Sygn. akt KIO 2086/15

WYROK
z dnia 8 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2015 r. przez wykonawcę: **Kalitta L.S. Sp. z o.o., ul. Toruńska 33, 85-023 Bydgoszcz**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa 4229, ul. Pretficza 28, 50-984 Wrocław**

orzeka:

1) oddala odwołanie;
2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Kalitta L.S. Sp. z o.o., ul. Toruńska 33, 85-023 Bydgoszcz i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2086/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Jednostka Wojskowa 4229 we Wrocławiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Dostawę kontenerów chłodniczych, polowych ciągów wydawczych z zadaszeniem, namiotów do kasyna polowego oraz kuchni polowych KPŻ”* (znak sprawy: MAT/2012-346/2015), na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”, „ustawą” lub „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04/07/2015 r. pod numerem 2015/S 127-232355.

I. Odwołujący - wykonawca: Kalitta L.S. Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy - wniósł odwołanie wobec - jak określił - bezprawnego zaniechania wezwania wykonawcy Allgast R. J. z siedzibą w Bydgoszczy, do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień w przedmiocie podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną w zakresie zadania nr 2 oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1, a także art. 90 ust. 1 Pzp. Wniósł o:
1) uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej i wezwanie wykonawcy Allgast R. J. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący wskazał, że jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, zatem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Uzasadnienie odwołania.

Pismem z dnia 16 września 2015 r., przekazanym faksem w tym samym dniu,

zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez firmę Allgast R. J. .
W zadaniu nr 2 złożone zostały następujące oferty z cenami:
1. Allgast R. J. - 2 982 750,00 zł;
2. Igloo - 3 444 000,00 zł;
3. Swisspol LTD Sp. z o.o. - 3 427 124,00 zł;
4. Kalitta L.S. Sp. z o.o. - 3 422 967,00 zł.

Trzy oferty zostały złożone na tym samym poziomie cenowym, różnice pomiędzy nimi 2

---

stanowią bardzo niewielki odsetek, podczas gdy oferta złożona przez Allgast R. J. znacznie odbiega od tego poziomu. Cena oferty złożonej przez Allgast R. J. nie osiągnęła pułapu niższego niż 30% cen wszystkich ofert; jednakże, zważywszy na specyfikę zamówienia i ograniczony krąg producentów przygotowanych technologicznie do realizacji zamówienia, wykazana różnica winna budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości realizacji umowy za zaoferowaną cenę, zwłaszcza że wykonawca nie jest producentem (jak większość z pozostałych oferentów), ale dystrybutorem oferowanych urządzeń.

Odwołujący dwukrotnie (pisma z 9 i 15 września 2015 r.) wskazywał zamawiającemu na konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej i fakt zaistnienia podstaw do powzięcia wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ. Mimo to zamawiający nie uznał za konieczne wezwać wykonawcy do wyjaśnień i dokonał wyboru oferty jako najkorzystniejszej.

W opisie przedmiotu zamówienia, w zakresie zadania nr 2, zamawiający szczegółowo sprecyzował bardzo rygorystyczne wymagania techniczne. W szczególności dotyczy to następujących wymogów i parametrów: -użycie wysokiej jakości stali nierdzewnej 1.4301 (AISI 304); -wykonanie blatów z blach o grubości min. 1,5÷2,0mm; -zastosowanie profili 40x40 o grubości ścianki min. 1,2mm; -przystosowanie do zmiennych warunków klimatycznych, temperatur w zakresie -30÷+50° wysokiej wilgotności, pracy podczas C, opadów deszczu i śniegu, częstych rozładunków i załadunków; -użycie tkaniny z atestami na WO (wodoodporność), WD (gnilność), OG (ogniowa); -trwałość konstrukcja i zastosowane materiały obliczone na eksploatację przez minimum 20 lat; -zagwarantowanie serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego przez okres 10 lat od daty dostawy.

