

Sygn. akt: KIO/UZP 794/08

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu/~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach*~~ 14 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „AMAR” Sp. z o.o., 20-447 Lublin, ul. Energetyków 1 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Gminę Kazimierz Dolny, 24-120 Kazimierz Dolny, ul. Senatorska 5 protestu ~~protestów*~~ z dnia 15 lipca 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Kazimierz Dolny, 24-120 Kazimierz Dolny, ul. Senatorska 5

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „AMAR” Sp. z o.o., 20-447 Lublin, ul. Energetyków 1,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Kazimierz Dolny, 24-120 Kazimierz Dolny, ul. Senatorska 5** na rzecz **„AMAR” Sp. z o.o., 20-447 Lublin, ul. Energetyków 1**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **„AMAR” Sp. z o.o., 20-447 Lublin, ul. Energetyków 1**.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pod nazwą: *„Przebudowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej ul. Nadrzeczna i Klasztorna w Kazimierzu Dolnym”*, zostało wszczęte przez Gminę Kazimierz Dolny, ul. Senatorska 5, 24-120 Kazimierz Dolny zwaną dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 126212-2008-063829 z dnia 11.06.2008 r.

W dniu 08.07.2008 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej i wysłał tego samego dnia pocztą do uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty firmy: Przedsiębiorstwo Budowlano Usługowe „Budimer” Sp. z o.o., ul. Langiewicza 9, 24-100 Puławy zwanej dalej: *„BUDIMER”* .

W dniu 15.07.2008 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 179 ust.1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: *„Pzp”* firma: „AMAR” Sp. z o.o. w Lublinie 20-447 Lublin, ul. Energetyków 1 zwana dalej: *„Protestującym”* albo *„Odwołującym”* złożyła protest na czynność wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - BUDIMER mimo, że treść oferty tego Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”,
2. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy - BUDIMER do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - BUDIMER mimo złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę,
4. art. 96 ust. 3 Pzp poprzez odmowę udostępnienia Protestującemu dokumentacji postępowania i ofert, w terminie niezwłocznym.

Wnosząc o uwzględnienie protestu oraz:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty firmy BUDIMER,
2. powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu i w jej wyniku odrzucenie oferty firmy BUDIMER,
3. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Protestujący wskazując na istnienie interesu prawnego w niniejszym postępowaniu, stwierdził, iż spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ i po uwzględnieniu zarzutów jest to oferta najkorzystniejsza. Tym samym ma realne szanse wygrania przedmiotowego postępowania.

Wykazując terminowość wniesionego protestu Protestujący powołał się na art. 180 ust. 2 Pzp, negując zasadność stanowiska Zamawiającego, że datą rozpoczęcia biegu terminu na wniesienie protestu jest data otrzymania listu poleconego informującego o wynikach przetargu. Powołał się w tej materii także na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 17.07.2003 r., sygn. akt: III CZP 44/03 zgodnie z którą: *„powzięcie przez uczestnika postępowania o zamówienie publiczne w drodze przetargu nieograniczonego wiadomości o uchybieniach skutkujących wykluczeniem z postępowania innego uczestnika lub odrzuceniem jego oferty nie stanowi podstawy do wniesienia protestu. Protest może zostać skutecznie wniesiony w ciągu siedmiu dni od dnia powzięcia wiadomości o złożeniu przez zamawiającego oświadczenia woli w przedmiocie wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty, a w razie zaniechania przez zamawiającego takiego oświadczenia woli, siedmiodniowy termin do złożenia protestu liczy się od dnia zawiadomienia uczestnika o wyborze oferty”*. Ponadto, przywołał art. 61 kc (stosowanym na mocy art. 14 Pzp) zgodnie z którym oświadczenie woli dochodzi do adresata z chwilą, gdy mógł zapoznać się z jego treścią.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - BUDMER mimo, że treść oferty tego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, Protestujący podniósł następujące błędy w kosztorysach:

a) W kosztorysie ofertowym pn. „Przebudowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej ul. Nadrzeczna i Klasztorna w Kazimierzu Dolnym - Kanalizacja Sanitarna”:

- w poz. 26 Rurociągi do przetłaczania ścieków PE śr. zewnętrznej 90 mm w przedmiarze załączonym do SIWZ występuje krotność 8, natomiast w kosztorysie ofertowym Wykonawca nie uwzględnił tej krotności.

- również w poz. 24 ww kosztorysu Wykonawca nie wstawił krotności.

b) W kosztorysie ofertowym pn. „Przebudowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej ul. Nadrzeczna i Klasztorna w Kazimierzu Dolnym - Wodociąg”, Wykonawca również nie wstawił krotności.

Reasumując w opisanych przypadkach treść oferty BUDIMER nie odpowiada treści SIWZ. Poprzez zaniechanie stosowania krotności do wyliczenia ceny jednostkowej, Wykonawca ten istotnie zaniżył cenę jednostkową z danej pozycji przedmiaru, a to, jego zdaniem, miało wpływ na łączną cenę oferty.

