

Sygn. akt: KIO 2393/12

**WYROK**  
z dnia 14 listopada 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **31 października 2012 r.** wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: [1] Przedsiębiorstwo Projektowo-Realizacyjne Budownictwa PION Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy ul. Paderewskiego 10/2, 85-075 Bydgoszcz [pełnomocnik], [2] BUI PROJEKT R. L....., Bydgoszcz,** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Mazowiecki Szpital Wojewódzki Drewnica Sp. z o.o., ul. Drewnicka 5, 05-091 Ząbki,**

przy udziale **Wykonawcy – PAS PROJEKT ARCHI STUDIO S..... G....., ul. Plantowa 5, 05-830 Nadarzyn,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: [1] Przedsiębiorstwo Projektowo-Realizacyjne**

**Budownictwa PION Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy ul. Paderewskiego 10/2, 85-075 Bydgoszcz [pełnomocnik], [2] BUI PROJEKT R. L....., Bydgoszcz**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczone przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: [1] Przedsiębiorstwo Projektowo-Realizacyjne Budownictwa PION Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy ul. Paderewskiego 10/2, 85-075 Bydgoszcz [pełnomocnik], [2] BUI PROJEKT R. L....., Bydgoszcz**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: **trzy tysiące sześćset** złotych **zero** groszy) przez odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: [1] Przedsiębiorstwo Projektowo-Realizacyjne Budownictwa PION Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy ul. Paderewskiego 10/2, 85-075 Bydgoszcz [pełnomocnik], [2] BUI PROJEKT R. L....., Bydgoszcz** na rzecz zamawiającego **Mazowiecki Szpital Wojewódzki Drewnica Sp. z o.o., ul. Drewnicka 5, 05-091 Ząbki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt: KIO 2393/12**

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

Zamawiający **Mazowiecki Szpital Wojewódzki Drewnica Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach, ul. Drewnicka 5, 05-091 Ząbki** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Usługa aktualizacji i uzupełnienia dokumentacji projektowej zadania inwestycyjnego pn. Budowa Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego „DREWNICA”«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **01.09.2012 r.** pod nrem **2012/S 168-279018**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **23.10.2012 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Przedsiębiorstwo Projektowo-Realizacyjne Budownictwa Pion Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Paderewskiego 10/2, 85-075 Bydgoszcz [pełnomocnik] i [2] BUI Projekt R..... L....., zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wnieśli **31.10.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie wobec:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO pomimo rażąco niskiej ceny oraz tego, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji;
- 2) zaniechania przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykonania czynności, do których na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zamawiający był zobowiązany, to jest:
  - a) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO pomimo jej rażąco niskiej ceny oraz niezgodności jej treści z treścią specyfikacji,

- b) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Pracownia Inwestproj W. O..... pomimo jej rażąco niskiej ceny.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców polegające:
  - a) na zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez dwóch wykonawców, mimo że podlegają one odrzuceniu, co skutkowało dopuszczeniem ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
  - b) zrównaniu ze sobą (w trakcie badania i oceny ofert) ofert prawidłowych z ofertami podlegających odrzuceniu (tj.: z rażąco niską ceną oraz niezgodnych z treścią specyfikacji);
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO z naruszeniem stosowania kryteriów oceny ofert określonym w pkt 43 specyfikacji wyłącznie do ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PAS PROJEKT ARCHI STUDIO – zawierającej zarówno rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (także z uwagi na podstawę wynikającą z art. 90 ust. 3 Pzp), jak też treść nieodpowiadającą treści specyfikacji;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Pracownia Inwestproj W. O..... zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a to z uwagi na podstawę wynikającą z art. 90 ust. 3 Pzp;
- 5) art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia ofert dwóch wyżej wymienionych wykonawców, których „wyjaśnienia” i „odpowiedzi” w sprawie ceny oferty nie mogą być uznane za skuteczne.

Odwołujący wniósł o wydanie orzeczenia uwzględniającego złożone w sprawie odwołania i:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert wobec oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO, oferty wykonawcy Pracownia Inwestproj W. O..... nakazanie zamawiającemu odrzucenia z postępowania przetargowego tych ofert, które zawierają rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia z postępowania oferty, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji;

- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz warunkami specyfikacji.