Powyższe wymagania stanowią istotne elementy kosztotwórcze, wpływające na poziom zaoferowanej ceny. Dodatkowo odwołujący podkreślił, że z uwagi na specyfikę zamówienia i wymogi techniczne, w szczególności dotyczące zastosowanych materiałów, istnieje bardzo ograniczona liczba producentów zdolnych do realizacji zamówienia.

1. W zakresie wykonania zadaszenia i zbiorników na wodę - jedyny producent na terenie Polski, firma Lubawa S.A., Ostrów Wielkopolski.

Powyższe potwierdza fakt, że zgodnie z oświadczeniem producenta, wszyscy uczestnicy tego postępowania zwrócili się do niego z prośbą o wycenę wykonania 50 kompletów zadaszeń i zbiorników, objętych postępowaniem. Trzej wykonawcy (Igloo, Swisspol LTD Sp. z o.o. oraz odwołujący) otrzymali oferty przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, co pozwoliło na rzetelne skalkulowanie cen zaoferowanych w przetargu. Czwarty z wykonawców - firma Allgast R. J. - wystąpił o ofertę cenową już po upływie terminu składania ofert. Powyższy fakt budzi uzasadnione wątpliwości co do rzetelności przedłożonej oferty. Zgodnie z ofertą producenta, koszt wykonania 50 kompletów

---

zadaszeń i zbiorników kształtuje się na poziomie nie niższym niż
1 100 000,00 zł brutto.
Dowody: nr 1 -oświadczenie producenta Lubawa S.A., nr 2 -oświadczenie odwołującego w przedmiocie oferty otrzymanej od producenta Lubawa S.A.

2. W zakresie wykonania 50 polowych ciągów wydawczych - liderem na rynku polskim jest firma Komat.

Znajomość rynku pozwala odwołującemu na stwierdzenie, że na terenie Polski działa nie więcej niż czterech producentów zdolnych do realizacji przedsięwzięcia. Zważywszy stosowaną technologię i wymogi dotyczące materiałów, wszyscy producenci mogą zaoferować wykonanie 50 zestawów mebli objętych postępowaniem za cenę na poziomie kwoty 2 100 000,00 zł brutto; ewentualne różnice mogą sięgać maksymalnie 5% tej kwoty. Zgodnie z oświadczeniem producenta, wykonanie zamówienia za cenę niższą od tej kwoty

nie jest możliwe.
Dowody: nr 3 -oświadczenie producenta Komat, nr 4 -oświadczenie odwołującego w przedmiocie oferty otrzymanej od producenta Komat.

Zasadność powyższych stwierdzeń potwierdza analiza zestawienia ofert złożonych w postępowaniu: różnica w cenie pomiędzy ofertami sklasyfikowanymi w rankingu na pozycji 2, 3 i 4 nie przekracza 1%, podczas gdy różnica pomiędzy ofertą wybraną a ofertą odwołującego jest ponad dziesięciokrotnie wyższa i przekracza 10%.

Uwzględniając powyższe, odwołujący stwierdził, że koszt minimalny realizacji zamówienia przedstawia się następująco:

- koszt wykonania zadaszenia: 15 000,00 zł x 50 szt. = 750 000,00 netto, co stanowi wartość 922 500,00 zł brutto;
- koszt wykonania zbiornika na wodę: 3 300,00 zł x 50 szt. = 165 000,00 zł netto, co stanowi wartość 202 950,00 brutto;
- koszt wykonania 50 kompletów ciągów wydawczych ze stali nierdzewnej: 1 765 692,00 zł netto, co stanowi wartość 2 171 801,78 zł brutto.

Razem: 3 297 251,78 zł brutto. Kwota powyższa nie obejmuje kosztów dostawy, zysku wykonawcy, kosztów ubezpieczenia, serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego oraz innych kosztów wykonawcy mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący podał, że przyjmuje się: cena rażąco niska cena, jest to cena, która jest nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Wskazał orzecznictwo: Sądu Okręgowego w Katowicach - wyroki z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 i z dnia 21.06.2010 r., sygn. akt: XIX GA 175/10; wyrok S.O. w Radomiu z dnia 14.02.2006 r., sygn. akt IV Ca 28/06; wyrok KIO z dnia 14.02.2008 r., sygn. akt KIO/UZP/73/08.

