

Sygn. akt: KIO/UZP 1746/09

**WYROK**  
**z dnia 28 stycznia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie:** **Klaudia Szczytowska – Maziarz**

**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant:** **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ekoinbud Sp. z o.o., ul. Wielkopolska 5A, 80-180 Gdańsk** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Pomorskie, ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk** protestu z dnia 3 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Maz Polsko – Szwedzka Sp. z o., ul. Powstańców Wielkopolskich 9/4, 70-110 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Ekoinbud Sp. z o.o., ul. Wielkopolska 5A, 80-180 Gdańsk** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Ekoinbud Sp. z o.o., ul. Wielkopolska 5A, 80-180 Gdańsk;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Ekoinbud Sp. z o.o., ul. Wielkopolska 5A, 80-180 Gdańsk**.

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

Ekoinbud Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwany dalej „*Odwołującym*”, złożył protest i odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Wykonanie robót budowlanych polegających na adaptacji piwnic w budynku przy ul. Augustyńskiego 2 w Gdańsku na pomieszczenia archiwum*”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „*ustawa Pzp*”) przez Województwo Pomorskie (dalej: „*Zamawiający*”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2 października 2009 r. (nr ogłoszenia: 344134).

W postępowaniu tym Zamawiający w dniu 23 października 2009 r. drogą faksową wezwał Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień co do ceny rażąco niskiej. Wezwanie przesłane drogą faksową we wskazanej dacie zostało doręczone Odwołującemu na piśmie w dniu 27 października 2009 r. W wezwaniu tym został wyznaczony termin do złożenia wskazanych wyjaśnień do dnia 26 października 2009 r. godz. 10.00. Odwołujący drogą faksową złożył wskazane wyjaśnienia do Zamawiającego w dacie 26 października 2009 r. Na wydruku transmisji przesyłki faksowej znalazło się potwierdzenie godziny przesłania owej informacji, tj.: 10.01

W dniu 29 października 2009 r. Zamawiający poinformowała Odwołującego o wynikach postępowania, tj.: o wyborze oferty najkorzystniejszej (oferta Maz Polsko-Szwedzka Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie) oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że podstawą odrzucenia oferty był brak złożenia wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, tj. do dnia 26 października 2009 r. godz. 10.00.

Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący w dniu 3 listopada 2009 r. złożył protest, w którym wskazał na bezprawność czynności Zamawiającego, polegających na:

- 1) odrzuceniu jego oferty pomimo tego, że wyjaśnienia przez Odwołującego zostały złożone w terminie;

- 2) wyborze oferty najkorzystniejszej firmy Maz Polsko – Szwedzka Sp. z o.o., mimo iż oferta ta pod względem jedyne przyjętego w postępowaniu kryterium oceny ofert (cena) nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, że wskazane czynności Zamawiającego naruszają przepisy ustawy Pzp, w tym zwłaszcza: art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie decyzji Zamawiającego z dnia 29 października 2009 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 2) uwzględnienie wyjaśnień, które Odwołujący złożył w dniu 26 października 2009 r. co do ceny rażąco niskiej;
- 3) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 29 października 2009 r. polegającej na wyborze oferty Maz Polsko – Szwedzka Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 4) dokonanie ponownego badania ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący wskazał, że złożył w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, tj. do dnia 26 października 2009 r. godz. 10.00 żądane wyjaśnienia dotyczące ceny rażąco niskiej. Pojawiający się na przesłanym faksie raport faksu z godziny 10.01 był wynikiem niedopatrzeń polegającego na braku zmiany ustawień czasu w urządzeniu telefaksowym po zmianie czasu urzędowego z letniego na zimowy, która miała miejsce w dniu 25 października 2009 r. W pierwszym dniu po tej zmianie czasu pracownik wysyłający wyjaśnienia do Zamawiającego nie wprowadził na urządzeniu telefaksowym technicznej zmiany czasu, stąd też zamiast godz. 9.01 pojawił się wydruk godz.: 10.01. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył do protestu pisemne oświadczenie z dnia 29 października 2009 r. złożone przez jego pracowników, którzy dokonywali wysyłki faksowej wyjaśnień do Zamawiającego w dniu 26 października 2009 r.

W związku z powyższym Odwołujący wskazywał na konieczność uwzględnienia jego wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na cenę.

