odwołaniu zarzuty.

14 lipca 2010 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z postępowania podając za uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty, iż cena ofertowa stanowi o tym, że jest ceną rażąco niską w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

Z takim stanowiskiem i decyzją Zamawiającego Odwołujący nie może się zgodzić. Na wstępie wskazuje, że Zamawiający na realizację niniejszego przedmiotu zamówienia przeznaczył kwotę 1 900 000,00 zł. W terminie składania ofert wpłynęło 5 ofert z następującymi cenami wykonawcy; KOSTRZEWA - 1.144.048,28 zł., AMIBUD - 1.279.024,88 zł. INTERHALL - 1.348.951,05 zł. ALEKSUBUD - 1.434.063,18 zł. NOVA SPORT - 1.465.575,24 zł.

Odwołujący wskazuje, iż jak wynika z powyższego zestawienia cen to żadna cena ofertowa nie odpowiada wartości 1.900.000 zł., co może wskazywać, że to Zamawiający dokonał błędnej wyceny wartości zamówienia.

Zamawiający dnia 7.07.2010 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, co do niskiej ceny ofertowej. Jako uzasadnienie faktyczne takiego wezwania Zamawiający podnosi, że *„wasza cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest niższa od cen pozostałych ofert (o ok. 130 - 200 tysięcy złotych) jak i od szacunkowej wyceny Zamawiającego (o ok. 800 tysięcy zł).”*

Odwołujący wskazuje, iż na tak ogólne wezwanie udzielił wyjaśnień pismem z dnia 8.07.2010 r., które Zamawiający otrzymał 9.07.2010 r. z wyjaśnienia tego jednoznacznie wynika, że cena ofertowa została skalkulowana zgodnie z wymogiem Zamawiającego i zawiera cały zakres przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że przy wycenie ofertowej zastosował podstawy wyceny wg, Katalogów Rzeczowych stosując własne współczynniki do norm uwzględniające własne możliwości wykonawstwa (posiadamy nowoczesny sprzęt). Ceny jednostkowe robocizny, materiałów i pracy sprzętu zostały skalkulowane zgodnie z możliwościami Odwołującego. Wszystkie elementy wyceny robót spełniają techniczne wymagania wykonania robót i odbioru zgodnie ze sztuką budowlaną. Ponadto po przeprowadzeniu wizji lokalnej terenu oraz zapoznaniu się z dokumentacją budowlaną zastosowaliśmy wycenę robót umożliwiającą jak najniższy koszt realizacji nie pomniejszając wybranego rozwiązania technicznego oraz warunków gwarancyjnych. Odwołujący podnosi również, że wykonuje wiele tego typu zadań, posiada duże doświadczenie związane z układaniem nawierzchni syntetycznych, dysponuje specjalistycznym sprzętem oraz wykwalifikowaną kadrą pracowników specjalizującą się w technologii wykonawstwa tego typu zadań, co w szczególności wpływa na oszczędność metody wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazuje, iż jako wieloletni odbiorca dużych ilości materiałów ma możliwość uzyskania dużych upustów cenowych, co powoduje, iż kupuje materiały w cenach konkurencyjnych.

Odwołujący podnosi, iż Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu jego oferty wskazał, że poszczególne ceny jednostkowe są dużo niższe od cen jednostkowych zawartych w kosztorysie inwestorskim.

Odwołujący wyjaśnił, iż ceny jednostkowe są cenami niższymi od cen inwestora, ale zestawiając je z cenami jednostkowymi pozostałych wykonawców należy stwierdzić, że są cenami porównywalnymi i nie mogą stanowić o tym, że są cenami rażąco niskimi. Odwołujący zaznacza również, że Zamawiający wzywając go do złożenia wyjaśnień co do ceny rażąco niskiej nie sprecyzował, że chodzi mu o poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego, które stały się powodem odrzucenia naszej oferty.

