

WYROK
z dnia 9 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2013 r. przez **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Pocztę Polską Spółkę Akcyjną w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gronowie Górnym**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Poczcie Polskiej Spółce Akcyjnej w Warszawie** – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2 postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy **Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gronowie Górnym** i dokonanie ponownej oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Pocztę Polską Spółkę Akcyjną w Warszawie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Poczty Polskiej Spółki Akcyjnej w Warszawie** na rzecz **Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Poczta Polska Spółka Akcyjna w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług sprzątania placówek pocztowych w województwie Pomorskim, Kujawsko-Pomorskim (Część 1) i Warmińsko-Mazurskim i Podlaskim (Część 2).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 16 grudnia 2013 roku wykonawca Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego w zakresie zadania nr 2, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny wybranego wykonawcy: Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł w zakresie zadania nr 2 o:

- 1) uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę: Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o.;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych - ofert złożonych przez wykonawcę: Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o., gdyż:
 - a) zawierają rażąco niską cenę;
 - b) ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór ofert najkorzystniejszych spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania tj. oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania jego oferta, jako najtańsza w postępowaniu dla zadania nr 2 będzie ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w dniu 6 grudnia 2013 r. na podstawie przekazanego przez zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo Pil 1/ZP/- JBS-185/13 z dnia 6 grudnia 2013 r.), powziął informację, że wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla zadania nr II (województwo warmińsko mazurskie i podlaskie. W jego ocenie czynności dokonane przez zamawiającego są bezpodstawne i dokonane zostały z naruszeniem prawa, gdyż złożona w postępowaniu oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący stwierdził, iż w postępowaniu złożono następujące ważne, nieodrzucone oferty dla zadania II: 1. Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. 2. Konsorcjum Firm : Lider DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., ELPOSERWIS Sp. z o.o. 3. Clar System S.A., 4. Impel Cleaning Sp. z o.o. Za wykonanie kompleksowej usługi porządkowej obejmującej 400 placówek o łącznej powierzchni terenu wewnętrznego 86 912,49 m², terenu zewnętrznego 159 362,46 m² oraz powierzchni dachów 24 902,68 m² na 24 miesiące ww. firmy przedstawiły oferty cenowe kształtujące się następująco: Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. 5 637 526,80 pln, Konsorcjum Firm : Lider DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., ELPOSERWIS Sp. z o.o. 7 979 258,07 pln, Clar System S.A. 8 050 634,31 pln Impel Cleaning Sp. z o.o. 6 911 840,17 pln. Z analizy powyższego zestawienia wyraźnie widać ogromne różnice dzielące ofertę cenową firmy Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. wybraną przez zamawiającego za najkorzystniejszą, względem pozostałych ofert zaproponowanych przez pozostałych wykonawców.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący przedstawił szczegółowe wyliczenia, potwierdzające podnoszone argumenty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W pierwszej kolejności wskazał na brak legitymacji czynnej we wniesieniu odwołania przez odwołującego, co skutkuje oddaleniem odwołania z tego tytułu, bez konieczności merytorycznego rozpoznawania zarzutów.

Podniósł, że zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zatem uprawnionym do wniesienia odwołania jest podmiot, który wykaże, że posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia

oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ustawa Pzp zatem wymaga, aby w połączeniu z interesem w uzyskaniu zamówienia odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę, ponadto szkoda ta musi pozostawać w związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W ocenie zamawiającego sama przesłanka posiadania interesu nie jest wystarczająca do wykazania legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania. Przepis art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania (łącznie z interesem), że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy. Biorąc pod uwagę stan faktyczny w niniejszym postępowaniu należy stwierdzić, iż wykonawca nie poniósł, ani nie poniesie żadnej szkody, której wykazania wymaga art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ:

1) Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 18 800 460,74 w tym na:

- 1) Część 1-13 224 391,74 zł
- 2) Część 2- 5 576 069,00 zł

Informacja ta została przesłana również Wykonawcy w dniu 19.11.2013 r., pismem znak PIII/ZP/EM-150/2013.

Odwołujący się w Części 2 zamówienia oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto: 6 911 840,77 zł. Różnica ceny oferowanej przez Wykonawcę w stosunku do środków, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi: 335 771,77 zł brutto, w ujęciu procentowym: 23,96 %.

