

WYROK
z dnia 22 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 07 października 2010 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa SA, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa i Accina Infraestructuras SA z siedzibą w Madrycie, Alcobendas, Parque Empresarial de la Moreleja, Avenida de Europa 18** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Al. Raławickie 14, 20-950 Lublin,**

przy udziale **wykonawcy Warbud SA, Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) dokonanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. Kosztami postępowania obciąża **Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Al. Raławickie 14, 20-950 Lublin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa SA, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa i Accina Infraestructuras SA z siedzibą w Madrycie, Alcobendas , Parque**

Empresarial de la Moreleja, Avenida de Europa 18 stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Al. Raławickie 14, 20-950 Lublin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Dz.U UE nr 2010/S 66-099321 w dniu 03.04.2010 r.

Zamawiający zwrócił się w dniu 15 września 2010 r. do Mostostal Warszawa S.A., i Acciona Infraestructuras S.A., (zwanego dalej Konsorcjum Mostostal) o przedstawienie wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny, nie później niż do dnia 17 września 2010 r. do godziny 14:00. Zamawiający zaznaczył, iż oceniając wyjaśnienia weźmie pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W dniu 16 września 2010 r. Odwołujący zwrócił się z prośbą o przedłużenie wyznaczonego terminu. Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie tego terminu.

Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia, w których wskazał przyczyny, które jego zdaniem pozwoliły ustalić cenę na poziomie niższym od konkurencji. „Są to:

- Regionalizacja spółki Mostostal Warszawa SA, tj. istnienie oddziału firmy w Lublinie, co znacząco przyczynia się do niższych kosztów przypisanych do realizacji konkretnego przedsięwzięcia, gdyż rozkładają się one na wiele przedsięwzięć, a ponadto dzięki silnemu osadzeniu działalności w regionie powoduje większą łatwość uzyskiwania niższych cen od

lokalnych dostawców niszowych elementów zamówienia i podwykonawców, od których nabywane są usługi,

- Organizacja procesu zakupowego polegająca na stosowaniu centralnej polityki zakupowej przy nabywaniu najistotniejszych materiałów i urządzeń, co powoduje uzyskiwanie oszczędności niedostępnych przy typowym, nastawionym na pojedyncze przedsięwzięcia systemie zakupów,
- Prowadzenie w tym samym czasie równolegle kilku (wymienionych w piśmie) inwestycji w bezpośredniej bliskości miejsca niniejszego zamówienia. Doświadczenie wskazuje, że łańcuch dostaw, koszty dowozu pracowników, wykorzystanie pracowników i personelu kierowniczego daje jako efekt obniżenie kosztów,
- Rozwój technologiczny firmy powodujący, że w zamówieniach tego samego rodzaju może uzyskać cenę robocizny niższą o ok. 15-17 % od ich realizacji przez inne podmioty,
- Bardzo dobra sytuacja ekonomiczna hiszpańskiego partnera Konsorcjum -Acciona Infraestructuras SA, która pozwala na ustalanie niewielkiej marży,
- Łatwy dostęp do usług specjalistycznych i ogólnobudowlanych firm z grupy kapitałowej (brak w związku z tym kosztów związanych z pozyskiwaniem partnerów)".

Jednocześnie Odwołujący przedstawił w tabeli czynniki, które jego zdaniem miały wpływ na wysokość zaproponowanej w ofercie ceny.

Zamawiający, w dniu 29.09.2010 r. poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Warbud SA, a także o odrzuceniu oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., i Acciona Infraestructuras S.A. Jako podstawę odrzucenia Zamawiający wskazał art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, i uzasadnił iż „wykonawca nie złożył wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1".

W uzasadnieniu faktycznym wskazano, że z treści pisma Konsorcjum Mostostal stanowiącego odpowiedź na prośbę o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty mającej wpływ na wysokość ceny nie przedstawiono obiektywnych czynników, w szczególności nie dostępnych innym wykonawcom, które mogłyby być wzięte pod uwagę przez Zamawiającego w trakcie analizy pod kątem, czy nie została zaproponowana oferta z rażąco niską ceną. Zamawiający podniósł, iż nie zostały przedstawione istotne informacje, które doprowadziłyby do uzyskania zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia nie poszerzyły posiadanej przez zamawiającego wiedzy na temat otrzymanej oferty.

Odwołujący nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem Zamawiającego i w dniu 07 października 2010 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego wbrew art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 90 ust 3 ustawy Pzp, a także naruszenie przepisów ustawy Pzp w szczególności art. 91 ustawy Pzp.

