

**WYROK**

**z dnia 28 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie **27 czerwca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 13 czerwca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **PORR Polska Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Mieszanki mineralno-asfaltowe* (DPZP/271/267/2016)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa – Zakład Remontów i Konserwacji Dróg w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: „**Masfalt**” **sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **PORR Polska Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Remontów i Konserwacji Dróg w Warszawie (dalej również: „ZRIKD”), będący zakładem budżetowym Miasta Stołecznego Warszawy – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) (dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia dostawy pn. *Mieszanki mineralno-asfaltowe* (nr postępowania DPZP/271/267/2016). Przedmiot powyższego zamówienia objęty jest umową ramową zawartą z wykonawcami po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (nr postępowania DPZP/271/2/PNR/2016).

Zarówno wartość umowy ramowej, jak i wartość zamówienia objętego aktualnie prowadzonym postępowaniem przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

2 czerwca 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – PORR Polska Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej również: „Porr”) – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „Masfalt” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej również: „Masfalt”) oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Porr.

13 czerwca 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Masfalt.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie wezwania Masfalt do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i następnie odrzucenia oferty złożonej przez Masfalt z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. Art. 7 ust. 1 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 101 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 i 87 ust. 1 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że nie jest ona niezgodna z treścią ustawy oraz zaniechania poprawienia innej omyłki w ofercie, bez wykonania poprzedzającego obowiązku w postaci wezwania do wyjaśnienia treści oferty, {ewentualnie}
4. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 – przez bezpodstawne zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty Masfalt jako najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym: odrzucenia oferty Masfalt, wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających jego zdaniem wniesienie odwołania.

{ad pkt 3 i 4 listy zarzutów – pkt 1 uzasadnienia odwołania}

Zdaniem Odwołującego decyzja Zamawiającego o niezgodności treści jego oferty z ustawą wynika z błędnej interpretacji przepisów.

Zgodnie z art. 101 ust. 3 pzp oferta składana w wyniku zaproszenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. Stosownie do art. 2 pkt 5 pzp najkorzystniejsza oferta to oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Z kolei zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że ustalenie, czy dana oferta jest mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej powinno być dokonywane w oparciu o kryteria oceny ofert obowiązujące przy zawarciu umowy ramowej oraz w postępowaniu na zawarcie umowy, przy czym porównanie ofert jest możliwe wyłącznie przy zastosowaniu tych samych kryteriów ich oceny.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w obu postępowaniach zastosowano te same kryteria oceny ofert, jak również taki sam opis przedmiotu zamówienia. Przy czym zgodnie z treścią obu SIWZ kryterium oceny była cena za dostawy, którą należy rozumieć jako cenę całej oferty, a nie ceny jednostkowe z poszczególne mieszanki. Odwołujący dodał, że w zaproszeniu do składania ofert Zamawiający zdefiniował pojęcie ceny, wskazując, że jest to cena oferty badanej.

Odwołujący podał, że w postępowaniu na zawarcie umowy wykonawczej złożył ofertę

z ceną 4.662.406,00 zł, natomiast stosując ceny wazane w ofercie na zawarcie umowy ramowej cena jego oferty wyniosłaby 5.079.146,00 zł (załącznik nr 1 – *Porównanie oferty składanej w wyniku zaproszenia z dnia 24.05.2016 z ofertą składaną w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej*). Według Odwołującego porównanie powyższych kwot, przy kryterium oceny ofert – cenie o wadze 99%, musi prowadzić do wniosku, że oferta na zawarcie umowy wykonawczej jest znacznie korzystniejsza od oferty na zawarcie umowy ramowej.

Dla Odwołującego bez znaczenia jest fakt, że w przypadku pojedynczej ceny jednostkowej (za mieszankę mineralno-asfaltową do warstwy podbudowy AC 22P dla dróg kat. KR3-KR4) jego oferta na zawarcie umowy wykonawczej zawiera wyższą cenę jednostkową niż oferta na zawarcie umowy ramowej, gdyż pozostałe ceny jednostkowe zostały tak obniżone, że doprowadziło do obniżenia ceny oferty, jak tego wymaga ustawa pzp.

