

WYROK

z dnia 16 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Honorata Łopianowska
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Pana Rafała Ślusarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno – Inżynierskie „PROSTA-PROJEKT” w Piotrkowicach, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach - w trybie przetargu nieograniczonego na „*Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 765 Chmielnik-Osiek [dofinansowanie obejmuje odcinek Chmielnik-Staszów]*”,

przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego – MP - MOSTY spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie - po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Pana Rafała Ślusarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno – Inżynierskie „PROSTA-PROJEKT” w Piotrkowicach i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] z kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego - Pana Rafała Ślusarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno – Inżynierskie „PROSTA-PROJEKT” w Piotrkowicach.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 765 Chmielnik-Osiek [dofinansowanie obejmuje odcinek Chmielnik-Staszów]” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.] wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia wynosi 3.323.000,00 zł [865.590,00 euro].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 220-337097 w dniu 12 listopada 2011r.

Zamawiający w dacie 28 stycznia 2011r. powiadomił wykonawców dokonaniu oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 90 ust. 3 tej ustawy. Od czynności odrzucenia oferty Odwołujący w dniu 7 lutego 2011r. wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i bezpodstawne uznanie że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania;
- 2) art. 90 ust. 3 Prawo zamówień publicznych - poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i bezpodstawne uznanie, że wyjaśnienia Odwołującego co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania;
- 3) art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez złamanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że:

- cena oferty Odwołującego wynosiła 671.580,00 złotych brutto, a cena oferty wykonawcy wybranego wynosiła 885.600,00 [cena oferty Odwołującego stanowiła ponad 75% ceny oferty wybranej];

- wezwany do złożenia wyjaśnień. Odwołujący podał szereg czynników które wpływają na cenę oferty [powodują jej obniżenie]. Oceniając te wyjaśnienia Zamawiający stwierdził, że są to informacje ogólnikowe i nie wystarczające. Jednocześnie Zamawiający przyjął wyjaśnienia wykonawcy MP - MOSTY Sp. z o.o. i wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. O ile w przypadku wyjaśnień Odwołującego nie można [wbrew stanowisku Zamawiającego] mówić o ogólnikowości, to na pewno takie są wyjaśnienia MP - MOSTY Sp. z o.o. Wykonawca ten nie podał w zasadzie żadnych czynników wpływających na obniżenie ceny, ograniczając się do ogólnych stwierdzeń, że jego oferta nie jest rażąco niska;

- Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu jednej oferty, a uznając drugą ofertę za ważną winien w sposób nie budzący wątpliwości uzasadnić swoje stanowisko. Tymczasem Zamawiający podjął arbitralną decyzję, która nie ma żadnego uzasadnienia - za takie uzasadnienie nie można brać twierdzeń Zamawiającego, że *„Wykonawca zamierza zdobywać doświadczenie zawodowe oraz zwiększyć prestiż firmy ucząc się na realizacji zadania, które winno zostać wykonane profesjonalnie i zgodnie z wymaganiami SIWZ”*. Jeżeli Zamawiający uznał, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu [a uznał tak, ponieważ nie wykluczył Odwołującego z postępowania], to jednocześnie uznał, że Odwołujący posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie do wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie nie ma potrzeby ich zdobywania w trakcie realizacji prac;

- Zamawiający stwierdził, że *„tak niska kalkulacja dotycząca przedmiotu zamówienia tworzy uzasadnione podejrzenie, że zadanie może być realizowane poniżej kosztów wytworzenia usługi”*, z czego wynika, że decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający podjął na podstawie swoich przypuszczeń i podejrzeń, a nie na podstawie faktów i pewności o słuszności postępowania;

- zasadność podniesionych zarzutów potwierdzają wyroki KIO z dnia 6 maja 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 632/10, z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08, z dnia 5 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO 2318/10, a przede wszystkim z dnia 26 stycznia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1701/10;