Odnosząc się do zarzutu drugiego, tj. naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy – BUDIMER do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Protestujący stwierdził, iż zgodnie z art. 90 Pzp, Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - BUDIMER mimo złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, Protestujący podniósł, iż w kosztorysie ofertowym pn. „Przebudowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej ul. Nadrzeczna i Klasztorna w Kazimierzu Dolnym - Kanalizacja Sanitarna” w poz. 15 i 16 oraz w kosztorysie ofertowym pn. „Przebudowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej ul. Nadrzeczna i Klasztorna w Kazimierzu Dolnym - Wodociąg” poz. 16 i 17, Wykonawca wycenił ułożenie nawierzchni mineralno bitumicznych asfaltowych o grubości 5 cm:

- warstwa wiążąca - 35,87 zł/m² - Kanalizacja sanitarna
- warstwa ściernalna - 38,30 zł/m² - Kanalizacja sanitarna
- warstwa wiążąca - 36,17 zł/m² - Wodociąg
- warstwa ściernalna - 35,92 zł/m² – Wodociąg.

Z analizy ofert, jak wskazał Protestujący, dostawców nawierzchni mineralno bitumicznych asfaltowych - w tym Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Puławy S.A., 24-100 Puławy, ul. Składowa 1 zwanej dalej: „PRDP SA”, która to firma jest wstawiona w ofercie przetargowej jako Podwykonawca firmy BUDIMER - wynika, że koszt wykonania ww. nawierzchni jest prawie dwukrotnie większy. Zgodnie z ofertą PRDP SA koszt wykonania warstwy wiążącej to 70,00 zł/m², a warstwy ścieralnej to 95,00 zł/m². Zgodnie z ofertą Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego S.A w Kraśniku zwanego dalej: „PDM SA” koszt wykonania warstwy wiążącej to 62,50 zł/m², a warstwy ścieralnej to 75,00 zł/m².

Powyższe wskazuje, jego zdaniem, że w ofercie firmy BUDIMER wycena „*ułożenia nawierzchni mineralno bitumicznych asfaltowych o grubości 5 cm*” jest dokonana nieprawidłowo i jest o 50% niższa niż w przypadku, gdyby wykonawca zastosował właściwe - rynkowe ceny materiałów użytych do wykonania ww robót. Przyjmując np. ceny z oferty PDM SA, całkowity koszt wykonania nawierzchni mineralno bitumicznych asfaltowych powinien wynosić 317 625,00 PLN, a nie jak podaje Wykonawca 169.044,70 PLN.

Na dowód zaniżenia cen jednostkowych wykonania ww. robót, Protestujący załączył: - ofertę PRDP SA oraz; - ofertę PDM SA.

Wskazane zaniżenie, zdaniem Protestującego, cen w poszczególnych pozycjach kosztorysu czyni cenę oferty nierealną, a roboty niemożliwe do wykonania w zakresie i standardzie wymaganym przez Zamawiającego. Z punktu widzenia Pzp cena oferty, która odbiega od wartości szacunkowej zamówienia brutto i cen rynkowych takiej samej usługi/roboty jest oferta z rażąco niską ceną.

Ponadto, Protestujący stwierdza, iż w niniejszym postępowaniu wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT wynosi 2.000.000,00 PLN. W porównaniu do ceny oferty firmy BUDIMER w wysokości 1.292.265,35 PLN, stanowi to ok. 64% wartości zamówienia. Ceny pozostałych ofert wynosiły; 1.768.086,85 PLN oraz 1.844.820,88 PLN. Zaniżenie ceny w ofercie firmy BUDIMER stanowi, według niego realne zagrożenie dla zakresu lub jakości zaoferowanych do wykonania robót. Mimo to Zamawiający nie wezwał tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami potwierdzającymi zasadność zastosowania tych cen w ofercie. Bez tych wyjaśnień, jak wskazał Protestujący niedopuszczalny jest wybór oferty z ceną, która może być uznana jako „*rażąco niska*”. W przedmiotowym przypadku Zamawiający zaniechał również odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp.

Zarzucając powyższe, Protestujący odniósł się także do ustalonego w tej mierze orzecznictwa Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, opinii UZP i literatury przedmiotu (str. 168 - 171 Analiza wyroków Sądów Okręgowych oraz analiza wyroków Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych

- wyd. UZP Warszawa 2006). Zgodnie z tym zasadne jest twierdzenie, że wartość to zamówienia plus podatek od towarów i usług może stanowić punkt odniesienia do oceny, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną w ofercie. Zakłada się bowiem, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez Zamawiającego z należytą starannością i brak jest jakichkolwiek dowodów, że wartość ta została przez Zamawiającego zawyżona.

W sytuacji, w której, jak dowodzi Protestujący, cena oferty w sposób rażący (nadmierny, zbyt duży, a według Słownika Języka Polskiego „*obrażający poczucie przyzwoitości, uczciwości*”) odbiega od punktu odniesienia, tj. od wartości szacunkowej zamówienia z podatkiem od towarów i usług - a z takim przypadkiem mamy do czynienia w przypadku oferty firmy BUDIMER - to w sposób oczywisty powstają wątpliwości, co do prawidłowej i rzetelnej wyceny oferowanych robót. Zamawiający wbrew nakazowi z art. 90 ust. 1 Pzp nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego, nie wezwał ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a zatem, jego zdaniem, nie są znane żadne obiektywne czynniki lub okoliczności, które wskazywałyby na sposób kalkulacji kosztów i przyczyny podania ceny tak znacznie odbiegającej od wartości szacunkowej zamówienia i cen rynkowych oferowanych robót.