#### Argumentacja odwołującego

Informujemy, że zawiadomienie o zakończeniu czynności kwalifikacji i oceny ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący: Przedsiębiorstwo Projektowo– Realizacyjne Budownictwa „PION” Sp. z o. o w Bydgoszczy (Leader Konsorcjum) otrzymało w dniu **23.10.2012 r.** za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Pismem z **23.10.2012 r.**, przesłanym za pośrednictwem poczty elektronicznej, zamawiający poinformował odwołującego: Przedsiębiorstwo Projektowo-Realizacyjne Budownictwa „PION” Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy o:

- 1) zakończeniu etapu oceny i kwalifikacji ofert w postępowaniu;
- 2) wykluczeniu z postępowania jednego z sześciu wykonawców;
- 3) punktacji przyznanej pozostałym pięciu wykonawcom;
- 4) wyborze najkorzystniejszej oferty – wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO, ul. Platynowa 5, 05-830 Nadarzyn.

Odwołujący złożył odwołanie w zakresie wyboru i uznania za najkorzystniejszą ofertę oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO; powyższe rozstrzygnięcie, jako dokonane z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty, a następnie wybór oferty podlegającej odrzuceniu, w: zakresie zakończenia etapu oceny i kwalifikacji – powyższą czynność jako dokonaną z naruszeniem przepisów, polegającym na zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez dwóch wykonawców wykonawcę PAS PROJEKT ARCHI STUDIO i wykonawcę Pracownia Inwestproj W. O..... pomimo zaistnienia ustawowych okoliczności, jakimi są:

- 1) rażąco niska cena, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp m.in. w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp;
- 2) niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 3) czyn nieuczciwej konkurencji (obu wymienionych powyżej ofert), co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

#### **1. Zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp**

Zamawiający **23.10.2012 r.** dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO.

Dokonując wyboru zamawiający kierował się kryteriami wyboru opisanymi w pkt 43 specyfikacji ustalonymi jako: cena – 90%, termin – 10%, na których podstawie nadał każdej z ofert określoną liczbę punktów. Działanie takie – co do zasady – jest prawidłowe i zgodne z przepisami, jednak zamawiający zastosował kryterium wyboru zarówno do ofert niepodlegających odrzuceniu, jak też do ofert podlegających odrzuceniu – na równych prawach.

Postępowanie nie może zostać uznane za prawidłowe, jest ono sprzeczne z ustawą. Tylko bowiem oferty niepodlegające odrzuceniu mogą być przez zamawiającego ocenione według kryteriów wyboru, opisanych w specyfikacji.

## **2. Zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp**

Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w odniesieniu do ofert złożonych przez dwóch wykonawców: wykonawcę PAS PROJEKT ARCHI STUDIO oraz wykonawcę Pracownia Inwestproj W. O..... – nie odrzucając ich w toku badania i oceny, pomimo, że podlegają one obligatoryjnie odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia – w rozumieniu przepisów art. 90 ust. 3 Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający 11 października 2012 r. zwrócił się pisemnie do obu wyżej wymienionych wykonawców, z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w sprawie wysokości zaoferowanej ceny. Tym samym uznać należy, że u zamawiającego zrodziło się domniemanie rażąco niskiej ceny obu ofert.

Oferty tych wykonawców zawierały ceny o ponad 60% niższe od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia oraz były od ponad 100% do 300% niższe od cen pozostałych 4 ofert.

Zamawiający wezwał do wyjaśnienia „elementów oferty mających wpływ na wysokość cen”, a także czy w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie elementy wymagane do realizacji zamówienia, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 7 do specyfikacji oraz wzorem umowy”.

Nie budzi zastrzeżeń ani zdziwienia powstanie – po stronie zamawiającego – wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji cen w ofertach wykonawców: PAS PROJEKT ARCHI STUDIO oraz Pracownia Inwestproj W. O.....

Zarówno wykonawca PAS PROJEKT ARCHI STUDIO i wykonawca Pracownia Inwestproj W. O..... udzielili zamawiającemu odpowiedzi na to wezwanie.

W ocenie odwołującego, z odpowiedzi udzielonych przez obu wymienionych wykonawców wynika obowiązek uznania złożonych przez nich wyjaśnień za niewystarczające i nieskuteczne, a tym samym konieczność uznania przez zamawiającego cen zaoferowanych w ich ofertach za rażąco niskie.

### **Pkt 1. OFERTA wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO**

Wykonawca PAS PROJEKT ARCHI STUDIO udzielił 18.10.2012 r. odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w sprawie wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny.