Odwołujący podniósł, że cena oferty Allgast R. J. jest niższa o ponad 300 000,00 zł od kosztów wyprodukowania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący odniósł się do przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, uznając, że jego konstrukcja jednoznacznie wskazuje na obowiązek wezwania do wyjaśnień w każdym przypadku zaistnienia wątpliwości co do zaoferowanej ceny, zarówno literalna, jak i celowościowa wykładnia powołanego przepisu. Zamawiający w każdym przypadku powzięcia wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny ma obowiązek wszcząć procedurę wyjaśniającą, przy czym ustawodawca przesądził, że wątpliwości takie należy powziąć zawsze, gdy cena oferty pozostaje w określonym, 30% stosunku do średniej arytmetycznej ofert lub wartości zamówienia, wskazał wyrok KIO z dnia 23 marca 2015 r., sygn. akt KIO 500/15. Nie oznacza to jednak, że wyłącznie w przypadku stwierdzenia osiągnięcia 30% różnicy zamawiający wzywa do wyjaśnień; taka interpretacja byłaby wykładnią ad absurdum. Należy brać pod uwagę zarówno specyfikę przedmiotu zamówienia, jak i warunki rynkowe; w niektórych przypadkach nawet 5% czy 10% różnicy będzie budziło uzasadnione wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny. Stanowisko takie potwierdza również orzecznictwo KIO, przykładowo wskazał wyrok z dnia 15 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2766/14, w którym Izba stwierdziła: *„Również w sytuacji gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub* średniej *arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę".*

Odwołujący wskazał, że zgodnie z najnowszym orzecznictwem procedurę wyjaśnień dotyczących cen ofert należy wszcząć nie tylko wtedy, gdy ceny w oczywisty sposób są zaniżone, ale także kiedy wydaje się czy też istnieje podejrzenie, że przedstawiają rażąco niskie ceny. Takie stanowisko jest w pełni zgodne z orzecznictwem Trybunału Europejskiego: *„Państwa członkowskie mogą wymagać analizowania ofert, kiedy wydaje się, że przedstawiają rażąco niskie ceny, a nie tylko kiedy w oczywisty sposób są zaniżone"* - wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C-295/89 ("Impresa Dona Alfonsa").

Reasumując odwołujący podniósł, że okoliczności i specyfika zamówienia jednocześnie wskazują, że cena oferty złożonej przez firmę Allgast R. J. winna budzić wątpliwości zamawiającego, a co za tym idzie - spowodować wszczęcie postępowania wyjaśniającego, co zostało bezprawnie zaniechane.

Odwołujący załączył do odwołania oświadczenia: firmy Lubawa S.A., firmy Komat oraz swoje.

1. Pismo firmy Komat z 24 września 2015 r. - autor pisma stwierdził, że (…) „wg

naszej wiedzy i wieloletniego doświadczenia, przy zachowaniu wytycznych podanych w SIWZ, nie jest możliwe wykonanie 50 zestawów mebli poniżej zaproponowanej przez nas

ceny." Powtórzył opis SIWZ przedstawiony w odwołaniu odnośnie wymagań zamawiającego i wskazał, że „Wszystkie *te powyższe założenia zostały ujęte w przedstawionej przez nas ofercie. Wieloletnie doświadczenie w produkcji mebli i urządzeń ze stali nierdzewnej oraz ukierunkowanie na jakość i solidność wykonania, są gwarancją tego, że przedłożona w przetargu nasza wycena jest rzetelna, zawiera wszystkie wytyczne zawarte w SIWZ, zapewnia wykonanie mebli zgodnie ze SIWZ i gwarantuje bezawaryjną eksploatację nie tylko w okresie 2-letniej gwarancji, ale także przez wiele kolejnych lat użytkowania mebli."*