Odwołujący podnosi, że cena ofertowa jest ceną niższą od ceny inwestora ale jest ceną porównywalną w cenami innych wykonawców, co może stanowić o błędnej wycenie wartości zamówienia przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje również, że cena ofertowa za jaką oferuje realizację zamówienia nie odbiega od cen rynkowych podobnych zamówień, bowiem budowa boisk w ramach programu ORLIK 2012 wyceniane są najczęściej przez wykonawców w przedziale cenowym od 900.000 - 1.500.000 zł., co stanowi, że kwota zaoferowana przez Odwołującego w tym przetargu mieści się w tym przedziale i nie jest ceną rażąco niską. Niniejsze, w ocenie Odwołującego, potwierdza stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

Odwołujący podnosi, że cena ofertowana przez niego jest ceną wiarygodną, nieodbiegającą od cen ofertowych innych wykonawców i nie stawi faktu realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia roboty budowlanej i jest ceną rzetelnie skalkulowaną, co gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Cena ofertowa została wyliczona zgodnie ze sposobem obliczenia ceny podanym przez Zamawiającego w punkcie XIV siwz. Powyższe w ocenie Odwołującego wskazuje, że cena ofertowa zaproponowana przez Odwołującego nie jest ceną rażąco niską i tym samym oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art.89 ust. 1 pkt. 4 ustawy.

22 lipca 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesione przez wykonawcę InterHall Sp. z o.o. siedzibą w Katowicach przy ulicy Józefowskiej 6, 40-144 Katowice.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie wnosi o oddalenie odwołania w całości. Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania zgodnie z decyzją Zamawiającego, bowiem oferta zgłaszającego przystąpienie została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Zgłaszający przystąpienie, w zakresie zarzutów merytorycznych z odwołania, podziela argumentację Zamawiającego dotyczącą odrzucenia oferty Odwołującego.

30 lipca 2010 roku Zamawiający, na rozprawie, złożył do akt sprawy pismo „Odpowiedź na odwołanie” wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 19 lipca 2010 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne. Izba dopuścił również dowód ze stanowisk i oświadczeń Stron złożonych ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzucane przez Odwołującego Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w ocenie Izby nie potwierdziło się.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z dokumentacją postępowania przedstawioną przez Zamawiającego, szacunkowa wartość zamówienia została ustalona 21 maja 2010 roku na kwotę 1 608 545,54 zł netto na podstawie dokumentacji projektowej i kosztorysu inwestorskiego.

Następnie Zamawiający dokonał ponownego oszacowania wartości zamówienia dokonując przeszacowania kosztorysów inwestorskich 5 lipca 2010 roku, podczas badania ofert, co zostało ujawnione na rozprawie. Zamawiający dokonał przeszacowania wartości zamówienia, z uwagi jak to uzasadnił na rozprawie na konieczność podjęcia decyzji, co do wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wyniku przeszacowania wartości zamówienia nowy szacunek został określony na poziomie ok. 1 420 000,00 zł brutto w wyniku czego Zamawiający powziął wątpliwość jedynie w stosunku do oferty Odwołującego czy cena za którą Odwołujący oferuje realizację zamówienia nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający podał, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 1 962 425,56 zł brutto.

W postępowaniu zostało złożonych pięć ofert:

- oferta nr 1 InterHall Sp. z o.o. na kwotę 1 348 951,05 zł brutto
- oferta nr 2 P.P.H.U. ALEKSBUŁ s.c. Ewa Chudzik i Sebastian Nowak na kwotę 1 434 063,18 zł brutto,
- oferta nr 3 Kostrzew Sp. z o.o. na kwotę 1 144 048,28 zł brutto,
- oferta nr 4 Nowa Sport Sp./ z o.o. na kwotę 1 465 575,24 zł brutto
- oferta nr 5 wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: przedsiębiorstwo Wielobranżowe AMIBUŁ oraz Bellsport Grzegorz Leszczyński na kwotę 1 279 024,88 zł brutto.