W drugiej części zamówienia Zamawiający dokonał wyboru oferty nr 1 złożonej przez Wykonawcę Zakład Sprzątania Wnętrz MOP83 Józef J. Sp. z o. o., ul. Szafirowa 7A, 82-310 Gronowo Górne z ceną: 5 637 526,80 zł, która przekraczała środki jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia o 61457,80 zł, w ujęciu procentowym 1,10 96.

Zamawiający Uchwałą Zarządu PP SA nr 226/2013 r. z dnia 06.12.2013 r. podjął decyzję o zwiększeniu środków, ze względu na nieznaczną rozbieżność cenową.

Zgodnie z powołaną uchwałą Zarząd Poczty Polskiej wyraził zgodę na zaciągnięcie zobowiązania pieniężnego na kompleksowe utrzymanie czystości w nieruchomościach użytkowanych przez Poczta Polską do kwoty nie wyższej niż 91852 tys. zł brutto (dziewięćdziesiąt jeden milionów osiemset pięćdziesiąt dwa tysiące złotych). Uchwała ta określa maksymalną kwotę przeznaczoną na kompleksowe utrzymanie czystości w całej Poczcie Polskiej S.A. i kwota ta została ustalona poprzez zsumowanie różnic pomiędzy

najkorzystniejszymi ofertami w poszczególnych postępowaniach (regionach/częściach) a kwotami, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację poszczególnych zamówień, jednocześnie dodał, że Zarząd PP zdecydował się na podwyższenie kwoty, która może być przeznaczona na realizację zamówienia jedynie w przypadku tych postępowań, w których różnica pomiędzy ofertą najkorzystniejszą a kwotą podaną na otwarciu ofert była niewielka. Biorąc pod uwagę znaczną różnicę pomiędzy ceną oferty Odwołującego, a maksymalną kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia w części 2 niniejszego postępowania, która jest kwotą maksymalną i nie zostanie już podwyższona, przy uwzględnieniu odwołania i konieczności powtórzenia czynności badania i oceny ofert Zamawiający dokona unieważnienia niniejszego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co wyłącza możliwość poniesienia przez Odwołującego jakiegokolwiek szkody.

W ocenie zamawiającego nie można również doszukiwać się interesu Odwołującego się w przypadku, gdyby Zamawiający dokonał unieważnienia obecnego postępowania, a następnie wszcząłby postępowanie tylko w zakresie Części 2 zamówienia. Z orzecnictwa oraz stanowiska doktryny bezspornie wynika, że interes w uzyskaniu danego zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp powinien dotyczyć tego zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tj. konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony (dla przykładu: wyroki KIO z: 28.02.2013 r., KIO 348/13, z 05.01.2012 r., KIO 2742/11; z 20.12.2011 r., KIO 2588/11). W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie uzyska zamówienia sektorowego, gdyż oferowana przez niego cena znacząco przekracza kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia. W przypadku, bowiem odrzucenia oferty już wybranej, Zamawiający unieważni postępowanie, co potwierdza zarzut braku interesu prawnego po stronie Odwołującego w złożeniu środków odwoławczych w tym konkretnym postępowaniu (UZP/ZO/0-1699/05).

Zamawiający oświadczył, że - zgodnie z decyzją Zarządu - kwota przeznaczona na realizację zamówienia jest kwotą maksymalną, zatem również w przypadku ponownego wszczęcia postępowania w zakresie Części 2 zamówienia, zamawiający wskazałby ponownie tę samą kwotę (opierając się na danych rynkowych), jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, skutkiem, czego odwołujący się w przypadku podtrzymania cen z obecnej oferty przekraczałby środki finansowe Zamawiającego. Odwołujący chcąc, zatem by jego oferta została uznana jako najkorzystniejsza, biorąc pod uwagę środki finansowe, jakimi dysponuje Zamawiający, musiałby zbliżyć swoją ofertę cenową do oferty złożonej przez Wykonawcę Zakład Sprzątania Wnętrz MOP83 Józef J. Sp. z o. o., ul. Szafirowa 7A, 82-310 Gronowo Górne, której zarzucił, że jest rażąco niska.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, zamawiający zauważył, że zasada uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp realizuje się

w pierwszym rzędzie poprzez prawidłowy opis przedmiotu zamówienia oraz warunków stawianych wykonawcom w sposób niezawężający ich kręgu ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie zostanie udzielone wykonawcy wiarygodnemu i zdolnemu do jego realizacji, a także zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednich publikatorach. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza natomiast brak przywilejów dla poszczególnych wykonawców czy też środków ich dyskryminujących ze względu na ich właściwości czy możliwość pozyskania zamówienia, co przejawia się stosowaniem jednej miary wobec podmiotów znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Z kolei art. 7 ust. 3 ustawy Pzp stanowi o udzieleniu zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a zatem zasada ta w ogóle nie dotyczy tego etapu postępowania.