2. Pismo firmy Lubawa S.A. z 25.09.2015 r. - dyrektor handlowy przedstawił informację: (…) *„potwierdzamy, że ze względu na asortyment oraz zaawansowaną technologię wymaganych materiałów jesteśmy wiodącym producentem w Polsce, który jest w stanie dostarczyć zadaszenia i zbiorniki na wodę będące częścią składową ww. postępowania. Informujemy, że w związku z tym postępowaniem złożyliśmy ofertę Waszej firmie oraz dwóm innym firmom, czyli Igloo z Nowego Wiśnicza i Swisspol LTD z Wrocławia. Po terminie składania ofert zgłosiła się do nas firma Allgast z Bydgoszczy z informacją, że są na pierwszym miejscu tego postępowania przetargowego i proszą o ofertę. Po tym zapytaniu, także i ta firma dostała od Lubawa S.A. propozycję cenową."*

3. Oświadczenie odwołującego z 25.09.2015 r. - o treści: *„W zawiązku z przygotowaniem i kalkulacją oferty przetargowej (…) otrzymałem następujące oferty od producentów: 1. Lubawa S.A. z Ostrowa Wielkopolskiego: -wykonanie zadaszenie ciągu wydawczego 15 000,00 x 50 szt. kwota netto 750 000,00, kwota brutto 922 500,00, -wykonanie: zbiornik na wodę 3 300,00 x 50 szt. kwota netto 165 000,00, kwota brutto 202 950,00; 2. Komat z Romanowa Dolnego -wykonanie ciągów wydawczych 50 kompletów za kwotę netto 1 765 692,00, kwotę brutto 2 171 801,78."*

Na rozprawie odwołujący złożył dodatkowo:

1) pismo firmy Lubawa S.A. z 06.10.2015 r. adresowane do odwołującego, w którym dyrektor handlowy zamieścił informację, że *„(…) wszystkie podmioty, które otrzymały ofertę od naszej firmy, dostały ją na podobnym poziomie cenowym czyli 1 100 000 PLN brutto. Naszym zdaniem nie jest możliwa realizacja tego zadania w sposób rzetelny przy znacząco niższych cenach od tych zaproponowanych przez nas";*
2) firmy Komat z 12.05.2014 r. - według odwołującego jt. wydruk korespondencji elektronicznej z dnia 12.05.2015 r. (odwołujący oświadczył, że błędnie wskazano rok 2014, zamiast 2015 r.). W wydruku pod datą pisma podano Nr 07/05/15 (według wyjaśnień odwołującego, tj. numer oferty cenowej firmy Komat przygotowanej odwołującemu).

W ofercie cenowej przedstawionej tabelarycznie, podano w pozycjach 1-7 wyposażenie ciągów wydawczych: 50 kompletów (szafki, zlewozmywaki, stół), w pozycji 8 -

100 kompletów (szafki), na łączną sumę netto 3 210 350,00 zł. W treści warunków handlowych podano: w pkt 5 - *„Rabat 45% od podanych cen",* w pkt 3 - *„Ważność 30 dni, po tym terminie zastrzegamy sobie możliwość zmiany cen".*
Na wydruku odwołujący zamieścił odręcznie dopisaną informację - „Cena zakupu dla Kalitta L.S.: 1 765 692,50 netto, 2 171 801,78 brutto".

II. Zamawiający wniósł w odpowiedzi na odwołanie o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu pisma wskazał m.in., że ustalając wartość zmówienia zwrócił się do trzech firm z zapytaniem ofertowym, w tym wykonawcy, który złożył wybraną ofertę oraz wykonawców, którzy też złożyli oferty w postępowaniu: Zakład Elektromechaniki Chłodniczej Igloo i Swisspol Ltd. Dwaj pierwsi wykonawcy przedłożyli wyceny, trzeci wykonawca nie przedłożył wyceny.