Według Odwołującego Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty miał obowiązek *skorzystania z pełnego wachlarza procedur sanacyjnych jakie przewiduje Ustawa*, a konkretnie w tym przypadku – wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści, gdyż tylko w tym przypadku można by powiedzieć, że postępowanie było prowadzone w sposób staranny i należyty.

Niezależnie od powyższego Odwołujący z ostrożności procesowej sformułował zarzut ewentualny naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 przez bezpodstawne zaniechanie poprawienia innej omyłki w jego ofercie i w konsekwencji jej odrzucenie.

W ocenie Odwołującego w razie nieuwzględnienia przez Izbę, iż nie zachodzi sprzeczność oferty Odwołującego z ustawą pzp stanowiącą podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, oferta winna zostać poprawiona w trybie innej omyłki, gdyż pkt 3 ppkt 7 SIWZ stanowi odbicie przepisów pzp.

Odwołujący wywiódł, że jeżeli dokonał błędnej interpretacji przepisów ustawy pzp, to zaistniały wszelkie podstawy, aby ewentualne niezgodności Zamawiający poprawił w trybie innej omyłki, jako niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, przez wpisanie do złożonej oferty ceny jednostkowej za mieszankę mineralno-asfaltową do warstwy podbudowy AC 22P dla dróg kat. KR3-KR4 w wysokości podanej w ofercie na zawarcie umowy ramowej, co przywracałoby zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący dodał, że taka zmiana nie powoduje istotnej zmiany treści oferty, gdyż cena oferty zostanie jedynie nieznacznie obniżona o 2.990 zł, czyli o 0,06%.

Według Odwołującego skoro pozostawał w błędzie co do interpretacji przepisów ustawy pzp i pkt 3 ppkt 7 SIWZ, Zamawiający – zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp powinien

poprawić w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (w tym przypadku pkt 3 ppkt 7), niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że jak się wydaje Zamawiający uznał ofertę Odwołującego się za zgodną z SIWZ, zatem także z postanowieniem pkt 3 ppkt 7 SIWZ.

{ad pkt 2 listy zarzutów – pkt 2 uzasadnienia odwołania}

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący podał, że cena oferty Masfalt jest o 17% niższa niż cena jego oferty Odwołującego i o 27% niższa niż kwota, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (Załącznik Nr 2 – *Porównanie oferty składanej w wyniku zaproszenia z dnia 24.05.2016 przez Masfalt i PORR*).

Odwołujący podniósł, że mając na uwadze cenę globalną oferty Masfalt złożonej w postępowaniu na zamówienie wykonawcze należy stwierdzić, że jest ona rażąco niska, gdyż nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący powołał się na to, że jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 176/10) *cena zatem „rażąco niska” to taka, która jest nierealistyczna odbiega od cen rynkowych stosowanych w określonej branży. (...) Cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował.*

Odwołujący zarzucił, że również ceny jednostkowe zaoferowane przez Masfalt są cenami poniżej kosztów wytworzenia danej mieszanki przez tego wykonawcę. Odwołujący oświadczył, że sporządzone przez niego wyliczenia i porównania, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, udowadniają, że cena zaoferowana przez Masfalt jest niemożliwa do osiągnięcia przy założeniu, że mieszanki bitumiczne są produkowane zgodnie z normami i przepisami wymaganymi w SIWZ tj. WT-2 2010 „Mieszanki mineralno-asfaltowe Wymagania techniczne i PN-EN 13108” (załącznik nr 7 – *Wyliczenie kosztów wytworzenia mieszanek*, załącznik nr 8 – *Kalkulacja Cen jednostkowych*, załącznik nr 9 – *Umowy ramowe*

*z dostawcami oraz faktury potwierdzające zakupy materiałów w ostatnim czasie kilku miesięcy, załącznik nr 10 – recepty dot. Składu mieszanek bitumicznych wraz z potwierdzeniem ich przydatności na ulicach Warszawy).*

Odwołujący podkreślił, że minimalna cena zakupu materiałów potrzebnych do wyprodukowania mieszanek o właściwościach wskazanych przez Zamawiającego jest większa niż łączna cena oferty Masfalt.