Zdaniem zamawiającego Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia dla zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a zatem brak jest możliwości szerszego odniesienia się do tego zarzutu przez Zamawiającego oraz uznania, że zarzut ten w ogóle został postawiony i powinien podlegać rozpoznaniu przez Izbę. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający czynił jakiegokolwiek odstępstwa w traktowaniu poszczególnych wykonawców czy różnicował podejście do złożonych przez nich ofert lub że udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 4 oferty. Złożyli je:

- I. Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o. o., ul. Szafirowa 7a, 82-310 Gronowo Górne, poczta Elbląg,
- II. Konsorcjum firm: DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o. o., ul. Najśw. Marii Panny 5e, 59-220 Legnica, DGP Clear Partner Sp. z o. o. - Lider, ELPOSERWIS Sp. z o. o., P.U. GOS-ZEC Sp. z o. o., , ul. Najśw. Marii Panny 5e, 59-220 Legnica, Zawada 26, 28-230 Połaniec, ul. Gdyńska54, 61-016 Poznań,
- III. CLAR SYSTEM S.A., ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań,
- IV. IMPEL CEANING Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.

Na realizację umowy w Części 2 zamówienia Zamawiający przeznaczył 5 576 069,00 zł brutto.

Zamawiający wyjaśnił, iż nie dopatrzył się rażąco niskiej ceny w ofertach złożonych przez Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Cena wybranej oferty przekroczyła kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, która to odpowiada szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, powiększonej o podatek VAT. Biorąc pod uwagę fakt, iż zamawiający oszacował przedmiot zamówienia z uwzględnieniem cen ofert pozyskanych z rynku oraz że cena najkorzystniejszej oferty przekroczyła wartość przedmiotu zamówienia, oszacowaną z należytą starannością w niniejszym postępowaniu nie można w ogóle domniemywać złożenia oferty z rażąco niską ceną.

Ponadto, Zamawiający oświadczył, iż dokonując oceny ofert posiadał wiedzę na temat cen oferowanych przez wykonawców w postępowaniach przetargowych na świadczenie usług sprzątnia prowadzonych przez Poczta Polska S. A. w innych regionach, które to ceny świadczą o tym, że cena najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu nie odbiega od cen rynkowych.

Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający podniósł, w ogóle nie był zobowiązany żądać od wykonawcy Zakład Sprzątnia Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o. o., wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Zwrócił się z wnioskiem o wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny jedynie w związku z informacją otrzymaną od odwołującego.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień wykonawca Zakład Sprzątnia Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o. o. przesłał swoje stanowisko, które zamawiający podzielił. Ceny podane przez wykonawców w ofertach mają charakter cen ryczałtowych, a zatem podanie niektórych niższych cen jednostkowych nie pozwala na ocenę ceny oferty jako rażąco niskiej, jeśli całkowita cena oferty jest ustalona na realnym poziomie, gwarantującym prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że po otrzymaniu wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny poddał dodatkowej analizie cenę oferty złożonej przez Zakład Sprzątnia Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o. o. oraz ceny pozostałych ofert i w wyniku tej analizy uznał, że cena najkorzystniejszej oferty jest ceną rynkową i nie zawiera rażąco niskiej ceny (o czym świadczą ustalenia protokołu wewnętrznego).

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia, zgodnie z protokołem postępowania, wynosiła 4 897 489,00 zł.

Kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 5 576 069,00 zł. Zamawiający uchwałą Zarządu PP SA nr 226/13 z dnia 6 grudnia 2013 roku podjął decyzję o zwiększeniu środków ze względu na nieznaczną rozbieżność cenową.