Zamawiający osiągnął zamierzony efekt - złożono 4 konkurencyjne oferty z różnymi cenami. Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą. Różnica między ceną oferty najtańszej a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynosiła zaledwie 10%. Natomiast różnica pomiędzy wartością szacunkową zamówienia a najniższą ceną wybranej oferty wyniosła 6%. Zamawiający nie miał wątpliwości, że wybrany wykonawca jest w stanie

wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego przedstawionymi w SIWZ.

Zamawiający odniósł się do wniosków odwołującego z 09.09.2015 r. i 15.09.2015 r. oraz wskazał udzielone wyjaśnienia, podkreślając, że nie miał wątpliwości i po zbadaniu wszystkich ofert, nadal nie miał żadnych podejrzeń co do ceny oferty wybranej, jako ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podniósł, że oświadczenia firm Lubawa S.A. oraz Komat nie stanowią faktycznej wyceny realizacji zamówienia, ponieważ odwołujący nie załączył żadnych dokumentów potwierdzających przedstawione oświadczenia. Ustosunkował się do orzecznictwa przywołanego przez odwołującego.

W podsumowaniu zamawiający powołał się na art. 90 ust. 1 Pzp wskazując, że nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisie, wobec czego nie doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający załączył do pisma: -protokół z otwarcia ofert (zał. nr 1); -pismo odwołującego z 09.09.2015 r. zatytułowane „Protokół z otwarcia ofert" (zał. nr 2); -odpowiedź zamawiającego z 15.09.2015 r. (zał. nr 3); -pismo odwołującego z 15.09.2015 r. (zał. nr 4); -odpowiedź zamawiającego z 16.09.2015 r. (zał. nr 5), -zapytanie ofertowo-cenowe zamawiającego z dnia 22.05.2015 r. i odpowiedź wykonawcy Allgast R. J. z 28.05.2015 r. (zał. nr 6); -zapytanie ofertowo-cenowe zamawiającego z dnia 22.05.2015 r. i odpowiedź wykonawcy Igloo z dnia 29.05.2015 r. (zał. 7).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy – R. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALLGAST R. J. z siedzibą w Bydgoszczy - zgłaszającego przystąpienie do postepowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w formie wymaganej przepisami Pzp (art. 185 ust. 2 Pzp - pisemna albo elektroniczna opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) zostało wniesione do Prezesa Izby z przekroczeniem ustawowego terminu. Wobec doręczenia kopii odwołania wykonawcy wraz z jego wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym w dniu 25.09.2015 r., upływ 3-dniowego terminu nastąpił w dniu 28.09.2015 r. Zgłoszenie przystąpienia w wymaganej formie zostało wniesione do Prezesa Izby w dniu 01.10.2015 r., po upływie ustawowego terminu. Zatem, wykonawca nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp uprawniające go do wniesienia odwołania. Złożył ofertę z ceną drugą w kolejności (cena - kryterium oceny ofert o znaczeniu 90%), zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia i naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy mogło spowodować po stronie odwołującego szkodę.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach przedstawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp), mając na uwadze, że zarzutem jest wskazanie okoliczności faktycznych stanowiących podstawę naruszenia normy prawnej oraz przywołanie właściwego przepisu prawnego, którego norma została naruszona.

Stosownie do z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem, *a'contrario,* odwołanie nie przysługuje od czynności lub zaniechania czynności, do której zamawiający nie jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy.

Wskazane w odwołaniu przepisy ustawy, jako podstawa prawna zarzutu stanowią: art. 7 ust. 1 - *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;* art. 90 ust. 1 - *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.

W obecnym brzmieniu przepis art. 90 ust. 1 ustawy zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Obowiązek wszczynania procedury na podstawie wskazanego przepisu występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. W pozostałych przypadkach jest to uprawnienie zamawiającego.