O złożonym proteście Zamawiający poinformował wykonawców, wzywając ich do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu; Maz Polsko – Szwedzka Sp. z o.o. otrzymała to wezwanie w dniu 4 listopada 2009 r.

Biorąc powyższe pod uwagę firma ta (Maz Polsko – Szwedzka Sp. z o.o.) w dniu 6 listopada 2009 r. złożyła przystąpienie do tego postępowania, wskazując na konieczność oddalenia podnoszonych w proteście zarzutów.

Zamawiający protest rozstrzygnął w dniu 13 listopada 2009 r., doręczając w tym samym dniu to rozstrzygnięcie Odwołującemu. Rozstrzygnięcie protestu polegało na częściowym jego oddaleniu i częściowym uwzględnieniu. Zamawiający uwzględnił protest Odwołującego co do terminowości złożenia wyjaśnień, uznając, że wyjaśnienia te zostały złożone w terminie. Protest został natomiast oddalony w pozostałym zakresie. Zamawiający wskazał, że dokonał oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, która to ocena pozwala na uznanie, że Odwołujący nie wskazał żadnego elementu, który mógłby zostać poddany ocenie, oraz który miałby wpływ na wysokość ceny, jak też Odwołujący nie przedstawił żadnych kalkulacji ceny. Odwołujący – zdaniem Zamawiającego – ograniczył swoje wyjaśnienia do złożenia oświadczenia potwierdzającego aktualność ceny. Wskazał on jedynie, że w sezonie budowlanym 2008 pozyskał kontrakty o dobrych parametrach finansowych, co umożliwiło mu założenie minimalnego zysku lecz nawet w tym zakresie nie wsparł tego twierdzenia odpowiednimi wyliczeniami. Podkreślił, że to na wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej spoczywa ciężar przekonania zamawiającego, iż jego wątpliwości co do zaoferowanej ceny są nieuzasadnione; powinien w tym zakresie przedstawić odpowiednie dowody, zaś same wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego wyliczenia ceny. Według Zamawiającego, kierując wezwaniem do wykonawcy, nie miał on obowiązku wskazywania wykonawcy na dokumenty, czy dowody, jakie ten powinien przedłożyć Zamawiającemu. Powoływał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO, Zespołów Arbitrów, Sądu Okręgowego w Częstochowie oraz stanowisko doktryny.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdził, że wyjaśnienia Odwołującego są lakonicznie i jako takie nie mogą być uznane przez Zamawiającego za wystarczające, co skutkuje uznaniem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co musi skutkować jej odrzuceniem.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 18 listopada 2009 r. (nadanie przesyłki w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, przekazując w tej samej dacie jego kopię Zamawiającemu.

W odwołaniu podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację z protestu, wnosząc dodatkowo o przyznanie Odwołującemu - na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886) – kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, a w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę, które zostaną potwierdzone przez przedłożenie na rozprawie stosowanych rachunków.

Dodatkowo w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

- 1) Wyznaczony przez Zamawiającego termin na udzielenie wyjaśnień był zbyt krótki, co pozbawiło Odwołującego możliwości prawidłowego ustosunkowania się do wezwania z dnia 23 października 2009 r. i przedstawienia Zamawiającemu stosownych dowodów tym zakresie. Faks zawierający wezwanie do złożenia wyjaśnień został przesłany do Odwołującego w dniu otwarcia ofert, tj. w dniu 23 października 2009 r., tj. w piątek, o godzinie 13.51. Zamawiający wyznaczył w nim termin na złożenie wyjaśnień, tj. 26 października 2009 r. godz. 10.00, co uniemożliwiło Odwołującemu sporządzenia wyczerpujących wyjaśnień, dokonania analizy ofert pozostałych wykonawców, załączenia kalkulacji i dowodów na poparcie prawidłowości ceny ofertowej. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Okoliczności tej – jego zdaniem – nie usprawiedliwia fakt, że inny wykonawca (Maz Polsko – Szwedzka Sp. z o.o.) złożył we wskazanym terminie takie wyjaśnienia, które w jego ocenie – nie są wiarygodne. Wskazał, że okolicznością wielce prawdopodobną jest – biorąc pod uwagę obszerność wyjaśnień tego wykonawcy (34 str.) - że wykonawca ten przygotował owe wyjaśnienia dużo wcześniej. Podkreślił też, że ocena wyznaczenia tak krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień należy do Izby, ponieważ ustawodawca nie określił w przepisach ustawy Pzp wytycznych dotyczących obliczania właściwego terminu na złożenie wyjaśnień.
- 2) Wskazał, że Zamawiający wysyłając w dniu 26 października 2009 r. wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny drogą faksową naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność pisemności takiego wezwania. Wezwanie drogą pisemną zostało doręczone Odwołującemu dopiero w dniu 27 października 2009 r., a więc po upływie wyznaczonego terminu na złożenie wyjaśnień. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający wadliwie wezwał go do złożenia wyjaśnień i co za tym idzie nie mógł przyjąć, że cena ofertowa w jego ofercie jest rażąco niska. Twierdził, że skoro Zamawiający nie wystosował pisemnego wezwania do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego, to nie sposób uznać, że