Izba na wstępie rozważań wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia. Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”. Próba dookreślenia tegoż

pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. *„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 niewiarygodna, 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 XIX Ga 3/07). *„Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). *„Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należycie zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia. Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień – art. 90 ustawy. Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoficerowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Ocena, jakiej dokonuje Zamawiający, a która może prowadzić do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości, iż cena zawarta w ofercie jest ceną rażąco niską prowadzić powinna do wniosku, iż zaoficerowana cena jest ceną spekulacyjną, czyli taką która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia a po stronie Zamawiającego ryzyko nieuzyskania danego dobra. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku). Jednakże nie należy zapominać, iż Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoficerowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra dlatego Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności *„rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”*. Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska

określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania.

W ocenie Izby, 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. Samo stwierdzenie przez Zamawiającego różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Zamawiający stwierdzając konieczność dokonania weryfikacji oferty wybranej w postępowaniu w zakresie rażąco niskiej ceny odwołał się do szacunkowej wartości zamówienia, jednakże należy pamiętać, iż w obliczu powyższych wywodów, wyznacznikiem rażąco niskiej ceny nie może być jednak wyłącznie wartość zamówienia z podatkiem VAT (porównaj: Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-210/07). Opierając się o szacunkową wartość zamówienia Zamawiający indywidualnie do danego przypadku stwierdza czy powziętą wątpliwość w zakresie zaistnienia rażąco niskiej ceny; nie istnieją bowiem ustalone granice jakie zobowiązują Zamawiającego do uznania, iż zaoferowana cena stanowi cenę rażąco niską, co więcej w zakresie każdego postępowania procentowa wartość odstępstwa danej oferty od oszacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, bowiem mają na nią wpływ między innymi terminy w jakich zostały dokonane szacunki zarówno Zamawiającego jak i składającego ofertę, dana sytuacja rynkową i inne tak więc odnośnienie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające (porównaj Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt; KIO/UZP 691/08).

W ocenie Izby działanie Zamawiającego, choć będące uprawnieniem płynącym z ustawy w przedmiotowej sytuacji nie było uprawnione. Jednoznacznie należy wskazać, iż odnośnienie się do wartości szacunkowej zamówienia nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Nie istnieje też, i nie można go wywieść na żadnej podstawie jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 126/09 z 12 lutego 2009 roku). Zamawiający wskazał, iż dokonał przeszacowania kosztorysów na podstawie których ogłaszał postępowanie o udzielenie zamówienia, ponieważ pierwotnie oszacowana kwota była nierealna, zbyt wysoka a celem takiego działania było określenie czy i która z ofert może zawierać rażąco niską cenę. Odwołanie się do szacunkowej wartości zamówienia przez Zamawiającego nie jest więc obiektywne, bowiem oszacowana wartość zamówienia była nierealna, zawyżona a przeszacowanie nastąpiło po otwarciu ofert a tym samym w czasie gdy Zamawiający znał już wartość poszczególnych ofert. Oferty złożone w postępowaniu a nie podgalające odrzuceniu oscylowały w granicach od 1 144 048,28 zł brutto

do 1 465 575,24 zł brutto przy czym pomiędzy ofertą Odwołującego a ofertą kolejną różniąc wynosi około 200 tysięcy złotych. Wskazać należy, iż nawet okoliczność założenia zbyt niskiego poziomu zysku nie dowodzi przyjęcia ceny poniżej kosztów realizacji inwestycji.