- treść wniosku jaki został skierowany do Odwołującego nie wskazuje wątpliwości Zamawiającego, ogranicza się jedynie do przepisania postanowień ustawy. Zamawiający związany zasadami prawa

zamówień publicznych, w szczególności zasadami wskazanymi w rozdziale 2 ustawy, ale też nie wyartykułowanymi wprost lecz wynikającymi z regulacji ustawy powinien dążyć do jak najbardziej przejrzystego prowadzenia postępowania, którego celem jest udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący na wniosek Zamawiającego udzielił wyjaśnień, wskazał elementy oferty, które wpłynęły na dokonanie takiej wyceny realizacji zamówienia. Zamawiający przytaczając jedynie ustawowe regulacje nie wypełnił treścią własnego żądania, a tym samym spowodował brak możliwości odniesienia się Odwołującego do wątpliwości Zamawiającego. Jasne i przejrzyste w swej treści wezwanie Zamawiającego dawałoby wykonawcy możliwość bardziej precyzyjnego wyjaśnienia ceny oferty. Odwołujący ustosunkował się do wezwania Zamawiającego, udzielił wyjaśnienia, w którym zawarł informacje na temat elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny [tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 sierpnia 2010 roku sygn. akt KIO 1515/10];

- określona w art. 90 ustawy procedura ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy, na co wskazał w wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu [X Ga 140/08] dlatego też oświadczenie wykonawcy, który składa wyjaśnienia stanowi podstawę w zakresie oceny wyjaśnień dokonywanej przez Zamawiającego. W oświadczeniu złożonym na wezwanie Zamawiającego Odwołujący poinformował, że w oferowanej cenie ujął wszystkie koszty wynikające z SIWZ. Ocena oświadczenia nastąpiła poprzez przypisanie mu wiarygodności i braku takiej wiarygodności. Taki sposób oceny wyjaśnień nie znajduje umocowania w ustawie, a więc nie może zostać uznany za prawidłowy. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał te elementy oferty, które były podstawą wykreowania zaoferowanej w ofercie ceny oraz odwołał się do czynników jakie miały wpływ na taką kalkulację oferty.

- W końcowej części informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający podał, iż swoją decyzję oparł na własnej kalkulacji kosztów, która opiewa na kwotę 837.970,62 zł brutto. Zdaniem Zamawiającego kalkulacja ta zawiera wszystkie elementy cenotwórcze i przyjmuje ich minimalne koszty. Odwołującemu nie jest znana ta kalkulacja ani jej rzetelność, jednakże można przypuszczać, że nie uwzględni ona czynników obniżających cenę, na które Odwołujący powoływał się w złożonych wyjaśnieniach. Ponadto, cena oferty Odwołującego nie odbiega znacząco od tej kalkulacji [stanowi przeszło 80% jej wartości], co powoduje że nie można mówić o rażących dysproporcjach uzasadniających tezy o rażąco niskiej cenie oferty Odwołującego.

- Odwołujący w odwołaniu przeprowadził szczegółową kalkulację kosztów, która wskazuje, iż wykonanie zamówienia za oferowaną cenę jest jak najbardziej możliwe i nie grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia.

Do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania przez Pana Rafała Ślusarskiego, prowadzącego działalność pod nazwą Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno – Inżynierskie „PROSTA-PROJEKT” w Piotrkowicach, zgłosił przystąpienie i został dopuszczony do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca MP - MOSTY Sp. z o.o. w Toruniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie podzielono wniosku wykonawcy Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego o odrzucenie odwołania, uzasadnionego złożeniem odwołania przez podmiot nieuprawniony. Wbrew stanowisku Przystępującego, oznaczenie Odwołującego tylko poprzez wskazanie nazwy, pod jaką Odwołujący jako osoba fizyczna prowadzi działalność gospodarczą oraz podpisanie odwołania osobiście przez Odwołującego Pana Rafała Ślusarskiego ze wskazaniem „*Dyrektor Generalny*”, pomimo, że przepisy nie przewidują takiego organu dla osoby prowadzącej działalność gospodarczą, nie stanowi o złożeniu odwołania przez podmiot nie będący wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu; nie posiadający legitymacji do złożenia odwołania. Nie ulega bowiem wątpliwości nazwa i oznaczenie Odwołującego [szczególnie w kontekście dołączenia do odwołania zaświadczenia z Urzędu, w którym zarejestrowano działalność gospodarczą Odwołującego, gdzie podano jako nazwę przedsiębiorcy dokładnie to samo oznaczenie jak w odwołaniu] a także reprezentacja Odwołującego przez osobę, która w imieniu Odwołującego złożyła odwołanie. Posłużenie się dodatkowym, zbędnym dla określenia statusu osoby podpisującej odwołanie tytułem czy oznaczeniem nie znajdującym odzwierciedlenia w odpowiednich przepisach nie oznacza, że osoba ta nie jest uprawniona do reprezentacji Odwołującego.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania [zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych] czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego, uznano że w analizowanym zakresie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które – w myśl regulacji art. 192 ust. 2 ustawy, miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