W treści odpowiedzi (pomijając ogólne i punkty nie dotyczące sposobu wyliczenia ceny ani zakresu rzeczowego złożonej oferty) wykonawca ten wyjaśnił, że istotny wpływ na kalkulację zaoferowanej ceny miały następujące czynniki, cyt.: „dysponowanie wieloletnim doświadczeniem w zakresie realizacji projektów, lepszą organizacją, niezawodnym harmonogramem, sprawnością zarządzania potencjałem osobowym, niższymi kosztami realizacji (pkt 5A wyjaśnień), posiadanie wyspecjalizowanej wysoko kwalifikowanej kadry, spadek cen spowodowany kryzysem, dysponowanie własnym specjalistycznym sprzętem oraz siedzibą stanowiącą własną nieruchomość (pkt 5B wyjaśnień), uzyskaniem lepszych cen od dostawców materiałów (pkt E wyjaśnień)”.

Odwołujący skarży, że odpowiedzi w żadnym wypadku nie można uznać jako prawidłowego i możliwego do przyjęcia wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w rozumieniu art. 90 ust. 2 Pzp.

Zawiera ona wyłącznie sformułowania i opisy dotyczące samego tylko wykonawcy (wykonawcy, jej systemów, oprzyrządowania, kadry, zasobów materialnych itp.). Nie odnosi się jednak w żadnym stopniu do „ceny” zawartej w ofercie, nie zawiera najmniejszej chociażby informacji o zasadach i podstawach jej wyliczenia (tym bardziej o zindywidualizowanych i zobiektywizowanych parametrach ceny). Nie wskazuje zakresu rzeczowego usług wycenionych w ofercie – nie stanowi zatem uzasadnienia.

Odpowiedzi tej zamawiający nie może poddać ocenie z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 Pzp. Zawarta w treści wyjaśnień w pkt 6 (strona 8) tabela stanowi dosłowny „wyciąg”, powielenie oferty niewnoszący niczego nowego do wiedzy zamawiającego o cenie. Omówienie składników ceny zawarte w punktach od 7 do 14 (strony 9 i 10) wyjaśnień wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO daje wiedzę zamawiającemu TYLKO o matematycznym podziale ceny na „koszty pracy”, „koszty reprodukcji i inne” i nic ponadto.

Odpowiedź wykonawcy, udzielona w trybie art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, w ogóle nie dotyczy sposobu dokonania kalkulacji ceny, nie precyzuje: co konkretnie cena ta w sobie zawiera, ani (a może przede wszystkim) nie wyjaśnienia jej wielkości odniesionej do konkretnej usługi będącej przedmiotem zamówienia (do stopnia złożoności, trudności, skomplikowania,

pracochłonności, specyfiki rodzajowej usługi, jej poszczególnych elementów rzeczowych), nie daje merytorycznego uzasadnienia kalkulacji na takim, a nie innym poziomie.

W piśmie przytoczone zostały porównawczo ceny innych zamówień publicznych, co jest być może ciekawe, jednak nie uzasadnia i nie „wylicza” ceny oferty.

Wykonawca o „samej cenie” za ten, konkretny przedmiot zamówienia nie napisał w piśmie z 18.10.2012 r. ani jednego słowa – poza tym co już wcześniej było wiadome zamawiającemu z treści oferty.

Wyjaśnienie takie nie może być uznane – w rozumieniu art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp – ani za prawidłowe, ani za pełne, ani za wystarczające dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO.

## **Pkt 2. OFERTA Pracownia Inwestproj W. O.....**

Odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w sprawie wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny wykonawca Pracownia Inwestproj udzielił odpowiedzi 17.10.2012 r.

Wykonawca wyjaśnił, że istotny wpływ na kalkulację zaoferowanej ceny mały następujące czynniki, cyt.: „zdobyte doświadczenie projektowe, samodzielność biura, dysponowanie doświadczonym zespołem projektantów – baza współpracowników, koszty biurowe, własny sprzęt, spadek cen spowodowany kryzysem, zaplecze techniczno - organizacyjno - logistyczne, doskonała koordynacja i znajomość procedur administracyjnych”.

Odwolujący podkreśla (podobnie jak w pkt 1), że odpowiedzi w żadnym wypadku nie można uznać jako prawidłowego i możliwego do przyjęcia wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w rozumieniu przepisów art. 90 ust. 3 Pzp.

Odpowiedź zawiera wyłącznie sformułowania i opisy dotyczące samego tylko wykonawcy (wykonawcy, jej systemów, oprzyrządowania, kadry, zasobów materialnych, itp.). Nie odnosi się jednak w żadnym stopniu do „ceny” zawartej w ofercie, nie zawiera najmniejszej chociażby informacji o zasadach i podstawach jej wyliczenia (tym bardziej o zindywidualizowanych i zobiektywizowanych parametrach ceny). Nie wskazuje zakresu rzeczowego usług wycenionych w ofercie – nie stanowi zatem wcale jej uzasadnienia. Wykonawca ten – choć miał taką możliwość – faktycznie w żadnym stopniu nie odpowiedział na pytanie zamawiającego w sprawie kalkulacji ceny odniesionej do przedmiotu zamówienia, ani na pytanie: jak konkretne elementy oferty wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny.