Niemniej to Zamawiający jako organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podejmuje decyzję o wezwaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby Zamawiający wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień oparł swoje wątpliwości o ceny poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego (zgodnie z dokumentacją postępowania przedstawioną Izbie – pismo z 6 lipca 2010 roku z Wydziału Infrastruktury i Remontów do Biura Zamówień Publicznych) co znajduje również potwierdzenie w decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający pismem z 7 lipca 2010 roku wezwał Odwołującego do złożenia pisemnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej wyznaczając Odwołującemu termin oraz wskazując, iż w oświadczeniu tym Odwołujący musi wykazać, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z 8 lipca 2010 roku, w którym wskazał, iż: - dokonując wyceny zastosował podstawy wyceny wg Katalogów Norm Rzeczowych stosując własne współczynniki do norm uwzględniające możliwości wykonawstwa Odwołującego, uwzględniające posiadanie nowoczesnego sprzętu a ceny robocizny, materiałów i pracy sprzętu zostały skalkulowane zgodnie z możliwościami Odwołującego; - wszystkie elementy wyceny robót spełniają techniczne wymagania wykonania i odbioru zgodnie ze sztuką budowlaną. Odwołujący odniósł się również do tego, iż dokonał wizji lokalnej terenu oraz zapoznał się dokumentacją co pozwoliło mu na zastosowanie wyceny umożliwiającej jak najniższy koszt realizacji nie pomniejszając wybranego rozwiązania technicznego oraz warunków gwarancji. Odwołujący odniósł się również do doświadczenia jakie posiada przy realizacji zamówień tego typu, kadry jaka dysponuje oraz możliwości pozyskania dużych upustów cenowych, które powodują, iż Odwołujący kupuje materiały w cenach konkurencyjnych.

Zamawiający nie uznał wyjaśnień Zamawiającego za wystarczające, bowiem *nie wskazał Odwołujący obiektywnych czynników jakie pozwoliły Odwołującemu na takie skalkulowanie oferty a zawarte w piśmie wyjaśnienia nie zostały poparte żadnym dowodem i wobec tego nie mogą zostać uznane za wiarygodne*. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i uznaje czynność oceny oświadczenia Odwołującego za nieprawidłową, ponieważ:

po pierwsze – treść wniosku jaki został skierowany do wykonawcy nie wskazuje wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający związany zasadami prawa zamówień publicznych, w szczególności zasadami wskazanymi w rozdziale 2 ustawy ale też nie wyartykułowanymi wprost lecz wynikającymi z regulacji ustawy powinien dążyć do jak najbardziej przejrzystego prowadzenia postępowania, którego celem jest udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca nakazuje Zamawiającemu udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy

wybranemu zgodnie z przepisami ustawy ale taki wybór może zostać dokonany jedynie wtedy gdy sam Zamawiający prawidłowo przeprowadzi procedurę. Odwołujący na wniosek Zamawiającego udzielił wyjaśnień, wskazał elementy oferty, które wpłynęły na dokonanie takiej wyceny realizacji zamówienia. Odwołujący nie odniósł się do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, tak jak uczynił to w wyniku postępowania Zamawiający, ponieważ dla Odwołującego zapisy te były oczywiste. Zamawiający przytaczając jedynie ustawowe regulacje nie wypełnił treścią własnego żądania, a tym samym spowodował brak możliwości odniesienia się Odwołującego do wątpliwości Zamawiającego. Jasne i przejrzyste w swej treści wezwanie Zamawiającego dawałoby wykonawcy możliwość wyjaśnienia ceny oferty a jego brak nie może stanowić negatywnych skutków dla Odwołującego. Odwołujący ustosunkował się do wezwania Zamawiającego, udzielił wyjaśnienia, w którym zawarł informacje na temat elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;

po drugie – ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy umocował Zamawiającego *do wezwania wykonawcy w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę* – tak więc, wezwanie ma służyć ustaleniu czy oferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w piśmie „Zawiadomienie o wyniku postępowania” wskazał, iż *wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny nie są wystarczające* czyli nie mogły one posłużyć Zamawiającemu za podstawę odrzucenia oferty, bowiem w sposób niewystarczający czyli niepełny wykazywały, jak sam przyznał Zamawiający, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny a stanowisko swoje Zamawiający uzasadnił brakiem dowodów potwierdzającym złożone oświadczenie;