W odwołaniu Odwołujący podniósł następujące okoliczności

Zamawiający dokonał oceny oferty Konsorcjum Mostostal już przy pierwotnej ocenie, o której poinformował wykonawców w dniu 4 sierpnia 2010 r. Nie uznał wówczas ceny oferty Odwołującego za rażąco niską i żaden z elementów oferty nie wzbudził w tym zakresie jego wątpliwości, gdyż nie zwrócił się o jakiegokolwiek wyjaśnienia. Oferta złożona przez WARBUD S. A. z siedzibą w Warszawie, zawierała ceną 30 116 046, 48 zł brutto, zaś oferta odwołującego zawierała cenę 26 178 291,90 zł. W dniu 4 sierpnia 2010 r. Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum Mostostal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, - zawiera omyłki w treści oferty, których nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Od tej czynności Konsorcjum Mostostal wniosło odwołanie, które zostało uwzględnione i Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 26.08.2010 roku nakazała dokonanie ponownej oceny ofert uznając, iż odrzucenie oferty Konsorcjum Mostostal nastąpiło z naruszeniem prawa.

Zamawiający nie może więc twierdzić, że nie zostały złożone wyjaśnienia. Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, to właśnie brak wyjaśnień, a nie ich niewyczerpujący charakter jest przyczyną odrzucenia oferty. Odwołujący zwrócił także uwagę, że przepis art. 90 ust 3 ustawy Pzp nie może być przesłanką odrzucenia żadnej oferty. Przesłanki odrzucenia zawiera wyczerpujący katalog art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, zaś przepis art. 90 ust 3 ustawy Pzp jest kierowany wyłącznie do Zamawiającego, i nakazem dokonania czynności odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, zażądanie przedstawienia wyjaśnień w terminie 1,5 dnia wskazuje na celowe działanie Zamawiającego, zmierzające do uniemożliwienia przedłożenia pełniejszych wyjaśnień. Wykonawca złożył wyjaśnienia w sposób wyraźnie i jednoznacznie zażądany przez Zamawiającego. Obecnie zaś Zamawiający podnosi, że brak jest szczegółowych wyliczeń, dowodów potwierdzających obliczenie ceny, podczas gdy, nie żądał takich danych.

Odwołujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert z zachowaniem przepisów ustawy Pzp, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający wniosł odpowiedź na odwołanie. Wyjaśnił, iż przy pierwotnej ocenie oferty Zamawiający ustalił, że zachodzi co najmniej jedna z przyczyn uzasadniających odrzucenie oferty, zatem uznał, iż nie ciąży już na nim obowiązek sprawdzania, czy istnieją jeszcze inne

przyczyny, które uzasadniałyby konieczność odrzucenia oferty.

Ponadto Zamawiający przyznał, iż przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego nie było stwierdzenie rażąco niskiej ceny, lecz nie złożenie przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Przyznał także, iż rację ma Odwołujący podnosząc, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie wskazuje procentowej relacji między ceną oferowaną a szacunkową wartością zamówienia, która pozwalałaby przyjąć, iż zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny.

Zamawiający dokonał wyliczeń, z których wynika m. in., że średnia wartość wszystkich 5-ciu złożonych w tym postępowaniu ofert wynosi 30 142 978,88 zł, tj. 69,72% wartości kosztorysów inwestorskich, tj. 30,28 % poniżej wartości kosztorysów inwestorskich. Powyższe wyliczenie arytmetyczne, obliczone w odniesieniu do wszystkich ofert, najbardziej zbliżone są do wartości wyliczonych dla oferty firmy Warbud S.A.

Oferty firm uczestniczących w prowadzonym postępowaniu są wartościowo/cenowo bardzo zbliżone. Zaś różnica pomiędzy ofertą złożoną przez Odwołującego a najwyższą ofertą jaka wpłynęła do Zamawiającego wynosi 13,13%.

Zamawiający wskazywał także na okoliczność, iż w jego ocenie wyjaśnienia Odwołującego nie wyjaśniły mu, w jaki sposób argumenty przytoczone przez Odwołującego przekładają się na zaproponowaną cenę. W szczególności Zamawiający nie uzyskał żadnych wartości liczbowych, np. informacji o tym, jak niski jest poziom marży Odwołującego uzyskanej z tytułu realizacji zamówienia. Zamawiający odniósł się do przykładowo przedstawionych w postaci tabelarycznej elementów oferty, które w ocenie Zamawiającego stanowią fragment zaplanowanego zakresu robót, zatem Zamawiający nie jest w stanie ocenić prawidłowości kalkulacji ceny.