Zamawiający dokonał samodzielnej wyceny wartości zamówienia, w wysokości 3,5 % wartości robót budowlanych, ustalając ją na kwotę 3.323.000,00 zł, to jest 865.590,00 euro [protokół postępowania – cz. 2 Przedmiot zamówienia].

W przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało 12 ofert z następującymi cenami: PBO CONTEK w Kielcach – z ceną 3.493.200,00 zł; MGGP SA w Tarnowie – z ceną 2.200.174,80 zł; konsorcjum APIA XXI I.A.K. sp. komandytowa w Warszawie i APIA XXI SA, Santander – z ceną 2.145.120,00 zł; ECM Group Polska w Warszawie – z ceną 2.055.330,00 zł; MBI – Małopolskie Biuro Inwestycyjne w Krakowie – z ceną 1.917.877,50 zł; Tebodin Poland sp. z o.o. w Warszawie – z ceną 1.541.190,00 zł; konsorcjum WYG International sp. z o.o. w Warszawie i B-Act sp. z o.o. w Bydgoszczy – z ceną 1.390.800,00 zł; Bud-Invent sp. z o.o. w Warszawie – z ceną 1.189.000,00 zł; Biuro Consultingowe Sztorc, Wysocka „DROKONT” sp. j. w Kielcach – z ceną 986.500,00 zł; DDG Sp. z o.o. sp. komandytowa w Białej Podlaskiej – z ceną 934.800,00 zł; MP – Mosty sp. z o.o. w Krakowie – z ceną 885.600,00 zł oraz oferta Odwołującego – z ceną 671.580,00 zł.

Zamawiający po analizie złożonych ofert wezwał pięciu wykonawców: Odwołującego a także MP-Mosty w Krakowie; Biuro Consultingowe Sztorc, Wysocka „DROKONT” sp. j. w Kielcach; DDG Sp. z o.o. sp. komandytowa w Białej Podlaskiej oraz Bud-Invent sp. z o.o. w Warszawie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych [pisma Zamawiającego do wymienionych wykonawców z dnia 14 stycznia 2011r.]. Jednocześnie Zamawiający dokonał

własnej analizy i wyceny minimalnych nakładów niezbędnych dla realizacji zamówienia, na podstawie specyfikacji technicznej przedmiotowego zamówienia [pismo Zamawiającego z dnia 17 stycznia 2011r. - *Wycena własna Zamawiającego zgodnie ze specyfikacją techniczną z uwzględnieniem minimalnych nakładów dla realizacji zadania*], na podstawie której ustalił minimalne koszty wykonania zamówienia w wysokości 837.970,62 zł. Na rozprawie Zamawiający podał, że tak dokonana wycena nie obejmuje zysku wykonawcy.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach [pismo Odwołującego z dnia 19 stycznia 2011r.], podał następujące okoliczności mające wpływ na wysokość ceny:

- 1) Wykonawca dysponuje przenośnymi, w pełni umeblowanymi, kontenerami biurowymi, które zostaną dostarczone na w/w kontrakt i będą służyły jako biuro nadzoru - nie będzie zachodziła konieczność wynajmowania pomieszczeń biurowych,
- 2) Wykonawca posiada niezbędny do wykonania przedmiotu zamówienia sprzęt komputerowy z legalnym oprogramowaniem oraz sprzęt do kopiowania i powielania dokumentów, którego jest właścicielem - nie będzie potrzeby zakup w/w sprzętu;
- 3) Wykonawca posiada umowy na dostęp do internetu i faksu bezprzewodowego oraz telefonów komórkowych, za które i tak płaci co miesięczną opłatę - koszty opłat abonamentowych obciążają Wykonawcę zarówno w czasie czynnego wykorzystywania sprzętu, jak i w okresach, gdy nie jest on używany;
- 4) Wykonawca jest właścicielem środków transportu niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, za które płaci stałe opłaty roczne, a które w tej chwili są nieużywane - wykorzystanie ich na w/w budowie nie spowoduje poniesienia dodatkowych kosztów;
- 5) wszyscy wymienieni w ofercie eksperci przewidziani do realizacji w/w kontraktu, mieszkają na terenie gmin przez, które przebiega planowana inwestycja, a więc w niewielkiej odległości od przedmiotowego placu budowy [w bezpośrednim jego sąsiedztwie] - pozwala to uniknąć kosztów dojazdów na budowę;
- 6) w chwili obecnej końca dobiegają realizowane przez Wykonawcę kontrakty - zaistniała konieczność wygrania kolejnego zadania, które zapewni zatrudnienie ekspertom [wynagrodzenie za ich pracę zostało sprowadzone do niezbędnego minimum];
- 7) lokalizacja przedmiotowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 765 będącego we władaniu ŚZDW w Kielcach, będzie znajdowała się w odległości najbliższej z możliwych od siedziby biura i miejsca zamieszkania ekspertów - wszystkie inne odcinki dróg wojewódzkich należących do ŚZDW w Kielcach będą znajdowały się tylko w większej odległości i będą powodowały wzrost kosztów;

- 8) po zakończeniu realizacji inwestycji, która zostanie wykonana należycie, Wykonawca zyska kolejne „Doświadczenie” - uzyskane referencje pozwolą podnieść prestiż doświadczenie oraz umożliwią wzięcie udziału w kolejnych, większych inwestycjach, a co za tym idzie dalszy rozwój firmy;
- 9) Wykonawca doskonale zna przedmiotowy odcinek drogi wojewódzkiej nr 765 jak i pobliską okolicę na terenie, których ma się odbywać w/w przebudowa - znajomość okolicy jak i miejscowych problemów samorządowych oraz społecznych może okazać się dodatkowym atutem w czasie realizacji kontraktu;
- 10) po szczegółowym zapoznaniu się z Dokumentacją Projektową na podstawie, której ma być realizowana przebudowa przedmiotowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 765 Wykonawca ocenił, że zaproponowana technologia, przy sprawnej organizacji Wykonawcy Robót, pozwoli na skrócenie czasu realizacji robót budowlanych i wykonać je przed terminem umownym - dzięki temu zespół ekspertów będzie pracował o kilka miesięcy krócej niż przewiduje to Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia;
- 11) eksperci Wykonawcy od kilku lat uczestniczą w projektowaniu, nadzorowaniu i ocenie jakości wykonania podbudów realizowanych metodą recyklingu głębokiego z mieszanek mineralno-cementowo-emulsyjnych [MCE] zarówno wykonywanych na miejscu jak i w wytwórniach stacjonarnych, a technologia wykonania warstw asfaltowych jak i innych rozwiązań technicznych zawartych w Dokumentacji Projektowej jest również doskonale znana - powyższe umiejętności i doświadczenie pozwolą Wykonawcy na szybką i precyzyjną ocenę jakości prac Wykonawcy Robót, co gwarantować będzie Zamawiającemu osiągnięcie wysokiej jakości wykonanych robót budowlanych oraz umożliwi szybki postęp robót;
- 12) Wykonawca przy kalkulowaniu ceny oferty brał również pod uwagę obecnie panujące ceny rynkowe jakie oferuje konkurencja za podobne zamówienia - oferta została wyceniona w taki sposób, aby zapewniła możliwie najkorzystniejszą cenę, a jednocześnie dawała możliwość otrzymania zamówienia spełniając jednocześnie wszystkie wymagania SIWZ.