W opinii UZP pt. *„Rażąco niska cena w* świetle *obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych”* zamieszczonej na stronie www.uzp.gov.pl, której fragmenty stosowne do rozpoznawanego odwołania, zostały zacytowane niżej, wskazano „(…) *sformułowanie „w szczególności” należy rozumieć jako przykład sytuacji, w której zamawiający powinien mieć, zdaniem ustawodawcy, wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez wykonawcę w zamian za oferowaną cenę. Warto nadmienić, że do nowego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nawiązuje już wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1883/14) w zakresie wskazówek interpretacyjnych stosowania przepisów dotyczących ustalania podstaw rażąco niskiej ceny. Izba orzekła w nim, że zamawiający nie był zobowiązany do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż oferta tego wykonawcy nie była niższa o ponad 30% od* średniej *arytmetycznej cen ofert, ani nie była niższa o 30% względem kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia. (…)”.*

W reasumpcji opinii wskazano: *„(…) jeżeli zamawiający ma uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, wówczas wzywa, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcę do złożenia wyjaśnień, przy czym zamawiający ma obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w przypadku, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub 30%* średniej *arytmetycznej cen*

---

wszystkich złożonych ofert. Wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, iż zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej.”

W rozpoznawanej sprawie ustalono ponad wszelką wątpliwość, że nie wystąpiły przesłanki, o jakich stanowi przepis art. 90 ust. 1 Pzp.

Ceny złożonych ofert w części 2 postępowania zostały przedstawione w odwołaniu, w odpowiedzi na odwołanie oraz dokumentacji postępowania o udzielenia zamówienia przekazanej przez zamawiającego. Zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego różnica między ceną oferty najtańszej a średnią cen złożonych ofert wynosi 10%, natomiast pomiędzy wartością szacunkową zamówienia a najniższą ceną oferty 6% (odpowiedź na odwołanie, str. 3, drugi akapit od góry). Wielkości te nie zostały zakwestionowane przez odwołującego. Z przedstawionych na rozprawie danych wynika, że cena oferty wybranej (2 982 750,00 zł) jest wyższa od wartości zamówienia (2 575 000,00 zł), wskazanej na rozprawie przez zamawiającego jako ustalonej zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp *(podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należyta starannością)* o 15,83%, natomiast jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (3 319 210,35 zł) o 10,14%. Zatem, cena wybranej oferty nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W tych okolicznościach żądanie złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp pozostaje w gestii oceny zamawiającego jako uprawnienie a nie obowiązek, co w świetle przepisu art. 180 ust. 1 Pzp nie stanowi podstawy do nakazania zamawiającemu wykonania

czynności wskazanych w odwołaniu, jako żądania odwołującego.

Odwołujący podjął czynności w celu wykazania, że mimo braku obowiązku, zamawiający powinien mieć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi wymaganiami przedstawionymi w SIWZ i cena wybranej oferty powinna wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, przedstawiając dokumenty załączone do odwołania i złożone dodatkowo na rozprawie.

Z pism firmy Lubawa S.A. wynika, że wybrany wykonawca mógł zaoferować zadaszenia i zbiorniki na wodę tego producenta, za cenę na podobnym poziomie jak inni wykonawcy, czyli ok. 1 100 000,00 zł, chociaż producent wskazał w piśmie z 06.10.2015 r., że jego zdaniem, realizacja zadania w sposób rzetelny nie jest możliwa przy znacząco niższych cenach od zaproponowanych przez niego. Zatem, w świetle tego dowodu, wykonawca mógł zaoferować cenę nieznacząco niższą od wskazanej przez producenta, która też gwarantuje rzetelne wykonanie zamówienia. Jeśli jednak wykonawca zaoferował

cenę producenta 1 100 000,00 zł za zadaszenia i zbiorniki za wodę, to cena ta stanowi 36,88% ceny oferty (2 982 750,00 zł). Zamawiający przedstawił stanowisko na podstawie ubiegłorocznego doświadczenia, niepodważone przez odwołującego, że wykonawcą namiotów była firma AVIOTEX z pod Warszawy, wykonująca zamówienie samodzielnie bez produktów firmy Lubawa. Firma Lubawa S.A. też złożyła wówczas ofertę o 20% droższą.