Protestujący powołuje się także na Opinię UZP (vide: Opinia pt. „*Rażąco niska cena*” publikowana www.uzp.gov.pl, także: Ryszard Groński „*Rażąco niska cena*” publ. Przetargi publiczne luty 2006, str. 20-22; Damian Szczepański „*Rażąco niska cena, a czyn nieuczciwej konkurencji*” publ. Zamówienia publiczne Doradca nr 9 (89) wrzesień 2004) zgodnie z którą: „*Mając na względzie cel regulacji ustawy, za ofertą z rażąco niską ceną można uznać ofertą 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, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę takie obiektywne czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie jest, lista wyczerpującą i zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców.*”

Odnosząc się do zarzutu czwartego, tj. naruszenia art. 96 ust. 3 Pzp poprzez odmowę udostępnienia Protestującemu dokumentacji postępowania i ofert, w terminie niezwłocznym, stwierdził on, iż w dniu 10.07.2008 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie treści ofert złożonych w przedmiotowym przetargu. Mimo wyraźnego obowiązku wynikającego z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, że: „*protokół wraz z załącznikami jest jawny, a załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia*”, oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 87 poz. 606), Zamawiający odmówił udostępnienia oferty w proponowanych terminach. Ofertę okazano Protestującemu, jak wskazał, dopiero w dniu 14.07.2008 r., tj. na dzień przed upływem terminu ew. złożenia protestu. Działanie takie, jego zdaniem, narusza nie tylko przepis art. 96 ust. 3 Pzp, ale i art. 7 ust. 1 Pzp nakazującą Zamawiającemu równe traktowanie wykonawców w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Dodatkowo Protestujący wskazał, że z samej istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że w jego toku Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej obowiązany jest dokonać oceny ofert złożonych przez Wykonawców, przy czym zakres merytorycznej oceny nie może ograniczyć się wyłącznie do formalnego porównania wysokości cen ofertowych. Zakres ten powinien bowiem obejmować tak kontrolę spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu, jak i weryfikację ofert z punktu widzenia zgodności z SIWZ i innych przesłanek ich ewentualnego odrzucenia. Dokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy w przypadku zajścia jednej z okoliczności, o których mowa w art. 89 ust. 1 Pzp nie stanowi przysługującego Zamawiającemu uprawnienia, lecz jest Jego kategorię obowiązkami. Obligatoryjność dokonania wskazanej czynności potwierdza literalna wykładnia przepisu art. 89 ust. 1 Pzp, w którym Ustawodawca poprzez użycie sformułowania „*odrzuca*” *expresis verbis* przesądził o istnieniu po stronie Zamawiającego bezwzględnego obowiązku w tym zakresie.

W dniu 16.07.2008 r. Zamawiający faxem i wysłał pocztą pisemnie uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 18.07.2008 r. (wpływ bezpośredni) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączył się: BUDIMER w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie wniesionego protestu, jako bezzasadnego.

BUDIMER stwierdził, iż ma interes prawny, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jest zgodna z treścią SIWZ i nie posiada rażąco niskiej ceny. Podtrzymał

proponowaną wartość oferty. Sugestie Protestującego uznał za nieuzasadnione. Wskazał, iż wykonał identyczną inwestycję na ul. Lubelskiej w Kazimierzu Dolnym.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana w tym samym dniu Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 23.07.2008 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Zamawiający stwierdził, iż przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty kierując się zasadą równego traktowania ubiegających się o zamówienie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Wybrana oferta BUDIMER spełnia wymagania kryterialne do przetargu zawarte w SIWZ, a kosztorys został sporządzony prawidłowo zgodnie z zał. Nr 3 do SIWZ - przyjęte w poz. 24 i 26 kosztorysu ofertowego jednostka miary oraz ilość są zgodne z przedmiarem robót.

Ponadto, Zamawiający nie zgadza się z zarzutem wyboru oferty z rażąco niską ceną. Zamawiający nie naruszył także art. 96 ust.3 Pzp - udostępnienie dokumentów z postępowania odbyło się zgodnie z warunkami pkt XVIII SIWZ, a wykonawca miał dostateczny czas na wniesienie protestu. Informacja o wyborze oferty została wysłana do wszystkich oferentów w formie pisemnej, a potwierdzeniem faktu jej otrzymania był podpis na zwrotnym potwierdzeniu odbioru opatrzonym datą, od której to liczony jest termin na wniesienie protestu. W przypadku Protestującego termin na wniesienie protestu upływał dnia 18.07.2008 r., tak więc po zapoznaniu się z ofertami w dniu 14.07.2008 r. o godz. 9:00, które ograniczyło się do sfotografowania oferty firmy BUDIMER, Protestujący miał, zdaniem Zamawiającego, dostateczny czas na wniesienie protestu.

W dniu 28.07.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Podtrzymując zarzuty podniesione w proteście, tj. naruszenie:

1. art. 89 ust.1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy BUDIMER mimo, że treść oferty tego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ,
2. art. 90 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury w celu ustalenia, czy oferta firmy: BUDIMER nie zawiera rażąco niskiej ceny,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy BUDIMER mimo, że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.
4. art. 96 ust. 3 Pzp poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu ofert w terminie umożliwiającym pełne zapoznanie się z nimi oraz ewentualne przygotowanie i złożenie protestu, w związku z błędnym pouczeniem o terminie wnoszenia protestów.