Pismem z 15 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 14 czerwca 2016 r. przesłał kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu.

17 czerwca 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby pismo z 16 czerwca 2016 r. obejmujące zgłoszenie przez „Masfalt” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienie zostało zgłoszone w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii Stronom, a także nie zgłoszono co do niego opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący zwrócił uwagę – w kontekście faktu wskazania przez Porr w obecnej ofercie wyższej ceny jednostkowej za jedną z mieszanek niż w ofercie stanowiącej podstawę zawarcia umowy ramowej – że zgodnie z § 4 ust. 7 umowy ramowej maksymalne ceny jednostkowe określone są w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do umowy ramowej, a oferta wykonawcy składana w odpowiedzi na zaproszenie zamawiającego nie może być mniej korzystna od oferty złożonej przez niego w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. Natomiast według § 4 ust. 8 umowy ramowej pod pojęciem „oferty mniej korzystnej” należy rozumieć sytuację, gdy oferta jednostkowa zawiera cenę jednostkową (jedną lub więcej) wyższą niż w ofercie (formularzu cenowym), na podstawie której zawarto umowę ramową.

Ponadto Przystępujący podniósł, że cena określona w jego ofercie nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia jednostkowego, a w szczególności nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zdaniem Przystępującego z powyższych względów zarzuty oraz żądania odwołania należy uznać za całkowicie pozbawione podstaw faktycznych i prawnych.

24 czerwca 2016 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

{ad pkt 3 i 4 listy zarzutów odwołania}

Zamawiający przywołał treść art. 101 ust. 3 pzp oraz postanowień § 4 ust. 7 i 8 zawartych w umowie ramowej nr DZPZ/271/PNR/2016, a dodatkowo zwrócił uwagę na fakt, że w pkt 5 zaproszenia do składania ofert wprost wskazał, że: *Wykonawca składając ofertę dodatkową nie może zaoferować cen wyższych niż zaoferowane w umowie ramowej.*

Zamawiający stwierdził, że nie może zgodzić się ze stanowiskiem o braku znaczenia faktu podwyższenia pojedynczej ceny jednostkowej w stosunku do umowy ramowej, gdyż oznacza to zaoferowanie mniej korzystnych warunków niż ustalonych w tej umowie, a tym samym stanowi naruszenie art. 101 ust. 3 pzp.

Zdaniem Zamawiającego cena jednostkowa wskazana w formularzu cenowym oferty nie może zostać poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Po pierwsze – nie zachodzi domniemanie, że oferta zawiera inną omyłkę. Po drugie – określenie cen jednostkowych powinno nastąpić ze znajomością treści zawartej 15 lutego 2016 r. umowy ramowej, której załącznikiem była oferta złożona w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej.

Zamawiający podniósł również, że powyższy tryb nie znajduje zastosowania w odniesieniu do niezgodności z ustawą pzp.

W rezultacie wg. Zamawiającego nie ma możliwości poprawienia na tym etapie oferty naruszającej zakaz wynikający z art. 101 ust. 3 pzp, tak aby nie była mniej korzystna niż oferta złożona w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej.

{ad pkt 1 listy zarzutów odwołania}

Zamawiający podniósł, że oferta Masfalt została wybrana zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy pzp oraz postanowieniami SIWZ, w szczególności nie było podstaw do odrzucenia tej oferty.