Zgodnie z przedstawioną przez odwołującego ceną firmy Lubawa S.A., po odliczeniu ceny zadaszeń i zbiorników na wodę (1 100 000,00 zł), pozostała cena oferty wybranego wykonawcy (1 882 750,00 zł), stanowi 63,12% całkowitej ceny oferty. Kwota ta przypada na wykonanie polowych ciągów wydawczych.

Oferta cenowa firmy Komat nr 07/05/15 z 12.05.2015 r. (należy przyjąć korektę roku jako skutek omyłki), wystawiona przed wszczęciem ocenianego postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem jej ważności przez 30 dni, potwierdza, że odwołujący mógł uzyskać podane ceny producenta w okresie ważności oferty cenowej z uwzględnieniem 45% rabatu, jednak nie stanowi dowodu, że wybrany wykonawca był zobowiązany zaoferować takie ceny.

Odwołujący przyznał na rozprawie, że w cenie swojej oferty uwzględnił ceny ciągów wydawczych podane w ofercie cenowej firmy Komat z maja 2015 r. Natomiast oferując ten zakres zamówienia każdy z wykonawców korzystał z produktu innego producenta i odwołujący nie wie, którego producenta ciągi wydawcze oferuje wybrany wykonawca. Zaniżenie ceny wybranej oferty odwołujący ustalił wyłącznie na podstawie ceny swojej oferty.

Zgodnie z niespornym stanowiskiem stron, że ciągi wydawcze stanowią główny element cenotwórczy części 2 oferty, zamawiający wskazał (przy braku przeciwnego stanowiska odwołującego), że oprócz podanych przez odwołującego producentów ciągów wydawczych, według wiedzy zamawiającego, są jeszcze inni producenci, np. „Inoplex", „Stalgast", „Dora-Metal", „Hybryda", „Stal-Chem", „Plastmet", "RM Gastro", „Panagastro", „Igloo" - uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia w części będącej przedmiotem sporu. Ponadto, zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że do 2010 r. zamówienia będące przedmiotem postępowania w części 2, były realizowane przez gospodarstwo pomocnicze zamawiającego i ciągi wydawcze były wykonywane przez 8 lat w warunkach niemal garażowych.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień jest delikatną kwestią i nie może być bezpodstawnie stosowane. Żądanie wyjaśnień oznacza obowiązek wykonawcy złożenia wyjaśnień wraz z dowodami - ujawniającymi często informacje handlowe, chronione przez wykonawcę.

Izba wskazuje, że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień ciąży obowiązek

wykazania (udowodnienia), że zaproponowana cena nie jest rażąco niska (art. 90 ust. 2 Pzp).

Żądanie, które nie znajduje uzasadnienia w normie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, stanowi obok naruszenia tego przepisu, naruszenie zasady równego traktowania wykonawców - jednej z zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp (nieuzasadnione żądanie wykonania czynności skierowane do wykonawcy).

Wyrok z dnia 15 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2766/14 został wydany w innym stanie faktycznym. Dwaj wykonawcy uczestniczący w postępowaniu złożyli oferty z cenami niższymi od wartości zamówienia, odpowiednio o około 50% (odwołujący) i 37% (drugi wykonawca), z tego powodu ceny obu ofert były bliskie średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający, zobowiązany do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień. Wykonawca - odwołujący w ówczesnym postępowaniu odwoławczym nie złożył dowodów, o których stanowi przepis, przyznał, że zaoferował niskie ceny jednostkowe. Odwołanie od czynności odrzucenia oferty zostało oddalone.

Cytowany fragment tamtego uzasadnienia w uzasadnieniu obecnego odwołania, jt. fragment wynikający z opinii UZP, przywołanej też w obecnym uzasadnieniu wyroku.

Mając na uwadze, że treścią zarzutu jest zaniechanie czynności, do której zamawiający nie był zobowiązany na podstawie ustawy, Izba oddaliła odwołanie jako bezzasadne na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący: ……