Wnosząc o uwzględnienie odwołania oraz:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. wyboru oferty firmy BUDIMER,

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, w tym z zastosowaniem procedury określonej w art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, Odwołujący nie uznał za skuteczne przystąpienie do postępowania protestacyjnego z dnia 18.07.2008 r. dokonane przez firmę BUDIMER w świetle art. 181 ust. 4 Pzp uznając, iż nie określił on swojego żądania w zakresie zarzutów zawartych w proteście.

Odwołujący podtrzymał argumentację odnośnie zarzutu pierwszego. W odniesieniu do zarzutu drugiego wskazał na naruszenie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp. Podtrzymując swoją wcześniejszą argumentację wskazał, iż ww. przepisy określają procedurę, jaką Zamawiający ma obowiązek (czynność obligatoryjna) stosować w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Ustawa przyjmuje zasadę, że podstawowym kryterium oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę jest stosunek ceny oferty do przedmiotu (wartości przedmiotu) zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał zastosowania tej procedury. Tym samym nie wyjaśnił wątpliwości jakie budzi cena oferty firmy BUDIMER, która w sposób znaczący (ok. 40%) odbiega od wartości przedmiotu zamówienia. Wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu mają prawo oczekiwać, aby Wykonawca który oferuje tak niską cenę wykazał, że jego oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989r. w sprawie C-103/88 Constanzo - str. 221 Prawo zamówień publicznych Komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego wyd. UZP Warszawa 2004).

Odnośnie zarzutu trzeciego i czwartego Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

W dniu 29.07.2008 r. Zamawiający przekazał firmie BUDIMER (bezpośrednio) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym. Do postępowania odwoławczego firmy BUDIMER przystąpił, ale nieskutecznie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, przedmiarem robót, treścią spornej oferty, a zwłaszcza kosztorysem ofertowym, jak i oferty i kosztorysem Odwołującego, oraz ostatniego z uczestników postępowania przetargowego, po wysłuchaniu

oświadczeń woli, jak i stanowiska stron i uczestników postępowania na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy BUDIMER mimo, że treść oferty tego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, Izba uznaje za niezasadny.

Zgodnie z Rozdz. III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia: *„Szczegółowy zakres robót zawiera przedmiar robót stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ”*. Według Rozdz. VII SIWZ Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu: pkt 1) Wymagane oświadczenia lub dokumenty: w ppkt 12) Wykonawcy mieli obowiązek dostarczyć kosztorys ofertowy opracowany w oparciu o załączony do SIWZ przedmiar robót (zał. nr 3 do SIWZ). W Rozdz. XI Opis przygotowania oferty pkt 8) SIWZ Zamawiający określił, iż: *„Dokumenty powinny być sporządzone zgodnie z zaleceniami oraz przedstawionymi przez zamawiającego wzorcami – załącznikami, a w szczególności zawierać wszystkie informacje oraz dane”*. W Rozdz. XIII Opis sposobu obliczania ceny Zamawiający zawarł zapis, że: *„Cenę oferty należy obliczyć w oparciu o załączony do specyfikacji przedmiar robót (zał. Nr 3) (...) Cena oferty powinna zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia oraz obowiązujący podatek VAT. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym wymagane jest zapoznanie się z miejscem wykonywania zamówienia – ul. Nadrzeczna i Klasztorna w Kazimierzu Dolnym (...)”*. Natomiast w Rozdz. XIV Kryteria i zasady oceny ofert ustalił, że: *„Cena oferty będzie miała formę ryczału”*. Ponadto, zgodnie z Projektem umowy stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ w § 1 ust.2: *„Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy z najwyższą starannością, zgodnie z dokumentacją techniczną, zasadami wiedzy technicznej,*

obowiązującymi Polskimi Normami oraz przepisami prawa”, a w § 4 ust.2 Zamawiający ustalił, iż: „Wszelkie roboty nie objęte niniejszą umową, tzn. nie przewidziane w dokumentacji technicznej i w ust. 1 paragrafie 1, których nie można było przewidzieć, a których wykonanie jest niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy, Wykonawca zobowiązany jest wykonać na podstawie protokołu konieczności prowadzonego przez Inspektora Nadzoru i zaakceptowanego przez Zamawiającego. Roboty te rozliczane będą na podstawie kosztorysów powykonawczych przygotowanych przez Wykonawcę i zatwierdzonych przez Inspektora Nadzoru i Zamawiającego, włączonych następnie do umowy poprzez aneks”. W ust. 3 § 4 projektu umowy określono, iż: „Bez uprzedniej zgody Zamawiającego wykonywane mogą być jedynie prace niezbędne ze względu na niebezpieczeństwo lub konieczność zapobieżenia awarii”. Według § 5 ust.1 i 2: „Rozliczenie robót będzie następowało na podstawie faktur częściowych wystawionych na podstawie protokołów częściowego odbioru robót potwierdzonych przez Inspektora Nadzoru.”; „Ostateczne rozliczenie za wykonane roboty nastąpi w oparciu o fakturę końcową wystawioną na podstawie protokołu końcowego robót(...)”. Ponadto, zgodnie z poprawionymi przedmiarami, przekazanymi uczestnikom postępowania wraz z odpowiedziami na pytania pismem z dnia 19.06.2008 r., Zamawiający w kwestionowanych pozycjach (poz. 11, oraz 24 i 26) ustalił określoną „krotność” odpowiednio 2 oraz 8 i 8. Przedłożony przez firmę BUDIMER w ramach oferty kosztorys ofertowy, takich „krotności” nie zawiera. Wykonawca złożył jednakże w ramach formularza ofertowego (na jego 1 stronie) także oświadczenie, że zapoznał się ze szczegółowymi warunkami przetargu zawartymi w SIWZ i przyjmuje je bez zastrzeżeń. Dodatkowo należy zauważyć, iż wartości we wskazanych powyżej pozycjach w kosztorysie ofertowym firmy BUDIMER są wyższe, za wyjątkiem ostatniej od wartości w analogicznych pozycjach Odwołującego, jak i ostatniego z uczestników postępowania. Odpowiednio 29 363, 84 zł. netto, 1 016,06 zł. netto oraz 2 051,00 zł. netto w firmie BUDIMER, 9 273,20 zł. netto, 987,03 zł. netto oraz 17 136, 00 zł. netto. w firmie Odwołującego. Natomiast u ostatniego z uczestników postępowania – odpowiednio: 17 537,60 zł. netto, 1 013,76 zł. netto oraz 17 790,00 zł. netto.