- po trzecie – ustawodawca wprowadził możliwość posłużenia się dowodem, który potwierdza oświadczenie wykonawcy fakultatywnie, nie istnieje ustawowy obowiązek składania przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniem stanowiącym oświadczenie wykonawcy dowodów potwierdzających te wyjaśnienia. Zamawiający w piśmie „Zawiadomienie o wyniku postępowania” uzasadnił swoją decyzję następująco: *zawarte w piśmie wyjaśnienia nie zostały poparte żadnym dowodem i wobec tego nie mogą zostać uznane za wiarygodne*. Zamawiający uzależnił więc ocenę oświadczenia wykonawcy od dowodów, które miał on zdaniem Zamawiającego złożyć. Ustawodawca nie zobowiązał w sposób bezwzględny i konieczny wykonawców do przedstawiania dowodów na swoje twierdzenia, ustawodawca dopuścił możliwość poparcia twierdzeń dowodami. Jednocześnie należy wskazać, iż określona w art. 90 ustawy procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy, na co wskazał w Wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu (X Ga 140/08) dlatego też oświadczenie wykonawcy, który składa wyjaśnienia stanowi podstawę w zakresie oceny wyjaśnień dokonywanej przez Zamawiającego. Odniesienie się Zamawiającego do braku dowodów jako podstaw do przyznania wiarygodności oświadczeniu Odwołującego jest mylne i niewłaściwe a tym samym nie może stanowić podstawy do uznania, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są niewiarygodne a tym samym nie potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska.

- po czwarte - Zamawiający na podstawie wyjaśnienia oraz badania odrzucił ofertę Odwołującego zawierając w rozstrzygnięciu informację, że *po analizie poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego w stosunku do kosztorysu inwestorskiego Zamawiający stwierdza, że w niżej wymienionych pozycjach została zaproponowana rażąco niska cena (...)* w tym miejscu Zamawiający podaje pozycje w których oferta w jego ocenie zawiera rażąco niskie ceny. Izba wskazuje, iż badaniu w zakresie wątpliwości rażąco niskiej ceny podlega cena oferty a nie poszczególne składniki tejże oferty, jest to pogląd ugruntowany w orzecznictwie od lat. Odnoszenie się do poszczególnych cen jednostkowych czyli wyodrębnionych elementów nie wskazuje na cenę oferty. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych wykonawców lub szacunku Zamawiającego nie jest dowodem, że oferta stanowi ofertę z rażąco niską ceną. Konieczność odnoszenia się do ceny oferty wynika z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy jaka nakłada sankcję wykluczenia wykonawców, których oferty będą złożone z rażąco niską ceną. Wskazanie przez Zamawiającego jedynie kilku pozycji jako nierealnie niskich nie może stanowić uzasadnienia, iż oferta zawiera rażąco niską cenę bowiem jej składników jest wiele. Tak więc, i uzasadnienie Zamawiającego, iż *cena zaproponowana przez wykonawcę nie pokrywa kosztów prawidłowego wykonania zamówienia co stanowi brak gwarancji dla Zamawiającego, że budowa boiska będzie wykonana zgodnie z projektem w zakresie użytych materiałów* odniesione do tych wykazanych pozycji kosztorysowych – bowiem inna interpretacja prowadziłaby do niejasnego i niezrozumiałego znaczenia tego uzasadnienia – nie przesądza, iż zaoferowana przez Odwołującego cena nie pokryje kosztów prawidłowego wykonania zamówienia. Należy zwrócić uwagę na fakt, że w oświadczeniu złożonym na wezwanie Zamawiającego Odwołujący poinformował, że *w oferowanej cenie ujął wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.*