Zamawiający zwrócił uwagę, że sam Odwołujący potwierdza fakt nieodbiegania przez cenę oferty Masfalt od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Zamawiający oświadczył, że wybrana oferta nie budziła również jego wątpliwości w zestawieniu ze zbliżonymi cenami z przetargów zorganizowanych w 2016 r. przez Zarząd

Dróg Miejskich w Warszawie (ZDM). Zamawiający powołał się na załączone kosztorysy z przetargu na *Remont ulic m.st. Warszawy* (DPZ/54/PN/46/16) oraz zestawienie cen jednostkowych netto z ofert złożonych ZDM na wymianę nawierzchni bitumicznych w Warszawie w 2016 r.

Przykładowo Zamawiający wskazał na porównanie cen zakupu mieszanki AC WMS 16 W:

- Masfalt w tym postępowaniu – 128 zł/t za samą dostawę;
- Porr w innym postępowaniu prowadzonym przez ZDM – 133,12 zł/t za dostawę wraz z ułożeniem;
- przyjmując, że koszt dowozu masy z wytwórni na miejsce wbudowania to ok. 17,50 zł/t – Porr wskazał dużo niższą cenę.

Zamawiający dodał, że podobnie sytuacja kształtuje się w innych pozycjach – ceny Odwołującego w różnych postępowaniach w 2016 r. są wyższe lub porównywalne z cenami innych wykonawców.

{ad pkt 2 listy zarzutów odwołania}

Zamawiający podał, że na realizację zamówienia przeznaczył 5.079.146 zł, a oferta Porr z ceną 4.662.406 zł była droższa o 662.446 zł od oferty Masfalt z ceną 3.999.960 zł, która była niższa o 27% od kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia.

Zamawiający podniósł, że powyższe okoliczności według treści art. 90 ust. 1 pzp nie rodziły po jego stronie obowiązku badania oferty Masfalt pod kątem rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 4 zawartej z Masfalt umowy jednostkowej DPZP/271/267/2016 Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia badań na zgodność mieszanek z wymaganiami technicznymi. Natomiast § 5 ust. 1 tej umowy zobowiązuje wykonawcę do wykonywania takich badań, których wyniki według § 6 ust. 7 ma załączać do każdej faktury. Nie zachodzi więc prawdopodobieństwo zakupu mieszanek o zmienionych czy zaniżonych parametrach.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.



Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowisko. W imieniu Przystępującego nikt się nie stawił na posiedzenie i rozprawę.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Zamawiającego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, piśmie z 27 czerwca 2016 r., odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia. a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które dotyczą zarówno odrzucenia jego oferty, jak i zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, co łącznie uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3 i 4 listy zarzutów sprecyzowanych w pkt 1 uzasadnienia}

W umowie ramowej nr DPZ/271/2PNR/2016 zawartej 15 lutego 2016 r. pomiędzy Zamawiającym z Porr w § 4 określono w szczególności, że:

– {w ust. 7} *Maksymalne ceny jednostkowe określone w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do niniejszej umowy. Oferta Wykonawcy składana w odpowiedzi na zaproszenie Zamawiającego nie może być mniej korzystna od oferty złożonej przez tego Wykonawcę w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy.*

– {w ust. 8} *Pod pojęciem oferty „mniej korzystnej” należy rozumieć sytuację, gdy oferta jednostkowa zawiera cenę jednostkową (jedną lub więcej) wyższą niż w ofercie (formularzu cenowym), na podstawie której zawarto umowę.*

Identyczne postanowienia znajdują się w umowie ramowej nr DPZP/271/2/PNR/2016

zawartej również 15 lutego 2016 r. pomiędzy Zamawiającym a Masfalt.

W zaproszeniu do składania ofert z 24 maja 2016 r. (nazywanym również specyfikacją istotnych warunków zamówienia) wskazano w szczególności, że:

- {w pkt 1} przedmiotem zamówienia jest dostawa mieszanek mineralno-asfaltowych w asortymencie i ilościach określonych w załączonym do zaproszenia formularzu cenowym};
- {w pkt 2} oferta wykonawcy składana w odpowiedzi na niniejsze zaproszenie nie może być mniej korzystna od oferty złożonej przez niego w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej;
- {w pkt 5} wykonawca składając ofertę dodatkową, nie może zaoferować cen wyższych niż zaoferowane w umowie ramowej.