Izba zauważa, iż kwestia „krotności” stanowi tylko element opisu danej pozycji. Zamawiający nie ustalił sposobu wliczenia powyższej „krotności” do wartości danej pozycji. W kosztorysie ofertowym tak Odwołującego, jak i firmy BUDIMER oraz oferty ostatniego z uczestników postępowania przetargowego jest mowa, iż wartość danej pozycji to suma ilości i ceny jednostkowej. Z uwagi na zasadę matematyczną łączności mnożenia, nie można wykluczyć, iż cena jednostkowa została obliczona jako jedno bądź ośmiokrotność np.: przepompowywania, tzn. cena jednostkowa to cena jednego przepompowywania albo ośmiokrotnego przepompowywania jednego metra sześciennego. Odwołujący nie wykazał, iż jest to cena jednego przepompowywania i z tych względów prawidłowe obliczenie ceny

powinno wyglądać w ten sposób: cena jednostkowa x ilość metrów sześciennych x krotność 8. Zamawiający nie podał sposobu obliczenia ceny przy uwzględnieniu krotności, a Odwołujący nie wykazał, że przedstawiony w zdaniu poprzedzającym sposób kalkulacji ceny w danej pozycji, był jedynym dopuszczonym przez Zamawiającego. Odnosząc się do argumentacji przedstawionej na rozprawie przez Zamawiającego, Izba uznaje za chybioną argumentację o możliwości przepompowywania mniej niż 8 razy, gdyż jest to odstępstwo od projektu.

Odnosząc się do kwestii niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, Izba stwierdza, że oświadczenie złożone przez firmę BUDIMER na formularzu ofertowym, w razie niepotwierdzenia się zarzutu rażąco niskiej ceny, w sposób dostateczny zabezpiecza realizację przedmiotowego zamówienia zgodnie z przedmiarem robót. Tym bardziej, iż powyższy zarzut Odwołujący przedstawił w niniejszym kontekście, jako „nieprawidłową wycenę” wskazanych w środkach ochrony prawnej pozycjach.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że nie został naruszony przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy BUDIMER.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy – BUDIMER do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jak pisze w odwołaniu poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury w celu ustalenia, czy oferta firmy: BUDIMER nie zawiera rażąco niskiej ceny, Izba uznaje za zasadny.

Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia podstawowego (bez zamówień uzupełniających) na kwotę 1 786 068,91 zł. zgodnie z kosztorysami inwestorskimi.

Wykonawca wybrany zaoferował zrealizowanie zamówienia za kwotę 1 292 265,35 zł. brutto – strona 1 formularza oferty - Załącznik nr 1 do SIWZ. Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 1 768 086,85 zł. brutto zgodnie z stroną 1 formularza oferty – Załącznik nr 1 do SIWZ. Ostatni z uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego zaoferował zrealizowanie zamówienia za kwotę 1 844 820,88 zł. brutto zgodnie z stroną 1 formularza oferty – Załącznik nr 1 do SIWZ.

Izba podziela pogląd, iż trudno jest ustalić wskaźnik procentowy dla wszystkich zamówień, od którego istniałby obowiązek przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 i 2 Pzp, z uwagi na różnice istniejące między poszczególnymi zamówieniami.

Jednakże, Izba zauważa, iż Zamawiający powinien mieć na uwadze, że: *„Ustalenie czy cena jest rażąco niska zależy od okoliczności danej sprawy, a przeprowadzenie dowodu,*

czy fakt taki miał miejsce spoczywa na stronie, która wywodzi z niego skutki prawne” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 01.03.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-335/05).

Mając powyższe na uwadze, o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 i 2 Pzp powinien decydować następujący wynik analizy złożonych ofert:

- 1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług przygotowana przez Zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę.
- 2) porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen,
- 3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych.

Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Zespołu Arbitrów. W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 25.04.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-469/07 stwierdzono brak konieczności zastosowania przez Zamawiającego procedury unormowanej w art. 90 Pzp, ze względu na znikomą różnicę zakwestionowanej oferty w stosunku do innych złożonych ofert (10%) oraz niewielką różnicę w stosunku do ceny, za jaką przedmiotowe zamówienie realizowane jest aktualnie (13 gr). Wzięto więc pod uwagę zarówno ceny zaproponowane w innych ofertach, jak i aktualne ceny rynkowe. W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 09.03.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-210/07, orzeczono, iż *„wyznacznikiem rażąco niskiej ceny nie może być wyłącznie wartość zamówienia z podatkiem VAT, ale również tym wyznacznikiem powinny być ceny innych złożonych ofert.”* W innym orzeczeniu Zespołu Arbitrów z dnia 01.03.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/-546/06, stwierdzono iż: *„Skoro cena oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi około 62 % ceny oferty zawierającej najwyższą cenę i około 57 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług to w ocenie Zespołu Arbitrów Zamawiający powinien wszcząć postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak duża rozbieżność cen ofert, jeśli przyjmując, iż wartość szacunkowa zamówienia została ustalona prawidłowo, wskazuje bowiem na ewentualne ryzyko powierzenia zamówienia wykonawcy, który nie będzie w stanie za nią rzetelnie wykonać zamówienia”.*

Także przedstawiciele doktryny wyrażają pogląd, iż: *„Zamawiający powinien zareagować, w sytuacji, gdy cena oferty odbiega od szacunkowej wartości zamówienia o około 30% lub gdy różnią się znacząco od oferty konkurentów”* (stanowisko p. Ewy Wiktorowskiej Prezesa Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych).

Izba podkreśla, iż analiza orzecznictwa i zasady pragmatyki wskazują, iż istotne jest wystąpienie więcej niż jednego z elementów powodujących wątpliwości, aby wszcząć procedurę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

W przedmiotowym stanie faktycznym wartość szacunkowa zamówienia podstawowego kwota 1 786 068,91 zł. powiększona o podatek od towarów i usług (VAT w wysokości 22%)

daje wartość 2 179 004,07 zł. Oferta uznana za najkorzystniejszą (1 292 265,35 zł. brutto) jest o 40,69 % niższa od wartości szacunkowej powiększonej o VAT, a o 27,64 % od wartości szacunkowej. Oferta Odwołującego (1 768 086,85 zł. brutto) jest o 18,85 % niższa od wartości szacunkowej powiększonej o VAT, a o 1,01 % od wartości szacunkowej. Oferta ostatniego z uczestników przedmiotowego postępowania (1 844 820,88 zł. brutto) jest z kolei o 13,5 % niższa od wartości szacunkowej powiększonej o VAT, a o 3,29 % wyższa od wartości szacunkowej. Różnica cenowa pomiędzy ceną najniższą, a ceną Odwołującego wynosi 26,91 %, natomiast między ceną najniższą a najwyższą 31,07 %. Różnica między 2 i 3 ofertą pod względem cenowym wynosi 4,16 %.

Powyższe wyliczenia wskazują (ponad 40 % różnica od wartości przedmiotu zamówienia oraz prawie 27 % różnica w odniesieniu do oferty Odwołującego), iż istniały realne podstawy do zastosowania obligacyjnych procedur i celowym było przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 i 2 Pzp w celu ustalenia, czy Zamawiający ma do czynienia z ceną rażąco niską. Zgodnie bowiem z orzeczeniem ETS z dnia 22.06.1989 r. (C-103/88), Constanzo), niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia ofert poniżej pewnego poziomu. Wobec jego nie przeprowadzenia został przez Zamawiającego naruszony art. 90 ust. 1 i 2 Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - BUDIMER mimo złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, jak pisze Odwołujący w odwołaniu mimo, że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, niniejsze należy rozpatrywać w kontekście wcześniejszego zarzutu. Izba uznaje, iż jego definitywne rozstrzygnięcie uzależnione jest od zastosowania obligatoryjnej procedury wynikającej z art. 90 ust.1 i 2 Pzp.

Zgodnie z orzecznictwem KIO wyrok z dnia 11.04.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 273/08: *„ceną rażąco niską jest: „(.....), (...) ceną nierealną, tj. ceną, za którą nie można zrealizować przedmiotowego zamówienia. Tylko wówczas, zdaniem składu orzekającego Izby, mielibyśmy do czynienia z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia”. (Wyrok KIO z dn. 28.02.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 123/08). W innym orzeczeniu stwierdzono, iż za: „(...) ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą*

od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę”. (Wyrok KIO z dn. 09.01.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 1441/07). Podobnie w dalszym orzeczeniu, gdzie mówi się, iż: „Cenę za rażąco niską można by uznać w wypadku, jeżeli jest ona wyraźnie niższa od pozostałych zaoferowanych cen lub od wartości szacunkowej zamówienia. Zgodnie z internetowym Słownikiem języka polskiego PWN rażący to: rzucający się w oczy, wyraźny, bardzo duży”. (Wyrok KIO z dn. 14.02.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 73/07, KIO/UZP 74/08)”

Dokonując wykładni celowościowej przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp należy przyjąć, że oferta zawierająca rażąco niską cenę, to oferta, której ceny w realny sposób nie da się uzasadnić, cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25.05.2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-724/04).

W przedmiotowym stanie faktycznym podstawą zarzutu Odwołującego wobec oferty wybranej są wyliczenia z poz. 15 i 16 kosztorysu ofertowego pn.: „Przebudowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej ul. Nadrzeczna i Klasztorna w Kazimierzu Dolnym - Kanalizacja Sanitarna” oraz w poz. 16 i 17 w kosztorysie ofertowym pn.: „Przebudowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej ul. Nadrzeczna i Klasztorna w Kazimierzu Dolnym – Wodociąg”, gdzie Wykonawca BUDIMER wycenił ww pozycjach ułożenie nawierzchni mineralno bitumicznych asfaltowych o grubości 5 cm:

- warstwa wiążąca - 35,87 zł/m² - Kanalizacja sanitarna
- warstwa ścierna - 38,30 zł/m² - Kanalizacja sanitarna
- warstwa wiążąca - 36,17 zł/m² - Wodociąg
- warstwa ścierna - 35,92 zł/m² – Wodociąg.