Przechodząc do analizy zarzutów podniesionych w odwołaniu, dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący nie kwestionuje zasadności samego wezwania a jedynie odrzucenie Jego oferty z powodu nieuznania wyjaśnień za wystarczająco wyczerpujące. Podkreślenia w tym miejscu wymagało, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego

można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską cenę. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie [tak też: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05]. Nie można także, co przeczy zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu [tak też: orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989r., w sprawie C-103/8 - „Fratelli Constanzo”]. Tym samym, Zamawiający nie jest w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania rażąco niskiej ceny w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia. Wielokrotnie orzecznictwo KIO jak i sądowe wskazywało, że: „ustawa „prawo zamówień publicznych” nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie”. [Wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 12.06.2008r., sygn. akt: X Ga 140/08], jak i KIO [wyrok KIO z dnia 13 marca 2009r., sygn. akt: KIO/UZP 249/09, czy też wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 284/09], że: „Pojęcie „rażąco niska cena” nie jest zdefiniowane w ustawie Prawo zamówień publicznych. W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość [vide: postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05] oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalenie, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela pogląd, iż cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego [wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 [„Transporoute”] i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 [„Fratelli Costanzo”]]. Podzielono w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej [wyrok KIO z dnia 24 marca 2009r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09]. Nie wolno bowiem zapominać, że:

„zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie” [wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08]. Powyższe przemawiało za uznaniem, że Zamawiający zasadnie powziął wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny w ofercie Odwołującego i zasadnie wyraził je wzywając do wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odniesieniu do oferty Odwołującego, rozpiętość cen w złożonych w postępowaniu ofertach oraz okoliczność, że cena tego wykonawcy istotnie odbiega od średniej cen zaoferowanych w postępowaniu nakazywała zastosowanie regulacji zawartej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślenia dalej wymagało, iż niezasadnym jest stanowisko Odwołującego, że treść wniosku, jaki został skierowany do Odwołującego nie wskazuje wątpliwości Zamawiającego, ogranicza się jedynie do przepisania postanowień ustawy, a także że Zamawiający przytaczając jedynie ustawowe regulacje nie wypełnił treścią własnego żądania, a tym samym spowodował brak możliwości odniesienia się Odwołującego do wątpliwości Zamawiającego, przy czym jasne i przejrzyste w swej treści wezwanie Zamawiającego dawałoby wykonawcy możliwość bardziej precyzyjnego wyjaśnienia ceny oferty. Powyższe stanowisko Odwołującego, jest o tyle niezasadne, że Zamawiający nie musi dysponować wiedzą znaną tylko wykonawcy, które elementy konstrukcyjne ceny oferty, w taki czy inny sposób skalkulowano, które z nich podlegały obniżeniu i jaka była ku temu przyczyna. To wykonawca posiada stosowną wiedzę w tym zakresie. Nadto wskazania w tym miejscu wymaga, że z momentem wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Skutkiem powyższego jest wniosek, że niezależnie od szczegółowości wezwania, inicjatywa dowodowa, zakres informacji, jakie zostaną złożone w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie należą do wezwanego wykonawcy, bowiem to jego zadaniem jest wykazanie że cena nie jest rażąco niska. Zamawiający nie musi precyzować, jak szczegółowe mają być wyjaśnienia, wystarczy wskazanie treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zauważyć w tym miejscu należy, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Jednakże, z momentem powzięcia

przez zamawiającego wątpliwości co do tego, czy w konkretnej sytuacji cena nie ma charakteru rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powyższe domniemanie zostaje obalone i to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cenę skalkulowano w sposób rynkowy.

Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają – w myśl art. 90 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych - ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. *Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej* [tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06].

Powyższe determinuje wymóg, aby owe wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych były wyczerpujące, miały charakter skonkretyzowanych do sytuacji wykonawcy, odnosiły się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie tutaj nawiązuje do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W różnych sytuacjach, zależnie od przedmiotu zamówienia, czasu jego trwania, konieczne jest zaangażowanie różnych środków produkcji, a tym samym inne nakłady [elementy cenotwórcze] będą uwzględniane w kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, niemniej jednak zawsze cena jest pochodną przynajmniej kilku kosztów, które się na nią składają. Stąd wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że opisanych wyżej warunków nie spełniają wyjaśnienia, które złożone zostały przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu.

Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego należało uznać za nazbyt ogólne i nie pozwalające na przesądzenie, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Podzielono w tym zakresie ocenę wyrażoną przez Zamawiającego. Za takim wnioskiem przemawiają ogólne formuły powyższego wyjaśnienia, nawiązujące do nieskonkretyzowanych okoliczności a także fakt, że nie sposób na podstawie tak dokonanych wyjaśnień wywieść, jakie w istocie elementy cenotwórcze uwzględniono w cenie a także, w jaki sposób zasygnalizowane przez Odwołującego w wyjaśnieniach okoliczności [swego rodzaju oszczędności i brak potrzeby ponoszenia wyszczególnionych wydatków, jak np. wynajmu kontenerów, zakupu usług internetowych telefonicznych, zakupu komputerów, oprogramowania, środków transportu] przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu. Zwrócić trzeba uwagę, że każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie posiada stopień zorganizowania, zasoby, które również znajdowały odzwierciedlenie w cenach zaoferowanych w postępowaniu. Wyjaśnienia Odwołującego, z uwagi na ich ogólny charakter, nie pozwalają zatem stwierdzić powodów, dla których cena Jego oferty tak dalece odbiega od ofert innych wykonawców [przy ogólnej, znacznej rozpiętości cen zaoferowanych w postępowaniu] jak również, jak tę cenę skalkulowano. Istotnie, jak trafnie dostrzegł Zamawiający, część tych wyjaśnień [co dotyczy zawartych w pkt 6, 8 11 i 12 wyjaśnień] w ogóle nie tłumaczy kwestii ustalenia ceny, a zawiera wyjaśnienie motywacji ubiegania się o zamówienie, takie jak dobieganie końca aktualnych przedsięwzięć i potrzeba „zagospodarowania” zasobów ludzkich, chęć uzyskania nowego doświadczenia oraz podniesienia prestiżu firmy, wskazuje na ogólne doświadczenie firmy i dobrą znajomość strony technicznej przedsięwzięcia a także uwzględnienie konkurencji panującej na rynku. Zawarta w pkt 10 wyjaśnień argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą *po zapoznaniu się z Dokumentacją Projektową na podstawie, której ma być realizowana przebudowa przedmiotowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 765 Wykonawca ocenił, że zaproponowana technologia, przy sprawnej organizacji Wykonawcy Robót, pozwoli na skrócenie czasu realizacji robót budowlanych i wykonać je przed terminem umownym - dzięki temu zespół ekspertów będzie pracował o kilka miesięcy krócej niż przewiduje to Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia* nie przekonuje o właściwej kalkulacji ceny, to jest uwzględnieniu w niej ewentualnych oszczędności, których wynikiem miałyby być zastosowanie technologii, w wyniku której podmiot trzeci – wykonawca robót budowlanych będzie mógł szybciej przeprowadzić etap robót

budowlanych, wydaje się być warunkową, opartą na okolicznościach o znacznym stopniu niepewności, a z całą pewnością bazującą na przesłankach pozostających poza zakresem wykonawcy, skoro to Zamawiający oraz wykonawca robót budowlanych będą mieć zasadniczy wpływ na postęp tych robót oraz ich ewentualne przyspieszenie. Jak podał na rozprawie Zamawiający, realizacja robót budowlanych dotycząca rozbudowy drogi wojewódzkiej numer 765 Chmielnik - Osiek jest zaplanowana na okres do 30 września 2012r. zaś zarządzanie i nadzór przewidziano w okresie o miesiąc dłuższym czyli do 31 października 2012r. Niewątpliwym jest więc, że cena za wykonanie zamówienia winna zostać skalkulowana w oparciu o założenie że czynności Inżyniera Kontraktu (zarządzanie i nadzór nad robotami budowlanymi) będą trwać przynajmniej przez okres określony w umowie, a z całą pewnością roboty budowlane są zaplanowane do końca września 2012r. Nie można także wykluczyć, że czynności będą wykonywane dłużej – zgodnie z treścią § 2 ust. 2 i 3 projektu umowy, *Termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy ustala się na dzień zakończenia i rozliczenia Kontraktu tj. 31.10.2012 r. z uwzględnieniem okresu gwarancji udzielonego na roboty budowlane. Planowany termin zakończenia robót budowlanych - 30.09.2012 r. Okres gwarancji udzielony na roboty budowlane - 36 miesięcy. Czas trwania usługi nadzoru nad robotami może ulec wydłużeniu stosownie do trwania robót budowlanych. Inżynier Kontraktu zobowiązuje się świadczyć usługi do czasu faktycznego zakończenia robót oraz końcowego rozliczenia Kontraktu.* Tę część wyjaśnień Zamawiający zasadnie uznał zatem za niewiarygodne.