W załączniku nr 3 do umowy ramowej zawartej z Porr w poz. 8 *Mieszanka mineralno-asfaltowa dla warstwy podbudowy AC 22P dla dróg kat. KR3-KR4* dla ilości 4000 ton wskazano cenę jednostkową 152,03 zł. Dla tej samej mieszanki w poz. 6 formularza cenowego oferty złożonej w na zawarcie umowy wykonawczej dla ilości 200 ton Porr określił cenę jednostkową na 166, 98 zł.

Izba zważyła, że w powyżej ustalonych okolicznościach {które były niesporne} dokonane przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp w zw. z art. 101 ust. 3 pzp odrzucenie oferty Porr – z uwagi na jej sprzeczność z ustawą pzp, polegającą na tym, że oferta złożona w tym postępowaniu jest mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej w zakresie podwyższenia ceny jednostkowej za jedną z mieszanek objętych zamówieniem – było uzasadnione.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp zamawiając odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą {pzp}. Art. 101 ust. 3 ustawy pzp stanowi, że oferta składana w wyniku zaproszenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 {czyli zaproszenia kierowanego w celu udzielenia zamówienia do wykonawców, z którymi zamawiający zawarł umowę ramową.}, nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej.

Z ofertą niezgodną z ustawą pzp – jak słusznie wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie – mamy do czynienia przede wszystkim wówczas, gdy narusza ona przepisy ustawy pzp adresowane do wykonawców, nie zaś do zamawiających. Niewątpliwie adresatem normy art. 101 ust. 3 pzp jest wykonawca, gdyż to on składa ofertę w odpowiedzi na zaproszenie zamawiającego.

Zdaniem Izby punktem wyjścia dla interpretacji art. 101 ust. 3 pzp jest zawarta w art. 2 pkt 9a pzp definicja umowy ramowej. Zgodnie z nią przez umowę ramową należy rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców,

której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Wynika z tego, że ustalone w umowie ramowej warunki realizacji zamówień, które mają być udzielone w przyszłości, takie jak np. ceny, należą do przedmiotowo istotnych elementów treści tej umowy. Dalsze przepisy ustawy pzp dotyczące umowy ramowej wprowadzają regułę, że raz ustalone w niej warunki realizacji przyszłych zamówień nie mogą ulec pogorszeniu na etapie udzielania konkretnych zamówień częściowych aż do zakończenia obowiązywania umowy ramowej. I tak w odniesieniu do umowy ramowej zawartej z jednym wykonawcą w art. 101 ust. 1 pkt 1 pzp wprost wskazano, że zamówienie nie może być udzielone na warunkach mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej. Z kolei przy umowie ramowej zawartej z wieloma wykonawcami art. 101 ust. 3 pzp zastrzega, że oferta składana przez wykonawcę nie może być mniej korzystna od oferty złożonej przez niego uprzednio w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. Zdaniem składu orzekającego Izby również w tym drugim przypadku celem zakazu jest uniemożliwienie udzielenia zamówienia na mniej korzystnych warunkach niż ustalone uprzednio w umowie ramowej. Jeżeli umowa ramowa określa przewidywany zakres ilościowy, który łącznie może być przedmiotem zamówień udzielanych w okresie jej obowiązywania, takim warunkiem może być również określenie maksymalnej ceny jednostkowej, niezależnie od ilości objętej danym postępowaniem częściowym.