Odpowiedzi tej nie można poddać ocenie z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 Pzp.

W tej sytuacji zamawiający uznać musi (zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO), że Pracownia Inwestproj W. O..... w ogóle nie złożyła wyjaśnień na wezwanie do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.



Żaden z tych dwóch wykonawców – pomijając (wyłącznie deklaratywne) zapewnienie, nieoparte ani faktami, ani wiarygodnymi argumentami, czy dowodami – w swoich wyjaśnieniach nie udokumentował i nie udowodnił zamawiającemu, ale także innym wykonawcom, że jego oferta uwzględnia wszystkie elementy wymagane do realizacji zamówienia, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1 do specyfikacji oraz wzorem umowy, do czego wzywał zamawiający.

Odnosząc się do treści obu wyjaśnień – udzielonych przez wykonawców: PAS PROJEKT ARCHI STUDIO oraz Inwestproj w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, dotyczących rażąco niskiej ceny – odwołujący zwraca uwagę, że każdy z wykonawców uczestniczących w przetargu legitymuje się „jakimś” stanem zatrudnienia, „jakaś” strukturą organizacyjną, „jakimś” posiadanym doświadczeniem (co potwierdzają załączone referencje), wiedzą techniczną i specjalistami (co potwierdzają wykazy projektantów), „jakimś” systemem zarządzania, sprzętem komputerowym, oprogramowaniem, bazą materialną, itp. Odwołujący sądzi, że w tym zakresie nie ma między wykonawcami znaczących różnic. Różnic takich z pewnością nie wykazali zamawiającemu (w swoich wyjaśnieniach) ani wykonawca PAS PROJEKT ARCHI STUDIO, ani wykonawca Pracownia Inwestproj.

Odwołujący istnieje i działa nieprzerwanie na rynku usług projektowych od 1987 r. (25 lat) ma zatem doświadczenie o wiele bogatsze niż obie ww. jednostki projektowe.

Gdyby te, i tylko takie czynniki decydowały o poziomie cen poszczególnych ofert – wszystkie one byłyby sobie równe lub zbliżone. Tymczasem poziom cen w przetargu waha się od ok. 700.000 zł do ok. 3 mln zł.

Zatem jest oczywiste, że o poziomie cen zadecydowały inne czynniki i inne okoliczności. Wykonawcy mieli obowiązek przedstawić je zamawiającemu oraz należycie uzasadnić i umotywić, czego jednak nie zrobili.

Odwołujący podnosi, że zamawiający błędnie dokonał oceny złożonych wyjaśnień, a tym samym postąpił wbrew jasnej dyspozycji art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Wobec braku wskazania w treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień obiektywnych czynników, które mogłyby uzasadniać przyjętą cenę, wobec faktu, że wyjaśnienia nie dowodzą żadnych okoliczności dotyczących „ceny” – jedyną decyzją zamawiającego powinno być odrzucenie obu zaskarżonych ofert – jako zawierających rażąco niską cenę za realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający miał obowiązek – po analizie odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę PAS PROJEKT ARCHI STUDIO – uznania oferty tego wykonawcy za zawierającą rażąco niską cenę w oparciu i w rozumieniu art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający miał obowiązek – po analizie odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę Pracownia Inwestproj W. O..... – uznania oferty tego wykonawcy za zawierającą rażąco niską cenę w oparciu i w rozumieniu art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Jednak zamawiający nie dokonał jakiegokolwiek weryfikacji wyjaśnień, przyjął je bezkrytycznie, zadowolili się samym faktem ich otrzymania nie dokonując analizy treści pisma w odniesieniu do wymogów stawianych takim wyjaśnieniem przez przepisy ustawy, swoje potrzeby, ani przedmiot zamówienia objęty przetargiem. Zatem decyzja zamawiającego o uznaniu złożonych wyjaśnień za wystarczające, zadawalające i możliwe do przyjęcia, za dające podstawy do dokonania prawidłowej i rzetelnej oceny powodów zaferowania właśnie takiej (a nie innej) ceny stoi w sprzeczności z przepisami prawa.

Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w odniesieniu do ofert złożonych przez dwóch wykonawców: PAS PROJEKT ARCHI STUDIO oraz Pracownia Inwestproj W. O..... – nie odrzucając tych ofert w toku badania i oceny, pomimo że podlegają one obligatoryjnie takiemu odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia – w rozumieniu przepisów art. 90 ust. 3 Pzp.

### **3. Zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp**

Odnosząc się do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, odwołujący podnosi, że wyjaśnienia udzielone zamawiającemu przez wykonawcę PAS PROJEKT ARCHI STUDIO w piśmie z 18.10.2012 r., potwierdzają rażąco niską cenę oferty. Ryczałtowa cena oferty: wszystkie jej składniki wzięte razem, wyszczególnione w pkt 7-14 wyjaśnień z 18.10.2012 r. wskazują zamawiającemu jednoznacznie, w sposób nie budzący wątpliwości i niezaprzeczalnie, że wykonawca ten nie będzie miał żadnego zysku z realizacji zamówienia, bowiem suma „kosztów pracy” dodana do „kosztów reprodukcji i innych” stanowi 100% ceny oferty (kwotę 522.300 PLN netto).

Zamawiający – badając zaskarżoną ofertę pod kątem rażąco niskiej ceny – nie uwzględnił w swojej ocenie, że zaferowanie przez wykonawcę PAS PROJEKT ARCHI STUDIO wykonania przedmiotu zamówienia bez żadnego zysku godzi w uzasadnione interesy pozostałych, innych wykonawców, którzy właśnie po to prowadzą działalność gospodarczą, aby generować „zyski”, zarabiać na niej.

Dopuszczenie do udziału w postępowaniu przetargowym oferty „bez zysku” wymusza bowiem na innych wykonawcach także konieczność rezygnacji z (minimalnych choćby) zysków, o ile chcą oni skutecznie konkurować z taką (dubbingową) ofertą. Jest to zatem – z definicji – „czyn nieuczciwej konkurencji”.

Tego typu postępowanie wykonawcy (ale także zamawiającego) godzi w samą ideę prowadzenia działalności gospodarczej, której istotą jest osiągnięcie zysku. Wypracowywanie zysków kontraktowych – poza innymi celami – jest niezbędne i konieczne dla wykonawcy także ze względu na ponoszone ryzyko działalności gospodarczej.

Oferta wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO zawiera cenę rażąco niską także i z tego powodu, że zostały w niej błędnie oszacowane koszty zewnętrzne wykonawcy (nie będące kosztami „pracy” czy „reprodukcji”): na wykonanie uzgodnień, opinii, uzyskanie warunków technicznych, itp., które to czynności są odpłatne.

Specyfikacja (opis przedmiotu zamówienia) wymaga od wykonawcy wykonania – a tym samym – skalkulowania kosztów:

- 1) uzyskania nowych opinii i uzgodnień wymaganych prawem (np. ZUD, opinii ppoż., sanitarnej, BHP, itp.) dla 181 już wcześniej opracowanych projektów, będących w posiadaniu zamawiającego (wymienionych w załączniku Nr 8 do specyfikacji), podlegających weryfikacji (a nawet aktualizacji) przez wykonawcę wyłonionego w rozpoznawanym przetargu lub co najmniej dla części z nich;
- 2) uzyskania opinii i uzgodnień wymaganych prawem (np. ZUD, opinii ppoż., sanitarnej, warunków technicznych, uzgodnień, decyzji administracyjnych gestorów sieci, pozwoleń na budowę, itp.) dla 14 nowych projektów, opisanych w pkt 1 specyfikacji, których wykonanie obejmuje rozpoznawane zlecenie.

Tymczasem z wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę PAS PROJEKT ARCHI STUDIO w piśmie z 18.10.2012 r. – wynika, że na pokrycie tych kosztów (opisanych jako „inne”):

- 1) dla pozycji Nr 1 oferty (aktualizacji dokumentacji posiadanej przez zamawiającego) wykonawca ten przewidział na „inne” czynności kwotę 5.000 złotych, co w przeliczeniu na 181 projektów wchodzących w zakres opracowania daje średnio 27,62 złote za uzgodnienie, opinię, warunki, itp. dla jednego projektu; jest to z pewnością cena (wartość) nierealna, zaniżona kilkakrotnie;
- 2) dla pozycji Nr 3 oferty (wykonania nowej dokumentacji) wykonawca ten przewidział na „inne” czynności kwotę 500 złotych; nie pokryje ona nawet kosztów opłaty za uzgodnienie ZUD, które będzie wynosiło ok. 1.000 złotych; zaoferowana cena (dubbingowa) spowoduje powstanie strat finansowych po stronie wykonawcy;
- 3) dla pozycji Nr 4 oferty (wykonania nowej dokumentacji) wykonawca ten przewidział na „inne” czynności kwotę po 100,0 złotych; nie pokryje ona nawet kosztów opłaty za uzgodnienie ZUD, które będzie wynosiło ok. 1.000 złotych; zaoferowana cena (dubbingowa) spowoduje powstanie strat finansowych po stronie wykonawcy.