wezwanie to w ogóle nastąpiło, zatem nie wywoływało skutków prawnych, tym samym Zamawiający mógł ponownie wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO oraz stanowisko doktryny.

- 3) Niezależnie od powyższego wskazał, że załączone przez niego wyjaśnienia należy uznać za wystarczające. Odwołujący bowiem wskazał, że zakładana przez Zamawiającego cena szacunkowa przedmiotu zamówienia nie jest adekwatna do aktualnie panujących uwarunkowań rynkowych. Podkreślił, że zaoferowana przez niego cena jest kompletna i uwzględnia wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazał, że faktem powszechnie znanym jest zmiana cen na rynku materiałów budowlanych oraz robót i usług budowlanych, a co za tym idzie powyższe jest obiektywnym czynnikiem określającym cenę ofertową. Wskazał na powszechność zjawiska na rynku zamówień publicznych, że oferowane ceny w postępowaniach znacznie odbiegają od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia na co ma wpływ wskazana powyżej sytuacja oraz rosnąca konkurencja pomiędzy wykonawcami. Powyższe – w jego ocenie – jest faktem powszechnie znanym, a takie okoliczności nie wymagają dowodu, a Zamawiający powinien brać je pod uwagę z urzędu. Podkreślił, że wybrana przez Zamawiającemu jako najkorzystniejsza oferta wykonawcy Maz Polsko – Szwedzka Sp. z o.o. zawiera cenę nieznacznie różniącą się od ceny Odwołującego, a różnica w tych ofertach wynika w znacznej mierze z założonego przez wykonawców różnego poziomu stawki zysku.

Odwołujący wskazał na wyliczenia, według których cena oferty Odwołującego jest o ok. 40 000 zł brutto niższa od oferty wybranej, co w stosunku do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia stanowi jedynie 6%. Różnica ta – jego zdaniem – jest wynikiem zastosowania przez wybranego wykonawcę do wyliczenia ceny stawki zysku na poziomie 15%, podczas gdy Odwołujący w swojej ofercie zysk przewidział na poziomie: 5-10%. Powołał się tutaj na orzecznictwo KIO i Zespołów Arbitrów.

- 4) Podkreślił, że okoliczność, iż cena ofertowa jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia, może wyłącznie skutkować wszczęciem przez Zamawiającego postępowania w trybie art. 90 ustawy Pzp, nie stanowi natomiast przesłanki do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.
- 5) Wskazał, że Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 29 października 2009 r. jako jedyną przesłankę odrzucenia oferty wskazał fizyczne niezłożenie wyjaśnień odnośnie ceny rażąco niskiej. W uzasadnieniu tej decyzji nie podniósł, że wyjaśnienia są niewystarczające z merytorycznego punktu widzenia. W

związku z tym Odwołujący wywodzi, że niezasadnym było oddalenie porostu z dnia 3 listopada 2009 r. w części. Skoro Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wyłącznie z powodu niezłożenia w terminie wyjaśnień, a następnie uznał, że jednak wyjaśnienia te zostały złożone w terminie powinien był protest uwzględnić w całości, a następnie jego kolejnym krokiem powinna być ponowna ocena ofert, na podstawie której nastąpiłoby ewentualne odrzucenie oferty Odwołującego.