Odwołujący na podstawie ofert podwykonawców, m.in. oferty podwykonawcy wykazanego przez firmę: BUDIMER podnosi, iż z uwagi na znaczący wpływ wskazanych pozycji na cenę ofertową, ich zaniżenie w sposób znaczący wpłynęło na wysokość ceny całej wybranej oferty, czyniąc ją nierealną, a roboty niemożliwe do wykonania w zakresie i standardzie wymaganym przez Zamawiającego.

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, iż podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Poznaniu, iż: „oceniając tylko jeden element oferty, Zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust.1 pkt. 4) Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie części oferty. Choćby nawet sama cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niską cenę całej oferty” (postanowienie z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 2194/05).

Ponadto, zdaniem Izby odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną nie jest wystarczające. Kosztorysy inwestorskie często nie odzwierciedlają rzeczywistych cen rynkowych. Podane w nich ceny jednostkowe odnoszą się np. do średnich cen

Sekocenbudu, a to z kolei powoduje nie uwzględnienie aktualnej sytuacji na rynku lokalnym. Zamawiający powinien był zatem wziąć to pod uwagę przy ocenie rażąco niskiej ceny (Wyrok KIO z dnia 21.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 691/08).

Z powyższych powodów tak istotne jest przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 i 2 Pzp, co nie miało miejsca w niniejszym stanie faktycznym.

W kosztorysie ofertowym firmy BUDIMER - wartość poz. 15 i 16 w odniesieniu do Kanalizacji Sanitarnej wynosi 89 745, 7 zł. netto, a poz. 16 i 17 w odniesieniu do Wodociągów wynosi 79 299 zł. netto, czyli łącznie: 169 044,70 zł. netto.

W kosztorysie ofertowym Odwołującego wynoszą one odpowiednio 181 100,7 zł. netto oraz 164 637 zł. netto, czyli łącznie: 345 737,7 zł. netto.

W kosztorysie ofertowym ostatniego z uczestników przedmiotowego postępowania wynoszą 137 528,6 zł netto oraz 125 026 zł. netto, czyli łącznie: 262 554, 6 zł. netto.

Powyższe, jak i pozycje, które nie zostały podniesione w proteście i odwołaniu, a dopiero podczas rozprawy (mimo, iż nie mogłyby być przedmiotem rozpatrywania z uwagi na rozszerzenie zarzutu), także dają podstawę do wątpliwości odnośnie ceny rażąco niskiej. Przedstawiona podczas rozprawy argumentacja przez Zamawiającego nie mogła być wzięta pod uwagę przez skład orzekający Izby, gdyż de facto potwierdziła konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Argumenty przedstawione muszą pochodzić od Wykonawcy, którego oferta została wybrana i być udokumentowane, tzn. udowodnione. Izba zauważa, że uzyskanie niniejszej wiedzy wymaga zachowania określonej procedury, wszelka wiedza uzyskana w sposób nieformalny z uwagi na art. 90 ust.1 i 2 Pzp nie może być podstawą do oceny, czy cena ma charakter rażąco niski. Oferta sama w sobie, a zwłaszcza kosztorys ofertowy, nie daje podstaw do definitywnego potwierdzenia przedłożenia lub też nie oferty cenowej rażąco niskiej. Ustalenia faktyczne muszą być poczynione na bazie materiału dowodowego, zebranego w postępowaniu o zamówienia publiczne.

Izba wzięła pod uwagę orzeczenia KIO (wyrok KIO z dnia 04.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 251/08 oraz wyrok KIO z dnia 22.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 319/08) oraz stanowisko zawarte w publikacji: M. Makowskiego: „Postępowanie wyjaśniające w sprawie rażąco niskiej ceny”. Kwartalnik PZP, Nr 1 (16) /2008.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała zarzut naruszenia art. 90 ust.1 i 2 Pzp, w odniesieniu do art. 89 ust.1 pkt. 4) Pzp uznała, iż jest on uzależniony od oceny wyjaśnień i środków dowodowych dostarczonych przez firmę BUDIMER w toku powtórzonyj czynności badania i oceny złożonych ofert.

Izba, uznając powyższy stan rzeczy, zauważa, iż Odwołującemu będą przysługiwać środki ochrony prawnej na dokonanej przez Zamawiającego ocenę złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami (art. 90 ust.3 Pzp).

Na marginesie Izba zauważa, że przedłużenie z własnej inicjatywy wadium przez Odwołującego jest dopuszczalne i zgodne z prawem. W jego wyniku Odwołujący nadal ma status uczestnika przedmiotowego postępowania przetargowego. Powyższe jest zgodne z orzecznictwem KIO (wyrok KIO z dnia 21.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 315/330/08) oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.05.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 194/07.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 Pzp poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania i ofert, w terminie niezwłocznym, jak pisze w odwołaniu poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu ofert w terminie umożliwiającym pełne zapoznanie się z nimi oraz ewentualne przygotowanie i złożenie protestu, w związku z błędnym pouczeniem o terminie wnoszenia protestów, Izba uznaje za niezasadny.