W ocenie Izby czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego była niezasadna. Wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny wynikało z wątpliwości Zamawiającego opartych na nieracjonalnych założeniach tj. szacunkowej wartości zamówienia (zgodnie z wezwaniem do wyjaśnienia to ona stanowiła podstawę do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień – *ok. 800 tys.*) oraz cenach innych ofert, które w normalnych warunkach konkurencji i zastosowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert musiały się różnić, jednakże nie odbiegał w swych różnicach w sposób znaczący (zgodnie z wezwaniem do wyjaśnienia - *o ok. 130 - 200 tysięcy złotych*). Cena zaoferowana przez Odwołującego, co też udowodniał on na rozprawie, a co ma swoje uzasadnienie w powyżej zawartych informacjach i rozważaniach nie jest ceną nierealistyczną, niewiarygodną i oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, bowiem cena w niej zawarta nie daje gwarancji prawidłowej realizacji umowy, opierając swą ocenę na cenach jednostkowych zawartych w ofercie oraz braku wiarygodności wyjaśnień z powodu niedostarczenia dowodów potwierdzających oświadczenie Odwołującego. Ocena oświadczenia nastąpiła poprzez przypisanie mu wiarygodności i braku takiej wiarygodności, natomiast kryterium wiarygodności zastosowane przez zamawiającego oceniane jest w oparciu o to czy zostały dostarczone dowody czy nie zostały dostarczone dowody. Taki sposób oceny wyjaśnień nie znajduje umocowania w ustawie a więc nie może

zostać uznany za prawidłowy. Zgodnie z art. 90 ust. 3 *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonania ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*, dokonana ocena przez Zamawiającego sprowadziła się do oceny wiarygodności oświadczenia jakie złożył Odwołujący, nie stanowi natomiast merytorycznej oceny zawartych w niej informacji. Ustawodawca w art. 90 ust 2 ustawy wskazał przykładowo, bowiem nie jest to katalog zamknięty, obiektywne czynniki mogące mieć wpływ na kalkulacje ceny przez wykonawcę, które Zamawiający bierze pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień. Niewątpliwie czynniki jakie mogą mieć wpływ na kalkulację ceny oferty będą różne dla różnych zamówień oraz będą w szczególności kreowane przez wykonawców składających wyjaśnienia, bowiem to właśnie wykonawcy ci będą się do nich odwoływać wyjaśniając ceny zawarte w ofertach. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał te elementy oferty, które były podstawą wykreowania zaoferowanej w ofercie ceny oraz odwołał się do czynników jakie miały wpływ na taką kalkulację oferty. W świetle tego, iż czynność zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny stanowi czynność obowiązkową jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający zamierza zastosować w stosunku do wykonawcy sankcję w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4) ustawy, należy odnieść się do zagadnienia zwrócenia się do wykonawcy przez Zamawiającego. Ustawodawca, znamienne w skutkach dla wykonawcy stwierdzenie, iż jego oferta zawiera cenę rażąco niską, poprzedził obowiązkowym zwróceniem się Zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym przedmiocie. W art. 90 ust. 1 ustawy nie dookreślił ustawodawca, poza zobowiązaniem do wyznaczenia terminu udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, żadnych innych formalnych regulacji. Nasuwa się więc pytanie czy Zamawiający ma możliwość zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny więcej niż jeden raz. Biorąc pod uwagę ugruntowany pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za, iż *„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”* przy uwzględnieniu, iż ustawodawca nie ograniczył takiego działania odpowiedz będzie twierdząca, jednakże nie prowadzi to do obowiązku wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień, aż do czasu gdy będą one potwierdzać że cena nie jest rażąco niska lecz pozwolą Zamawiającemu na obiektywną ocenę tychże wyjaśnień. Niemniej, należy zawsze przestrzegać, realizując uprawnienia lub obowiązki ustawowe zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie Zamawiający mógł więc skorzystać z prawa, a zarazem obowiązku gdy zamierzał odrzucić ofertę, zwrócenia się ponownie do Odwołującego o złożenie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności dlatego, iż Zamawiający nie uznał za wiarygodne wyjaśnienia złożone przez Odwołującego z powodu braku potwierdzenia ich dowodami.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty a także oświadczenia zostaną ocenione na podstawie ustawy

w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający zobowiązany jest do działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, a jednocześnie działanie takie zapewni poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych gwarantując zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Izba uznała, że ocena oferty wykonawcy „KOSTRZEWA” Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Rynek 8 i 9, 41-400 Mysłowice, dokonana przez Zamawiającego jest nieprawidłowa. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską i art. 91. ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