W związku ze złożonym odwołaniem wykonawca Maz Polsko – Szwedzka Sp. z o.o. pismem z dnia 11 grudnia 2009 r., które wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 16 grudnia 2009 r. złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do protestu, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz w przystąpieniu do odwołania, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeśli odwołanie dotyczy okoliczności, które mieszczą się w enumeratywnie wymienionych w tym przepisie sytuacjach. Izba nie ma uprawnień do częściowego odrzucenia odwołania. Jednak w sytuacji, gdy którykolwiek z podnoszonych zarzutów w odwołaniu mieściłby się w dyspozycji wskazanego przepisu Izba *per analogiam*, jak też biorąc pod uwagę treść przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, nie rozpoznaje tych zarzutów.

Podobna sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie odwoławczej. Skład orzekający Izby skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawie bowiem część z podniesionych w nim zarzutów podlegała merytorycznemu rozpoznaniu. Były to zarzuty dotyczące czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (zarzuty dotyczące zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania

oraz odrzucenia jego oferty, a także zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą).

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby, uwzględniając treść art. 191 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp, nie rozpoznawał zarzutów zgłoszonych dopiero w odwołaniu, odnoszących się do wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej oraz skierowania przez Zamawiającego tego wezwania drogą faksową. W złożonym przez Odwołującego proteście poprzedzającym rozpoznawane przez Izbę odwołanie głównym obszarem objętym zainteresowaniem Odwołującego była kwestia uznania, że złożone przez niego w dniu 26 października w odpowiedzi na faksowe wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia zostały złożone w terminie. W proteście tym wniósł on dodatkowo o merytoryczne ich uwzględnienie przez Zamawiającego. Odwołujący w proteście nie podnosił natomiast kwestii związanej z nierównym traktowaniem wykonawców z powodu wyznaczenia krótkiego czasu na te wyjaśnienia, czy też skierowanie wezwania o wyjaśnienia drogą faksową. Zarzuty te pojawiają się dopiero w odwołaniu i jako takie nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę.

Uwzględniając powyższe, podstawą stanowiącą zakres merytorycznego rozpoznania przez Izbę stanowi zarzut odrzucenia oferty Odwołującego z powodu nieuwzględnienia przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na ustalenie przez wykonawcę ceny ofertowej.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania załączonej do akt sprawy i przedłożonej przez Zamawiającego w toku rozprawy do wglądu Izby w oryginale, w tym przede wszystkim z treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ oraz ofert złożonych w postępowaniu, w tym z oferty Odwołującego oraz z protokołu postępowania (druk ZP-2), jak też z pisma Zamawiającego z dnia 23 października 2009 r. (znak: DAZ.ZP-33211-46/2009), stanowiącego wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i pisma Odwołującego z dnia 26 października 2009 r., zawierającego te wyjaśnienia oraz z pisemnej analizy postępowań o zamówienie publiczne prowadzonych w analogicznym czasie, jak przedmiotowe zamówienie na obszarze Województwa Pomorskiego, wskazującej na rozbieżności pomiędzy wartością szacunkową przedmiotu zamówienia, a ceną ofert wybranych w tych postępowaniach, przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie jako dokument prywatny, jak również z oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego,



złożonych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej na piśmie oraz ustnie do protokołu.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Skład orzekający Izby, w oparciu o protokół postępowania i jego załączniki (druk ZP-2 pkt 2 części ogólnej i ZP – 12) ustalił, że:

- 1) wartość szacunkowa w niniejszym postępowaniu została ustalona na kwotę: 497 810, 72 zł (tj. 128 397,70 euro), co przy powiększeniu o wartość podatku VAT (22% zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, któremu Odwołujący nie zaprzeczył) daje kwotę: 607 329,08 zł brutto;
- 2) w postępowaniu złożono trzy oferty, z czego:
  - oferta Odwołującego opiewa na kwotę: 342 149,83 zł brutto;
  - oferta złożona przez wykonawcę Maz Polsko – Szwedzka Sp. z o.o. opiewa na kwotę 382 333,36 zł brutto;
  - oferta złożona przez wykonawcę PB KANBUD z siedzibą w Gdańsku opiewa na kwotę: 713 227,21 zł brutto.