W SIWZ dla przedmiotowego postępowania Zamawiający zawarł zapis: „Uczestnicy postępowania mają prawo wglądu do treści protokołu wraz z załącznikami z wyjątkiem dokumentów lub informacji zastrzeżonych przez uczestników postępowania. Również na wniosek wykonawcy zamawiający prześle kopie protokołu pisemnie lub faxem. Udostępnienie zainteresowanym odbywać się będzie wg poniższych zasad: zamawiający udostępnia wskazane dokumenty po złożeniu pisemnego wniosku, zamawiający wyznacza termin, miejsce oraz zakres udostępnianych dokumentów, zamawiający wyznacza członka komisji, w którego obecności udostępnione zostaną dokumenty, zamawiający umożliwi kopiowanie dokumentów nieodpłatnie, udostępnienie może mieć miejsce wyłącznie w siedzibie zamawiającego oraz w czasie godzin jego urzędowania.” (Rozdz. XVIII SIWZ) Zamawiający w odpowiedzi na wniosek z dnia 10.07.2008 r. o udostępnienie ofert wykonawców biorących udział w przedmiotowym przetargu przesłał faxem 11.07.2008 r. informacje (zgodnie z Rozdz. XVIII SIWZ) o wyznaczeniu terminu na dzień 14.07.2008 r.

Izba uznaje, iż wyznaczenie terminu na udostępnienie ofert na 14.07.2008 r. nie naruszało prawa Odwołującego do składania środków ochrony prawnej, ani art. 7 ust.1 Pzp. Wobec przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w trybie art. 92 ust.1 Pzp w formie pisemnej do wszystkich uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego w dniu 08.07.2008 r. bieg terminu na składania środków ochrony prawnej rozpoczął się od dnia otrzymania stosownego zawiadomienia, w przypadku Odwołującego od dnia 11.07.2008 r. i upływał 18.07.2008 r.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko zawarte w wyrokach KIO z 28.02.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 113/124/08 oraz z dnia 11.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 654/08 uznając, że bez znaczenia dla rozpoczęcia biegu terminu na złożenie protestu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu jest data zamieszczenia informacji o wynikach postępowania na stronie internetowej Zamawiającego, czy też np. jego tablicy ogłoszeń. Stosownie bowiem do treści art. 92 ust. 2 Pzp, Zamawiający ma obowiązek zamieścić na stronie internetowej i tablicy ogłoszeń informacje o wynikach postępowania w ograniczonym zakresie. Zamieszcza tam bowiem wyłącznie informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej (informacje, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp). Pełna informacja o wynikach postępowania, tj. ewentualnie o ofertach odrzuconych, czy wykluczeniu wykonawców z udziału w postępowaniu jest przesyłana wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu – stosownie do dyspozycji ust. 1 art. 92 Pzp. Od tego momentu (doręczenia pełnej informacji o wynikach postępowania) – na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp – rozpoczyna swój bieg termin na złożenie protestu. Izba odnosząc się do argumentacji Odwołującego, zwraca uwagę na zmianę tekstu pierwotnego art. 92 Pzp z 2004 r., nowelizacją - Ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. (Dz.U.06.79.551) zmieniającej niniejszą ustawę z dniem 25 maja 2006 r., oraz Ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. (Dz.U.07.82.560) zmieniającej niniejszą ustawę z dniem 11 czerwca 2007 r. Uznanie argumentacji Odwołującego czyniłoby instytucję zawiadamiania o wyborze oferty najkorzystniejszą zbędną, co nie tylko w świetle art. 92 ust.1 Pzp, ale art. 94 ust.1 Pzp: „Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty (.....)” oraz art. 180 ust. 6 Pzp: „Wniesienie protestu jest dopuszczalne tylko przed zawarciem umowy” jest wnioskiem niedopuszczalnym. Okoliczność, iż w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący powziął stosowną informację w dniu 08.07.2008 r. ze strony internetowej Zamawiającego nie ma znaczenia, gdyż uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mają obowiązku systematycznego monitorowania strony internetowej Zamawiającego, a Zamawiający z uwagi na sformalizowany charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi mieć pewność co do zaistnienia określonych stanów faktycznych. Odnośnie kwestii niezwłocznego charakteru udostępnienia ofert, Izba podziela pogląd zawarty w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 25.04.2002 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-344/2002, który mimo, że odnosił się do udostępnienia protokołu, ma także zastosowanie do udostępnienia ofert. Zgodnie z nim: „udostępnienie protokołu powinno nastąpić bez zbędnej zwłoki na żądanie Odwołującego się. Trudno uznać, że umożliwienie dostępu do żądanych dokumentów po upływie 7 dni jest spełnieniem wymogu ustawy”.

Mając na uwadze, iż niezwłocznie to bez zbędnej zwłoki lub po ustaniu przyczyny uniemożliwiającej dokonanie czynności, Izba uznała, że w przedmiotowym stanie faktycznym udostępnienie ofert nastąpiło w terminie umożliwiającym korzystanie przez Odwołującego ze

środków ochrony prawnej, jak również w zgodzie z art. 96 ust.3 Pzp oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 87 poz. 606), którego konkretyzacje stanowił Rozdz. XVIII SIWZ.

Podsumowując Izba stwierdza, iż z uwagi na nie potwierdzenie się w/w zarzutów nie miało miejsca naruszenie przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 Pzp.

Jednocześnie, wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*