Zatem także i z tego punktu widzenia cena wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO jest rażąco niska.

Zamawiający miał obowiązek – po analizie odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę PAS PROJEKT ARCHI STUDIO 18.10.2012 r. – uznania jej oferty za zawierającą rażąco niską cenę w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający powinien taką ofertę odrzucić.

#### **4. Zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**

Odwołujący może dokonać analizy treści zaskarżonych ofert pod kątem wymagań wynikających z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp tylko w odniesieniu do oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO, który w wyjaśnieniach z 18.10.2012 r. „cokolwiek” o ofercie napisał.

Ponieważ drugi z wykonawców: Pracownia Inwestproj W. O..... w wyjaśnieniach z 17.10.2012 r., nie napisał o swojej ofercie ani jednego słowa – analiza taka w ogóle nie jest możliwa.

Treść oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO nie odpowiada treści specyfikacji.

Zamawiający – w załączniku Nr 1 do specyfikacji (opisie przedmiotu zamówienia) – sprecyzował zakres zamówienia do wykonania (dokumentacji projektowej, opracowań pomocniczych i uzupełniających, obsługi formalno-prawnej) – jaką powinien zawrzeć w ofercie wykonawca.

Aby możliwe było wykonanie dokumentacji projektowej objętej zamówieniem konieczne jest także wykonanie opracowań pomocniczych, uzupełniających (nie będących projektami, ale koniecznych do ich wykonania takich, bez których wykonanie projektów w ogóle nie będzie możliwe).

Należą do nich:

- 1) wykonanie mapy do celów projektowych dla terenu o pow. ok. 15,0 ha;
- 2) wykonanie projektu prac geologicznych dla wykonania źródła dolnego dla pomp ciepła o mocy 240 kW;
- 3) przeprowadzenie testów wydajności cieplnych odwiertów;
- 4) wykonanie badań geologicznych dla potrzeb rozwiązania problemu wód opadowych.

Z wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę PAS PROJEKT ARCHI STUDIO w piśmie z 18.10.2012 r. wynika, że oferta tego wykonawcy nie obejmuje wcale wykonania powyższych opracowań. Jest ona zatem niekompletna z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym – niezgodna z treścią specyfikacji.

Odwołujący podnosi, że zamawiający w odniesieniu do tego wykonawcy dokonał błędnej oceny złożonych wyjaśnień i tym samym postąpił wbrew jasnej dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podnosi, że w zaskarżonym postępowaniu o treści oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO przesądza pismo tego wykonawcy z 18.10.2012 r. – będące odpowiedzią na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, udzieloną w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Mimo to zamawiający – choć był do tego zobligowany przepisami – zaniechał badania oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO pod kątem zgodności jej treści z treścią specyfikacji, czym uchybił przepisom ustawy.

Gdyby bowiem zamawiający takie badanie przeprowadził z należyłą starannością – musiałby wykluczyć ofertę tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wobec zaistnienia opisanych powyżej okoliczności odwołujący podnosi, że wybór oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO został dokonany z rażącym naruszeniem prawa.

Jak bowiem można wywieść z całości dokumentów przetargowych złożonych w postępowaniu przez wykonawcę PAS PROJEKT ARCHI STUDIO wykonawca ten: albo nie ujął w swojej ofercie w ogóle wykonania takich części przedmiotu zamówienia (specyfikacji) jak: mapy, projekty prac i badania geologiczne, testy wydajności cieplnych odwiertów, albo też ujął w swojej ofercie wykonanie tych części przedmiotu zamówienia nieodpłatnie.

W tym drugim przypadku odwołujący, aby mógł skutecznie konkurować z ofertą wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO, musiałby także w swojej ofercie uwzględnić wykonanie wyżej wymienionych części przedmiotu zamówienia nieodpłatnie.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych rozstrzyga, co do zasady, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w celu wyłonienia wykonawcy, który wykona cały przedmiot zamówienia **ODPŁATNIE**, nadto (co jest nie mniej istotne) za cenę nie niższą niż całkowity koszt jego wytworzenia lub świadczenia.