W oparciu o dokumentację postępowania ustalono, że w udzielonych przez Odwołującego w piśmie z dnia 26 października 2009 r. wyjaśnieniach dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ustalonej ceny ofertowej wskazał on na następujące okoliczności:

- 1) O braku wiarygodności i realistyczności ceny oferty nie może decydować proste porównanie zaoferowanej przez niego ceny z wartością przedmiotu zamówienia wynikającą z kosztorysu inwestorskiego. Podniósł, że praktyka rynku zamówień wskazuje, że właśnie te szacunkowe wartości prezentowane przez zamawiających mają charakter niewiarygodny i nierealistyczny, gdyż kalkulowane były w oparciu o wskaźniki z pierwszej połowy roku 2008, kiedy to rynek budowlany miał zupełnie odmienne oblicze. Wskazał na aktualny wzrost konkurencji na rynku robót budowlanych wobec załamania rynku mieszkaniowego. Powyższe wpłynęło w sposób znaczący na spadek cen na tym rynku. Oferty składane w roku ubiegłym kalkulowane były bowiem na poziomie 30-40% zysku, zaś obecnie poziom ten spadł do 5-10%.
- 2) Pozyskane przez Odwołującego w roku 2008 r. kontrakty przy dużo mniejszej konkurencji pozwalają mu obecnie na składanie ofert z założeniem minimalnego zysku.
- 3) Odwołujący dokonał ponownej analizy poszczególnych cen jednostkowych w swoich kosztorysach ofertowych, która to analiza wskazuje, że zaoferowana cena jest

kompletna i uwzględnia wszystkie elementy niezbędne dla prawidłowego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia.

- 4) Podkreślił, że w krótkim, wyznaczonym przez Zamawiającego terminie na złożenie wyjaśnień (3 dni, w tym 2 dni wolne), nie było możliwe dokonanie szczegółowego porównania ceny ofertowej Odwołującego z cenami innych wykonawców w celu dokładnego ustalenia elementów wpływających na zaistniałe rozbieżności. Odwołujący wyraził też gotowość do przedłożenia takiego porównania w terminie nie krótszym niż 7 dni roboczych od daty ponownego wezwania.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że wyjaśnienia, udzielone na wezwanie Zamawiającego - której to czynności Odwołujący nie kwestionował w trybie odrębnego postępowania z użyciem środków ochrony prawnej, a wręcz w toku rozprawy przyznał zasadność skierowania takiego wezwania przez Zamawiającego - są mało wiarygodne i lakoniczne. Analizując ich treść w żaden sposób nie można stwierdzić, że wskazane przez Odwołującego okoliczności stanowią obiektywne czynniki, szczególne dla tego konkretnie wykonawcy, który się na nie powołuje. Stosownie natomiast do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający, dokonując oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, bierze pod uwagę różne czynniki – te przykładowo wskazane w przywołanym przepisie, jak i inne tam niewymienione – istotnym jest natomiast to, aby owe czynniki miały charakter obiektywny i były dostępne dla tego konkretnego wykonawcy.

Wskazanie przez Odwołującego na aktualny wzrost konkurencji na rynku robót budowlanych wobec załamania się rynku mieszkaniowego i wpływ na spadek cen na tym rynku, w tym w kontekście kalkulowania w cenach ofertowych w roku 2008 zysku na poziomie 30-40%, zaś obecnie na poziomie 5-10% jest okolicznością, która nie jest w jakiś sposób szczególna dla Odwołującego. Ze wskazanych tendencji na rynku robót budowlanych mogli bowiem skorzystać wszyscy wykonawcy składający oferty w postępowaniu.

Co do wykazywanej okoliczności, że praktyka rynku zamówień wskazuje, że szacunkowe wartości prezentowane przez zamawiających mają charakter niewiarygodny i nierealistyczny, gdyż kalkulowane były w oparciu o wskaźniki z pierwszej połowy roku 2008, kiedy to rynek budowlany miał zupełnie odmienne oblicze, Izba wskazuje, że również ta okoliczność nie stanowi obiektywnego i szczególnego dla Odwołującego czynnika. Powyższe, co najwyżej, mogłoby być podnoszone w ramach ewentualnie składanego protestu przez Odwołującego na czynność Zamawiającego wezwania Odwołującego do

złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jako okoliczność wskazującą na brak uprawnień ze strony Zamawiającego do skierowania takiego wezwania do Odwołującego, co jak wskazano powyżej, nie miało miejsca.