W dniu 11 października 2010 r. do postępowania przystąpił po stronie Zamawiającego Warbud SA. W treści pisma procesowego Przystępujący wskazał, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, iż cena zawarta w ofercie nie jest rażąco niska. W jego ocenie Odwołujący nie wykazał, aby zaproponowana przez niego cena nie była rażąco niska. Podkreślił, iż Wykonawca nie może opierać swych wyliczeń o kalkulację kosztów, które w żaden sposób nie zostały doprecyzowane, gdyż te okoliczności w żaden sposób nie odróżniają go od innych wykonawców.

W trakcie rozprawy strony potwierdziły swoje stanowiska.

Odwołujący wskazywał, na ryczałtowy charakter zamówienia, w szczególności potwierdzał to, jego zdaniem, rozdział XII strona 4 SIWZ, gdzie znalazło się odwołanie do art. 632 kc, a także wzór umowy. Zgodnie z powyższym, jak również z zestawem dokumentów jakie Wykonawcy byli obowiązani złożyć w niniejszym postępowaniu – nie było obowiązku

przygotowania kosztorysu ofertowego. Na stronie 4 SIWZ Zamawiający zawarł zapis, iż przedmiary udostępnione przez Zamawiającego mają charakter informacyjny, zatem zdaniem Odwołującego, żądanie kosztorysu przez Zamawiającego w treści wezwania do złożenia wyjaśnień było bezzasadne. Ponadto Odwołujący podkreślił, iż harmonogram rzeczowo-finansowy, który należało przedłożyć w ofercie, stanowił dowód dokonania należytych wyliczeń.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 15.09.2010 r. zdaniem Odwołującego naruszyło uczciwą konkurencję - termin jaki Zamawiający wyznaczył na złożenie wyjaśnień (półtora dnia) jest terminem zbyt krótkim na dokonanie pełnych wyjaśnień. W przekonaniu Odwołującego, potwierdziło to okoliczność, iż Zamawiający miał zamiar uniemożliwić złożenie należytych wyjaśnień przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, wezwanie do złożenia wyjaśnień było również nieczytelne. Zamawiający wnosił o złożenie wyjaśnień, na które odpowiedź zawierały już złożone w ofercie harmonogramy, zatem Odwołujący miał trudność w ustaleniu jakiego rodzaju wyjaśnień Zamawiający oczekuje. Ponadto Odwołujący podkreślił, iż nieprecyzyjność żądań Zamawiającego nie może negatywnie obciążać Wykonawcę.

Zamawiający wyjaśnił, iż nie prosił Odwołującego o przedłożenie kosztorysu ofertowego, a jedynie o wskazanie okoliczności, na podstawie których Wykonawca skalkulował cenę. W dalszej części rozprawy wyjaśnił, iż jego zdaniem, Odwołujący wskazał jedynie ogólne czynniki, które mogły wpływać na wysokość zaproponowanej przez niego ceny. Wskazał także na pismo Odwołującego z dnia 05.10.2010 r., w którym przedstawione zostały tabele zawierające przykładowo elementy, które miały zasadniczy wpływ na cenę zaoferowaną.

Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko, podkreślając, iż udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia mogłyby być przypisane do innych podmiotów na rynku. Wskazał także na fakt, iż Zamawiający nie żądał od Odwołującego wyliczeń, jednak oczekiwał przedstawienia struktury ceny oraz wyjaśnienia czynników cenotwórczych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Potwierdzenie okoliczności, iż Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, oznaczałoby dla Odwołującego uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią pisma Zamawiającego z dnia 29 września 2010 r. (ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty) jak również odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego miało być niezłożenie przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Do złożenia tych wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 15 września 2010r.

W świetle dokumentów postępowania, twierdzeń Odwołującego, jak również twierdzeń samego Zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 29 września 2010 r. (ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty) oraz w odpowiedzi na odwołanie, nie sposób uznać, że Odwołujący nie złożył wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień. Wyjaśnienia te zostały przez Odwołującego złożone, co potwierdził sam Zamawiający. Jednakże Zamawiający uznał, że wniesione przez Odwołującego wyjaśnienia niczego nie wnoszą i nie poszerzają wiedzy Zamawiającego na temat otrzymanej oferty i uznał tym samym, że wyjaśnienia te nie zostały złożone.

W ocenie Izby brak jest podstaw prawnych do uznania, że wniesienie przez wykonawcę wyjaśnień, które w subiektywnej ocenie Zamawiającego nie pozwalają na przeprowadzenie dodatkowego badania oferty pod kątem wysokości zaoferowanej ceny oznacza, że wykonawca wyjaśnień takich w ogóle nie wniósł.

W ocenie Izby Odwołujący nie tylko złożył wyjaśnienia, ale także przedstawił okoliczności, które wskazywały czynniki mające wpływ na wysokość ceny – wypełniając dyspozycję art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezłożenia przez niego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Należy podkreślić, iż wykonawca winien wykazać okoliczności i czynniki, które przyczyniły się do ustalenia przez niego takiej, a nie innej ceny. Ustawa nie wymaga natomiast podawania przez wykonawców kosztorysów lub struktur ceny. Zamawiający nie ma oceniać poprawności wycień dokonywanych przez wykonawcę, ani też poszczególnych składników, jakie składają się na cenę oferty, gdyż zgodnie z przyjętą linią orzecniczą Krajowej Izby

Odwoławczej i Sądów Okręgowych nie ocenia się poszczególnych cen jednostkowych, lecz cenę całej oferty. Żądanie przez Zamawiającego kosztorysów (w szczególności na podstawie przedmiarów) jest więc żądaniem zbyt daleko idącym, może być także żądaniem nieuprawnionym, gdyż Zamawiający nie żądał w treści SIWZ załączenia kosztorysów do oferty.

Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010r., sygn. akt XIX Ga 175/10, w którym Sąd stwierdził m.in.: „(...) kryterium do ustalenia ceny „rażąco niskiej” nie są poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena za całość usługi będącej przedmiotem zamówienia.”

Z treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 15 września 2010r. wynika, że Zamawiający również oczekiwał przedstawienia mu czynników mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący na wniosek Zamawiającego udzielił wyjaśnień, które wpłynęły na dokonanie takiej wyceny realizacji zamówienia, które w ocenie Odwołującego potwierdzały dokonaną przez niego wycenę. 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 Odwołującemu możliwość wyjaśnienia ceny oferty, natomiast jego brak nie może stanowić negatywnych skutków dla Odwołującego. Odwołujący ustosunkował się do wezwania Zamawiającego, udzielił wyjaśnienia, w którym zawarł informacje na temat okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Co więcej, z treści skierowanych pism do Odwołującego z dnia 15 i 16 września 2010r., a także z treści oświadczeń złożonych przez Zamawiającego w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 19 października 2010r. wynika, że nie wiadomo czego w istocie żądał Zamawiający od Odwołującego. Zamawiający nie udzielił ostatecznie odpowiedzi, jaki rodzaj dokumentów zostałaby przez Zamawiającego uznany za czyniący zadość żądaniu Zamawiającego.

Z oświadczeń Zamawiającego zawartych w piśmie do Odwołującego wynika, że Zamawiający oczekiwał od Odwołującego przedstawienia dokumentów/kosztorysów, na podstawie których została sporządzona, a następnie złożona oferta na wykonanie przedmiotowego zamówienia. W trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą Zamawiający oświadczył, że nie prosił Odwołującego o przedstawienie kosztorysu, a jedynie o wskazanie okoliczności, na podstawie których wykonawca skalkulował cenę.

W ocenie Izby oczywistą jest sprzeczność zawarta w tych dwóch oświadczeniach Zamawiającego. Zamawiający z jednej strony twierdzi, iż żądał od Odwołującego

przedstawienia dokumentów, z drugiej natomiast twierdzi, że oczekiwał jedynie złożenia wyjaśnień. Z jednej strony twierdzi, iż oczekuje kosztorysu, z drugiej zaś, iż oczekuje złożenia wyjaśnień.

Wobec rozbieżnych oczekiwań Zamawiającego należy uznać, że skoro Odwołujący uczynił zadość obowiązkowi złożenia wyjaśnień i zgodnie z treścią ustawy wykazywał okoliczności, które w jego ocenie miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, wypełnił tym samym dyspozycję art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak jest więc podstaw do uznania, że Odwołujący nie złożył Zamawiającemu żadnych wyjaśnień.

Słusznie podnosi Odwołujący, nieprecyzyjność żądań Zamawiającego nie może negatywnie obciążać wykonawcy.

Podkreślenia także wymaga fakt, iż nawet przedstawienie przez Odwołującego tabel zawierających przykładowo wybrane elementy, które zdaniem Odwołującego miały zasadniczy wpływ na zaoferowaną cenę, spotkało się z dezaprobatą Zamawiającego oraz uwagą Zamawiającego, iż również te wyjaśnienia są niewystarczające.

W ocenie Izby przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdzają okoliczności wpływające na cenę. W szczególności powołane przez Odwołującego okoliczności:

- a) regionalizacja Odwołującego, tj. istnienie oddziału Odwołującego w Lublinie,
- b) stosowanie centralnej polityki zakupowej przy nabywaniu najistotniejszych materiałów i urządzeń,
- c) prowadzenie w tym samym czasie kilku inwestycji w bezpośredniej bliskości miejsca zamówienia,
- d) bardzo dobra sytuacja ekonomiczna hiszpańskiego partnera Odwołującego,

w ocenie Izby uzasadniają przyjęcie, iż Odwołujący przy ustaleniu ceny ofertowej zastosował obiektywne czynniki do jej ustalenia, takie, jak wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy i oszczędność metody wykonywania zamówienia. Nie jest więc prawdziwa podstawa, na której dokonano odrzucenia oferty Odwołującego (brak informacji o obiektywnych okolicznościach lub czynnikach i warunkach wykonania przedmiotu zamówienia, które mogłyby mieć wpływ na cenę oferty).

W trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą Przystępujący podniósł, że wyjaśnienia Odwołującego mogłyby być przypisane do innych podmiotów, w tym także Przystępującego.

W ocenie Izby takie twierdzenie nie jest dowodem na to, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska. Podnieść należy, że nieuprawnione jest twierdzenie, że jeżeli dana okoliczność wpływająca na obniżenie ceny mogłaby zostać zatasowana przez

więcej niż jednego wykonawcę, to nie może ona dowodzić, że podana cena nie jest ceną rażąco niską. Każda z okoliczności przykładowo wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych może bowiem w różnym stopniu dotyczyć poszczególnych wykonawców. Dla przykładu, jeśli wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia pozwalają jednemu z wykonawców na obniżenie ceny o jakiś procent, to nie przesądza to, że te same wyjątkowo sprzyjające warunki dotyczą pozostałych wykonawców, a nawet gdyby tak było – że pozwalają im na obniżenie ceny w tym samym stopniu.

Cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest ceną nierealistyczną, niewiarygodną i oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż, jak stwierdził (o czym mowa powyżej), brak jest wyjaśnień Odwołującego. Jednakże, jak wskazano wyżej, Odwołujący wyjaśnienia te złożył. Sposób odrzucenia oferty Odwołującego nie znajduje zatem umocowania w ustawie, a więc nie może zostać uznany za prawidłowy. Ustawa bowiem stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień (jak wskazano powyżej okoliczność ta nie została potwierdzona w toku postępowania) lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie potwierdził nie tylko faktu, iż wyjaśnienia Odwołującego nie zostały złożone, nie są wystarczające, ale także, że dokonana ocena wyjaśnień Odwołującego pozwala na uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Obowiązkiem Zamawiającego jest poza podaniem podstawy prawnej, również podanie uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji. Należy nadmienić również w tym miejscu, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający uzasadniając konieczność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny nie podniósł, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę, czego i sam również nie wykazał. Zgodnie z ukształtowaną przez doktrynę wykładnią sformułowaną w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych: *„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”*.

„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).

Nie wskazano, iż nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez

Odwołującego.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010r., sygn. akt XIX Ga 175/10, „*dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu.*” W niniejszym postępowaniu rozbieżność cen oferowanych przez wykonawców waha się w granicach od kilku do kilkunastu procent. Ponadto podstawą odrzucenia oferty może być wyłącznie cena, która jest rażąco niska, a nie jedynie cena niższa od tych, jakie zaoferowali inni wykonawcy.

Na marginesie należy zauważyć, iż co prawda w ustawie Prawo zamówień publicznych nie został określony minimalny termin, w jakim wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, to wyznaczony przez Zamawiającego 1,5-dniowy termin w ocenie Izby jest terminem zbyt krótkim. w szczególności z uwagi na fakt, iż Odwołujący wnosił o jego przedłużenie. Wyznaczenie tak krótkiego terminu oraz nieuwzględnienie prośby Odwołującego potwierdza brak dobrej woli Zamawiającego oraz może potwierdzać przypuszczenia, iż celem Zamawiającego nie było uzyskanie rzeczywistych i wyczerpujących wyjaśnień od Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....