Przenosząc powyższe na grunt tej sprawy należy stwierdzić, że na mocy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym umowy ramowej określone w niej ceny jednostkowe za dostawę poszczególnych rodzajów mieszanek mineralno-asfaltowych, czyli stawki podane w formularzu cenowym oferty mają charakter cen maksymalnych. Ponadto w umowie ramowej wprost i jednoznacznie określono, że podwyższenie na etapie udzielania zamówień choćby jednej ceny jednostkowej jest równoznaczne ze złożeniem oferty na mniej korzystnych warunkach niż oferta, która była podstawą zawarcia umowy ramowej.

Skoro Odwołujący w ofercie ostatecznej podwyższył cenę jednostkową za dostawę jednego z rodzajów mieszanek objętych aktualnie udzielanym zamówieniem w stosunku do uprzednio złożonej oferty, zaoferował w tym zakresie mniej korzystne warunki niż ustalone w umowie ramowej, którą zawarł z Zamawiającym, a tym samym Odwołujący naruszył art. 101 ust. 3 pzp.

Ponieważ Odwołujący nie dotrzymał warunków obowiązującej go umowy ramowej, za spóźnione i bezprzedmiotowe należy uznać próby kwestionowania (w szczególności w piśmie procesowym) postanowień specyfikacji dotyczącej postępowania na jej zawarcie jako nieważnych. Odwołujący nie przedstawił również żadnych argumentów przemawiających za tym, że według przepisów ustawy pzp niedopuszczalne jest ustalenie

w umowie ramowej cen jednostkowych jako maksymalnych, które nie mogą ulec podwyższeniu na etapie udzielania zamówień częściowych.

Zdaniem składu orzekającego w okolicznościach sprawy nie znajduje uzasadnienia stanowisko Odwołującego, jakoby podwyższenie jednej ceny jednostkowej nie miało znaczenia, gdyż dla całego zadania oferta finalna jest korzystniejsza od oferty pierwotnej w świetle obowiązującego na obu etapach procedury kryterium cenowego. W rzeczywistości umowa ramowa i udzielane zamówienie nie dotyczą tożsamego zakresu rzeczowego, a wywodzona przez Odwołującego korzystność opiera się na symulacjach i przeliczeniach, których przepisy ustawy pzp nie przewidują. Odwołujący wykazał w istocie, że znaczenie mają właśnie ceny jednostkowe, gdyż wyłącznie według nich można przeprowadzić porównanie. Natomiast podwyższenie choćby jednej ceny jednostkowej oznaczało zaoferowanie realizacji dostaw na mniej korzystnych warunkach niż ustalone wiążąco w umowie ramowej.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu alternatywnego zarzutu, skład orzekający Izby podziela wyrażone uprzednio w uzasadnieniu wyroku Izby z 24 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 453/14) stanowisko, że tryb przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie znajduje zastosowania w odniesieniu do niezgodności oferty z ustawą pzp. Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp nie doznaje wyjątku, jak w przypadku niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, gdyż jedynie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Również z tego ostatniego przepisu wprost wynika, że dotyczy wyłącznie poprawiania w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, a nie z ustawą. Nie ma zatem możliwości poprawienia na tym trybie oferty naruszającej zakaz wynikający z art. 101 ust. 3 pzp, tak aby nie była mniej korzystna niż oferta złożona w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej.

Wątpliwa jest również możliwość uznania za omyłkowe podwyższenia ceny jednostkowej wbrew regule, którą Odwołujący uznał za bez znaczenia z powodów, które opisał w uzasadnieniu zasadniczego zarzutu. Odwołujący do zamknięcia rozprawy podtrzymywał, że miał prawo do takiego podwyższenia ceny jednostkowej, którego dokonał z uwagi na zbyt mały wolumen mieszanki objęty udzielanym zamówieniem. W ocenie składu orzekającego Izby nie sposób domagać się skutecznie poprawienia omyłki w ramach zarzutu alternatywnego w stosunku do zarzutu, którego istotą jest, że to, co miałoby alternatywnie uznane za omyłkę, jest prawidłowe. Innymi słowy w ramach tego samego postępowania odwoławczego nie można twierdzić jednocześnie, że treść oferty jest i nie jest prawidłowa.