Kolejna wskazana w wyjaśnieniach z dnia 26 października 2009 r. okoliczność, mianowicie, iż Odwołujący pozyskał w roku 2008 r. kontrakty przy dużo mniejszej konkurencji, co pozwalało mu w niniejszym postępowaniu na złożenie oferty z założeniem minimalnego zysku, faktycznie ma bezpośrednie odniesienie do Odwołującego. Skład orzekający Izby jednak – z racji na duży stopień ogólności wykazywanej okoliczności - nie uznał jej za obiektywny i wiarygodny czynnik pozwalający na uznanie, że zaproponowana w ofercie cena w sposób rażący nie odbiega od cen rynkowych i nie jest nierealna. Odwołujący – wbrew twierdzeniu na rozprawie – nie wskazał w swoich wyjaśnieniach konkretnych obliczeń ceny ofertowej co do oszacowanego w niej zysku.

Za wiarygodne nie może być również uznane przez Izbę ogólne stwierdzenie Odwołującego, że po dokonaniu ponownej analizy poszczególnych cen jednostkowych w swoich kosztorysach ofertowych, stwierdził, że zaoferowana przez niego cena jest kompletna i uwzględnia wszystkie elementy niezbędne dla prawidłowego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Co do okoliczności, iż w krótkim, wyznaczonym przez Zamawiającego terminie na złożenie wyjaśnień nie miał możliwości dokonania szczegółowego porównania ceny ofertowej Odwołującego z cenami innych wykonawców, w szczególności z ofertą Przystępującego, należy stwierdzić, że okoliczność ta nie była kwestionowana przez Odwołującego w ramach środków ochrony prawnej, wnoszonych po podjęcie tej czynności przez Zamawiającego (skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień), której to czynności dotyczy zarzut. Niezrozumiała również w tym zakresie jest sama chęć porównania przez Odwołującego złożonej przez siebie oferty z ofertami innych wykonawców. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, przy ocenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny Zamawiający bierze pod uwagę obiektywne czynniki – jak już powyżej wskazano – dostępne dla tego konkretnego wykonawcy, którego cena ofertowa jest weryfikowana. Nie ma więc potrzeby w tym zakresie sięgania do innych ofert. Odwołujący bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Takich okoliczności w swoich wyjaśnieniach Odwołujący w żaden sposób nie wykazał. Tym samym – w ocenie składu orzekającego Izby – zgodnie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący

skutecznie nie obalił domniemania o rażąco niskiej cenie, postawionego przez Zamawiającego poprzez skierowanie do Odwołującego wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny ofertowej tego wykonawcy.

Skład orzekający Izby oceniając podniesione zarzuty w proteście i odwołaniu nie może brać pod uwagę wyjaśnień Odwołującego udzielonych w piśmie z dnia 19 listopada 2009 r. Wyjaśnienia te zostały bowiem udzielone przez Odwołującego już po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, a nawet po złożeniu przez Odwołującego odwołania w niniejszej sprawie. Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się swego rodzaju rygoryzmem, a przyjęcie takiego dodatkowego stanowiska Odwołującego w sprawie, po upływie terminu wyznaczonego również w analogicznej sprawie dla innego wykonawcy w postępowaniu, stanowiłoby o naruszeniu zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Co do argumentacji Odwołującego, iż Zamawiający powinien był – wobec złożonych wyjaśnień – ponownie wezwać Odwołującego do ich uzupełniania, bądź złożenia nowych, skład orzekający Izby wskazuje, że faktycznie taki sposób postępowania nie jest zakazany w przepisie art. 90 ustawy Pzp. Jednakże ponowne wezwanie Odwołującego do przedłożenia nowych *de facto* wyjaśnień – w ocenie Izby - prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która jako nadrzędna zasada w postępowaniu, mająca odniesienie do każdej czynności Zamawiającego powinna mieć priorytetowe znaczenie. Tym samym zatem - w ocenie Izby - ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w niniejszej sprawie prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy Pzp i nadużycia prawa ze strony Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe i zgromadzony w sprawie materiał dowodowy skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....