Należy przy tym podkreślić, że nawet w sytuacji nieodpłatnego świadczenia usług na rzecz zamawiającego, wykonawca nie zbywa obowiązku zapłaty od wartości tych „nieodpłatnych” usług VAT (23% ich wartości), o czym stanowią odpowiednie przepisy. Musiałby on ponieść rzeczywiste i konkretne koszty finansowe i faktycznie zapłacić „z własnej kieszeni” na rzecz Urzędu Skarbowego VAT od wartości „nieodpłatnych” usług.

Żaden z wykonawców nie ma prawa narzucania takich warunków uczestnictwa w rynku innym wykonawcom – nie byłyby one przejawem normalnej walki konkurencyjnej o pozyskanie zamówienia. W takiej konkurencji wygrywałby nie ten wykonawca, który zaoferuje najlepszy poziom wykonania usługi i ich cenę (co jest istotą zamówień publicznych), lecz ten – który jest „mocniejszy finansowo” i może przejąć na swój koszt wykonanie jakiejś części tej usługi. Normalna walka konkurencyjna o pozyskanie zamówienia zakłada natomiast – z mocy ustawy – oferowanie świadczenia usług odpłatnie, za cenę nie niższą niż koszt ich wytworzenia.

Powyższym działaniem wykonawca PAS PROJEKT ARCHI STUDIO utrudnia także i odwołującemu dostęp do rynku i oferowanie na nim swoich usług na zasadach uczciwej konkurencji.

Nie znajduje usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji i wolnego rynku oferowanie w przetargach publicznych wykonania usług lub ich części nieodpłatnie, ani tym bardziej ponoszenia kosztów VAT w zamian za zamawiającego. Zatem zachowanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Żaden zamawiający nie ma natomiast podstaw prawnych do sankcjonowania, a tym bardziej aprobowania takiego zachowania wykonawcy, które stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zaniechał jednak zbadania oferty wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO pod tym kątem, co stanowi o konieczności zaskarżenia rozstrzygnięcia przetargu także i na tę okoliczność.

Zgodnie z postanowieniami art. 7 ust. 1 Pzp „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”. Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie ww. przepisu przez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **31.10.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **02.11.2012 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca Pas S..... G..... ul. Platynowa 5, 05-830 Nadarzyn **05.11.2012 r.** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia

po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez nierówne traktowanie wykonawców polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez dwóch wykonawców, mimo że podlegają one odrzuceniu, co skutkowało dopuszczeniem ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zrównaniu ze sobą (w trakcie badania i oceny ofert) ofert prawidłowych z ofertami podlegających odrzuceniu (tj.: z rażąco niską ceną oraz niezgodnych z treścią specyfikacji) – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: *»Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego*

*określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale».*

Pod rządami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych – odwołujący [i ówczesnie składający protesty] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejs z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący przywołał tylko naruszenie ogólnej zasady art. 7 ust. 1 Pzp bez uzasadnienia i wskazania dowodów na naruszenie tego przepisu. W związku z tym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PAS PROJEKT ARCHI STUDIO – zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił, że oferta wykonawcy PAS PROJEKT ARCHI STUDIO zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednak odwołujący nie dowiódł tego.

U zamawiającego zrodziła się wątpliwość czy zaoferowana przez wykonawcę PAS PROJEKT ARCHI STUDIO cena nie jest rażąco niska. Jednocześnie zamawiający nabral podejrzeń do swojego oszacowania, o czym stwierdził na rozprawie. Podejrzenia dotyczyły oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością. Oszacowania tego dokonał autor projektu, który to projekt ma zostać zweryfikowany na podstawie postępowania, będącego przedmiotem rozpoznania. W wyznaczonym terminie zamawiający uzyskał obszernie wyjaśnienia (13 stron), które pozwoliły rozwiązać wątpliwości zamawiającego dotyczące zaoferowania rażąco niskiej ceny i zamawiający uznał, że oferta nie podlega odrzuceniu ze względu na art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ani z żadnego innego powodu. Jednocześnie zamawiający uznał, że sam dokonał właściwego oszacowania z należytą starannością.

Skład orzekający Izby podkreśla, że zgodnie z art. 6 Kc w zw. z art. 14 Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, a więc to odwołujący powinien dowieść, że wykonawca PAS złożył ofertę z rażąco niską ceną. Tymczasem, oprócz bogatego przytoczenia orzecznictwa, odwołujący jedynie ustnie podał do protokołu, że cyt. »Na str. 9 pkt 11 wyjaśnień PAS do pozycji nr 5 należy powiedzieć, że



dotyczy to odwiertu na długość 8 km, a więc sam projekt prac geologicznych wyniesie około 30 000 zł, gdy przystępujący wskazał koszty pracownika na kwotę 3 300 zł».