Odwołujący zdaje się również nie dostrzegać, że sugerowana przez niego niezgodność z treścią s.i.w.z. dotyczyłaby nie tyle s.i.w.z. aktualnie prowadzonego

postępowania, w którym złożył odwołanie, ale s.i.w.z. na zawarcie umowy ramowej, a więc innego postępowania. Przede wszystkim jednak podwyższenie ceny jednostkowej naruszało warunki umowy ramowej zawartej przez Odwołującego z Zamawiającym, co przekreśla możliwość rozpatrywania go w płaszczyźnie niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z.

Z kolei sugerowany przez Odwołującego sposób poprawienia nie jest wcale oczywisty, gdyż z porównania cen jednostkowych w obu jego ofertach wynika, że zmienił ceny jednostkowe w stosunku do tych z umowy ramowej. Dla ustalenia wysokości tej ceny konieczne byłoby zatem przeprowadzenie pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym dodatkowych negocjacji, co jest niedopuszczalne na mocy art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp.

Oczywiście niezasadne jest wskazywanie przez Odwołującego na naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 pzp. Zamawiający nie miał wątpliwości co treści oferty Odwołującego. Przede wszystkim decydujące znaczenie ma, że podjęta przez Zamawiającego decyzja o odrzuceniu oferty była prawidłowa, bez względu na to, czy była poprzedzona wezwaniem do wyjaśnień.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2 listy zarzutów sprecyzowanych w pkt 2 uzasadnienia}

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp jest przedwczesny w niespornych okolicznościach sprawy, czyli w sytuacji, gdy Przystępujący nie był wzywany do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie należy uznać stanowisko, że odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzone umożliwieniem wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz.

1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Na tle poprzedniego brzmienia art. 90 ust. 1 pzp {*Zamawiamy w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny*} w orzecznictwie i doktrynie wskazywano na zasadność wszczęcia procedury wyjaśniającej cenę oferty jeżeli odbiega ona o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia.

Dostrzegano jednocześnie że są to generalne i niewiążące wskazania, wprost niewynikające z art. 90 ust. 1 pzp ani innych przepisów dotyczących zamówień publicznych, które nie muszą być adekwatne w okolicznościach każdego konkretnego przypadku. W szczególności w wyroku z 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt 814/11) Izba zauważyła, że: *Ustalenie jakichkolwiek sztywnych wskaźników nie jest {na gruncie art. 90 ust. 1 pzp} możliwe i dopuszczalne (...) Brak wskazania przez ustawodawcę tychże wskaźników ma chronić przed wszelkim automatyzmem i bezrefleksyjnym („na wszelki wypadek”, czy „z ostrożności) wdrażaniem postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny.*

Analogiczne stanowisko pojawiło się również w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 14 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 230/10) Sąd Okręgowy w Katowicach stwierdził, co następuje: *Przepis art. 90 ust. 1 Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przyjęcie zatem wyłącznie arytmetycznego kryterium i automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie jest niedopuszczalne. Zainicjowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp pozostawione zostało zamawiającemu. Podkreślić należy, iż wymieniony przepis nie nakłada żadnych warunków, kiedy to postępowanie należy wdrożyć. Zamawiający zatem nie ma obowiązku wdrożenia postępowania sprawdzającego w każdym przypadku. Nie można podzielić zarzutów skargi, że obowiązek wykazania, iż cena oferty jest rażąco zaniżona nałożony jest na zamawiającego co wynika z art. 90 ustawy Pzp. (...) Jeżeli zamawiający nie poweźmie wątpliwości co do tego czy cena oferty jest rażąco zaniżona to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przy czym wspomniany wyrok zapadł na tle stanu faktycznego, w którym wszystkie złożone oferty zawierały ceny niższe od oszacowania dokonanego przez zamawiającego, jednocześnie cena najtańszej oferty odbiegała od pozostałych dwóch ofert nie więcej niż o 16%. Było to podstawą do uznania, że ceny usług na rynku przewozowym uległy obniżeniu w stosunku*

do oszacowania dokonanego przez zamawiającego, a różnice pomiędzy cenami złożonych ofert nie uzasadniają powstania wątpliwości co do rażącego zaniżenia ceny w wybranej ofercie.