Wpłynęły 4 oferty:

- 1) Zakład Sprzątnia Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. w Gronowie Górnym – cena: 5 637 526,80 zł
- 2) Konsorcjum: DGP Clear Partner Sp. Z o.o. w Legnicy, DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. w Legnicy, Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. w Poznaniu, ELPOSERWIS Sp. z o.o. w Połańcu – cena: 7 979 258,07 zł
- 3) CLAR SYSTEM SA w Poznaniu – cena: 8 050 634,31 zł
- 4) IMPEL CLEANING Sp. z o.o. we Wrocławiu – cena: 6 911 840,17 zł

Pismem z dnia 28 listopada 2013 roku zamawiający zwrócił się do przystępującego o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że w złożonej ofercie szczególne wątpliwości budzą niskie ceny zaoferowane w części 2 przedmiotu zamówienia, wskazane w tabeli Formularza oferty: poz. 2 Sprzątanie powierzchni wewnętrznej pomieszczeń eksploatacyjnych i zaplecza placówek pocztowych – 1,00 zł, poz. 3 Sprzątanie powierzchni wewnętrznej pomieszczeń sanitarnych oraz ciągów komunikacyjnych – 1,10 zł, poz. 11 Sprzątanie powierzchni zewnętrznej odśnieżanie dachów – 0,20 zł, najniżej wycenionych względem pozostałych ofert.

Zamawiający poprosił o podanie czynników mających wpływ na podanie ceny, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy itp.

Zamawiający zasignalizował, że w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień, których ocena wraz dostarczonymi dowodami potwierdzi, iż oferta zawiera rażąco niską cenę będzie przesłanką do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi przystępujący złożył pismo z dnia 28 listopada 2013 roku, w którym poinformował, że cena oferty dla części II została skalkulowana na właściwym poziomie i jest ceną rynkową.

Cena podana w ofercie jest ceną ryczałtową, a przy okazji takiego sposobu kalkulowania cen każdy wykonawca, według własnego uznania, podaje stawki jednostkowe za wykonanie poszczególnych prac i w takim przypadku nie należy ceny jednostkowej rozpatrywać osobno.

Rozliczenia odbywać się będą na podstawie faktur miesięcznych z podaniem kwot netto, odpowiadającym iloczynowi metrów i stawki za metr kwadratowy i będzie to w jakimś stopniu miesięcznym kwota stała.

Ponadto w formularzu ofertowym wykonawca miał podać „uśrednioną ryczałtową cenę jednostkową netto za metr kwadratowy”, co jednoznacznie dowodzi, że ceny mają charakter ryczałtu, czyli mniej więcej stałej kwoty wypłaconej wykonawcy za wykonane prace.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zamawiający jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a

także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołujący jest uczestnikiem toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jego oferta nie została odrzucona, i jako taki zamówienie wciąż może uzyskać – ma więc interes w jego uzyskaniu i może ponieść szkodę.

Oceny powyższego nie zmienia okoliczność przyszła i niepewna, jaką pozostaje ewentualne unieważnienie postępowania po odrzuceniu oferty pierwotnie wybranej, ze względu na fakt, iż poza możliwościami zamawiającego pozostaje sfinansowanie i udzielenie zamówienia odwołującemu. Unieważnienie postępowania w tym przypadku formalnie pozostaje uznaniową decyzją zamawiającego, którą zamawiający może, ale wcale nie musi podjąć – zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający może podnieść kwotę, którą przeznaczona na sfinansowanie zamówienia i postępowania nie unieważniać.

Niedopuszczalne jest więc w tym przypadku uzależnianie i warunkowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawców jedynie od woli i deklaracji zamawiającego. Powyższe prowadziłoby do paradoksalnej sytuacji, w której jedynie w oparciu o procesowe stanowisko zamawiającego, którym nie jest wcale związany, o konieczności unieważnienia postępowania w wypadku, gdy wybrana przezeń oferta zostanie odrzucona, niemożliwe będzie zakwestionowanie tego wyboru w drodze środków ochrony prawnej.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że są one uzasadnione.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest

punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... *etc.* Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Z tego zatem względu, biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zamówienia oraz ceny innych wykonawców Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie elementów cenotwórczych.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do stwierdzenia, że przystępujący nie zaoferował rażąco niskiej ceny.

Zważyć należy, iż nie chodzi tu o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również – w sytuacji, gdy same wyjaśnienia nie są wystarczające – poparte stosownymi dowodami.

Uznając, że przystępujący nie udowodnił, iż jego cena nie jest rażąco zaniżona Izba, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 nakazała odrzucenie jego oferty.

W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jednakże – wobec potwierdzenia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – nie ma to znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....