Jednocześnie skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że – zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp – zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który złożył wyjaśnienia może nastąpić tylko w przypadku, gdy zamawiający oceni wyjaśnienia (wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza), że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanym przypadku odwołujący zakwestionował podane dane przez wykonawcę PAS na ogólną kwotę sięgająca około 1% całej zaoferowanej ceny, a uwzględniając kwotę podaną przez odwołującego (30 000) – na kwotę nie sięgającą 5% całej zaoferowanej ceny. Tak niski odsetek kwestionowanej ceny nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty, gdyż zamawiający bada rażąco niską cenę w stosunku do całego przedmiotu zamówienia, a nie jakiegoś niewielkiego fragmentu.

Odwołujący nie dowiódł także, że złożenie oferty przez wykonawcę PAS stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż – przede wszystkim – zaoferowana cena jest ceną właściwą, wynikającą z uzasadnionej kalkulacji wykonawcy, a nie ceną naruszającą przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PAS – zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PAS, mimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał na brak uwzględnienia w wyjaśnieniach wykonawcy PAS kosztów wykonania uzgodnień, opinii, uzyskania warunków technicznych itp. Jednak zamawiający podkreśla, że wezwanie do złożenia wyjaśnień nie zawierało wymogu dotyczącego wyjaśnień wskazanych okoliczności. Zamawiający uznał (str. 6 pisma procesowego zamawiającego z 12 listopada 2012 r.), że wskazane koszty mogły zostać uwzględnione w innych pozycjach przedstawionych w kalkulacji ceny – np. w kosztach pracy. Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane koszty nie zostały uwzględnione w cenie całkowitej oferty, ponieważ, jak stwierdza również zamawiający cyt. »domniemanie rażąco niskiej ceny odnosić można tylko i wyłącznie do ceny oferty, a nie do wartości poszczególnych jej pozycji«.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PAS, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę W. O....., mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec wykazania, że oferta wykonawcy PAS z ceną niższą nie jest ofertą z rażąco niską ceną, o czym wyżej, nie można stwierdzić, że oferta z ceną o około 8% wyższą jest ceną rażąco niską.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający odrzucając ofertę musi ściśle stosować się do przepisów i bardzo wnikliwie analizować każdy pojedynczy, konkretny przypadek. W rozpoznawanej sprawie wykonawca W. O..... przedstawił ogólne przyczyny zaoferowania swojej ceny. Jednak powołał się na podobne czynniki, co wykonawca PAS, mimo że zrobił to znacznie mniej precyzyjnie. Jednak nie dało to – wraz ze wszystkimi okolicznościami sprawy, w których skład weszła także treść wyjaśnień wykonawcy PAS – podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy W. O..... na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę W. O....., mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia dwóch ofert wymienionych wykonawców, których „wyjaśnienia” i „odpowiedzi” w sprawie ceny oferty nie mogą być uznane za skuteczne – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący uznał, że już same wątpliwości odnośnie rażąco niskiej ceny są podstawą domniemania, które musi być respektowane przez wszystkich, że kwestionowana oferta opiewa na rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Problem ten został omówiony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 29 marca 2011 r., sygn. akt KIO 476/11, cyt.: »domniemanie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest obalić wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień. Reguła ta ma zastosowanie na linii wykonawca-zamawiający, nie może być natomiast przenoszona na grunt postępowania odwoławczego. Jeśli zamawiający uzna, że wykonawca to domniemanie obalił, to rolą odwołującego jest wskazanie przyczyn, dla których taka ocena była nieuprawniona i ich udowodnienie (art. 6 Kc). [...] Odwołujący nie wykazał, że ocena dokonana przez zamawiającego była wadliwa«. Obecny skład orzekający Izby podtrzymuje w całej rozciągłości przytoczone stwierdzenie Izby.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia ofert – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PAS z naruszeniem stosowania kryteriów oceny ofert określonym w pkt 43 specyfikacji wyłącznie do ofert niepodlegających odrzuceniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający musiał do wszystkich ofert, które nie podlegają odrzuceniu zastosować te same kryteria oceny i dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty. Tak postąpił zamawiający, a odwołujący nie dowiódł naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów.

Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PAS z naruszeniem stosowania kryteriów oceny ofert wyłącznie do ofert niepodlegających odrzuceniu – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....