W aktualnym stanie prawnym zmieniło się jedynie tyle, że wprowadzono sztywne kryteria 30% różnicy w stosunku do oszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego {co należy rozumieć w tym przypadku jako wartość uwzględniającą kwotę podatku od towarów i usług} lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert – wystąpienie jednego z nich zostało podane jako przykład sytuacji, w której cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i ma wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez niego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co obliguje do wezwania wykonawcy do wyjaśnień.

Poza wszelkim sporem jest, że w rozstrzyganej sprawie nie zachodzi żadne z kryteriów, które obligowałyby Zamawiającego do powzięcia wątpliwości, w szczególności cena oferty Masfalt jest niższa o 17% od ceny oferty Porr. Według aktualnego brzmienia art. 90 ust. 1 pzp cena oferty złożonej przez Masfalt nie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie musiała budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości dostarczenia mieszanek zgodnych z wymaganiami określonymi w s.i.w.z.

Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publiczne {wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08}. Pogląd taki prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza w szeregu orzeczeń dotyczących rażąco niskiej ceny. W okolicznościach rozstrzyganej sprawy nie zostało udowodnione, że zachodzi wątpliwość co do możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Masfalt.

Jak trafnie podniósł Zamawiający w zakresie naruszenia art. 90 ust. 1 pzp obowiązuje klasyczny rozkład ciężaru dowodu, który wynika z art. 190 ust. 1 pzp, co oznacza, że Odwołujący winien udowodnić konieczność wezwania Masfalt do wyjaśnień. Pomimo obszerności załączonego do odwołania materiału dowodowego, w ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdza on tezy Odwołującego, że cena zaoferowana przez Masfalt jest niemożliwa do osiągnięcia przy założeniu, że mieszanki bitumiczne są produkowane zgodnie z normami i przepisami wskazanymi w s.i.w.z. Odwołujący przedstawiając sposób kalkulacji ceny poszczególnych mieszanek, co najwyżej wykazał, że zaoferowana przez niego cena (w tym ceny poszczególnych mieszanek) nie jest rażąco niska, gdyż znajduje oparcie w poniesionych kosztach zakupu materiałów i przyjętej wysokości kosztów

pośrednich. Na podstawie odwołania i załączonych jako dowody dokumentów nie sposób ocenić na ile uzyskane przez Odwołującego ceny półproduktów wykorzystanych do produkcji mieszanek (asfalt, kruszywo, mączka wapienna, środki adhezyjne, pył węglowy itd.) są reprezentatywne dla rynku dostawców danego rodzaju składnika. Nawet w odniesieniu do dostawców objętych rozpoznaniem Odwołującego złożone dowody nie obejmują kosztów wytworzenia tych półproduktów, co uniemożliwia ocenę, czy nie podlegają dalszym negocjacjom.

O możliwości obniżenia cen zdają się świadczyć załączone do odpowiedzi na odwołanie wyciągi z kosztorysów ofertowych dotyczących przetargu na remont ulic na terenie Warszawy, w których Porr lub inni wykonawcy określili ceny jednostkowe mieszanek na poziomie zbliżonym (zwłaszcza po uwzględnieniu faktu, że obejmowały również koszt wbudowania) do cen wskazanych przez Masfalt w tym postępowaniu.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 1 listy zarzutów}

Ponieważ zarzut ten nie ma charakteru samoistnego {w uzasadnieniu odwołania nie został sprecyzowany za pomocą odrębnych okoliczności faktycznych}, również podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

**Przewodniczący:** .....