Na podstawie wyjaśnień Odwołującego złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie sposób ustalić jakiego rodzaju koszty i nakłady skalkulowano w cenie – a w konsekwencji – czy cena ma charakter rynkowy. Nie może tych wyjaśnień zastąpić zamieszczona dopiero w odwołaniu szczegółowa kalkulacja. Zasadą jest bowiem, że wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych składane są do Zamawiającego w terminie wskazanym w wezwaniu. Uznanie za dopuszczalne zastąpienie przedmiotowych wyjaśnień odwołaniem, którym zostanie zaprezentowany właściwy mechanizm kalkulacji ceny wraz z jej elementami, stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołanie nie może bowiem stanowić substytutu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – stanowi ono środek ochrony prawnej, zmierzający w tym wypadku do kontroli poprawności czynności Zamawiającego, to jest oceny tych wyjaśnień a w konsekwencji – decyzji o odrzuceniu oferty.

Finalnie uznano, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że wykonawca ten – zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - wymienił elementy kalkulacyjne ceny i wykazał, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej.

W zakresie argumentacji Odwołującego wskazującej na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazującej na to, że wyjaśnienia na podstawie art. 90 ustawy wykonawcy, którego ofertę wybrano w postępowaniu są równie ogólne, dostrzeżono, iż:

- Odwołujący nie kwestionuje w odwołaniu wyboru oferty MP – Mosty sp. z o.o. w Krakowie;

- w zakresie popierania powyższego zarzutu Odwołującemu nie sposób przyznać posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia, względnie możliwości poniesienia szkody w związku z zarzucanymi naruszeniami, o czym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przywołanym przepisem art. 179 ust. 1 ustawy, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Należy zwrócić uwagę, iż w świetle brzmienia tego przepisu, odwołujący ma wykazać już posiadanie nie interesu prawnego [jak to było na gruncie przepisów przed nowelizacją] - ale interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody.

Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności zarzutu, w okolicznościach sprawy, że oferta Odwołującego jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu, interes tego wykonawcy realizuje się poprzez posiadanie, względnie utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważna i nie podlegająca odrzuceniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione [droższe, przy jedynym kryterium oceny ofert stanowiącym cenę] nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty Odwołującego pozostaje neutralne dla tego wykonawcy.

Odwołujący nie wykazał, iż poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w zakresie oceny oferty wykonawcy MP- Mosty sp. z o.o. w Krakowie.

Przede wszystkim należy zauważyć, iż ani w kodeksie cywilnym ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednak trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecnictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczne jest tym samym wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. [sygn. akt V CSK 18/08, Lex nr 424431] następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Na gruncie analizowanej sprawy, wobec zasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, ewentualne żądanie odrzucenia oferty wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą pozostaje neutralne dla pozycji Odwołującego w tym postępowaniu [możliwości uzyskania przez Odwołującego zamówienia].

Zamawiający przyjął wyjaśnienia wykonawcy MP – Mosty sp. z o.o. w Krakowie [a także pozostałych trzech wykonawców] za miarodajne, uznając na podstawie samodzielnie dokonanej wyceny kosztów realizacji zamówienia [ustalonej w dniu 17 stycznia 2011r. na 837.970,62 zł], że ceny tych wykonawców pozwalają za podane w tych ofertach kwoty zrealizować zamówienie, nie unieważniając dokonanych uprzednio czynności wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust.

1 ustawy Prawo zamówień publicznych skierowanych do wybranego wykonawcy [co byłoby dopuszczalne w ramach własnego uprawnienia Zamawiającego – vide: wyroki KIO z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10; 23 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1939/10]. Podniesioną przez Odwołującego argumentację, jako że nie mogła ona być rozpatrywana ze wskazanych wyżej względów, pozostawiono zatem do oceny Zamawiającego.

Mając na względzie powyżej zaprezentowaną argumentację, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym wykonawca Pan Rafał Ślusarski - Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno – Inżynierskie „PROSTA-PROJEKT” w Piotrkowicach nie wykazał, że cena wskazana w jego ofercie ma charakter rynkowy i została skalkulowana w sposób czyniący zadość zasadom uczciwej konkurencji.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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].

Przewodniczący: