Sygn. akt: KIO 2679/10

WYROK
z dnia 21 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Przemysław Śpiewak

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 13 grudnia 2010 r. przez wykonawcę: **Kazimierza Lipińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPU „PROBUDREM" Kazimierz Lipiński, ul. Słowackiego 28, 42-440 Ogrodzieniec,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Gliwice DOM DZIECKA Nr 3, ul. Św. Barbary 4, 44 -100 Gliwice.**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie.**
2. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
3. Kosztami postępowania w kwocie **10 000,00 zł.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) obciąża zamawiającego: **Gminę Gliwice DOM DZIECKA Nr 3, ul. Św. Barbary 4, 44 - 100 Gliwice.**
4. Zasądza od zamawiającego: **Gminy Gliwice DOM DZIECKA Nr 3, ul. Św. Barbary 4, 44 - 100 Gliwice** na rzecz odwołującego: **Kazimierza Lipińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPU „PROBUDREM" Kazimierz Lipiński, ul. Słowackiego 28, 42 -440 Ogrodzieniec,** kwotę **10 000,00 zł.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Przewodniczący

……..

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Adaptację budynku przy ul. Kopernika 109 w Gliwicach na siedzibę Domu Dziecka nr 3," prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, (ogłoszenie o zamówieniu BZP Nr 1 poz. 323271 z 15 listopada 2010 r.), w dniu 13 grudnia 2010 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w formie pisemnej opatrzone datą 9 grudnia 2010 r, złożone przez wykonawcę: Kazimierza Lipińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPU „PROBUDREM" Kazimierz Lipiński z siedzibą w Ogrodzieńcu, z kopią doręczoną dnia 10 grudnia 2010 r. zamawiającemu.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie przekazania w dniu 6 grudnia 2010r. informacji o wyniku postępowania oraz odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 tej ustawy, z uzasadnieniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a odwołujący nie złożył w tym zakresie wyjaśnień zadawalających zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Gminie Gliwice - DOM DZIECKA Nr 3 w Gliwicach, iż wskutek podjętych czynności naruszone zostały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113, poz. 759 ze zm.) tj: 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 tej ustawy.

Odwołujący powołując się na uszczerbek swego interesu prawnego, wnosił o nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty,
2. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący uznał, iż zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako zawierającą

rażąco niską cenę. Zamawiający pismem z dnia 2 grudnia 2010 r. DD.0120/K/12/10 na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prosił o „wyjaśnienie podstawy określenia wartości pozycji: - roboty budowlane - poz. 37, 38 i dalsze,..., - instalacji wod-kan - poz. 30 do 35, - instalacja CO - poz. 16 do 40,47, - wentylacja - poz. 1,7,12." Jak również wymagał „podania składników cenotwórczych zastosowanych przy obliczaniu wartości kosztorysów." Zdaniem odwołującego, zamawiający w przywołanym piśmie nie wskazał, że bada ofertę ze względu na jej rażąco niską cenę, a jedynie zażądał wyjaśnień w odniesieniu do 53 szczegółowych pozycji na 504 pozycje ogółem. W piśmie nr DD.120/K/15/10 z dnia 6 grudnia 2010 r. zamawiający natomiast poinformował, że odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż: "Wykonawca złożył wyjaśnienia nie zadawalające zamawiającego" oraz, że „Wykonawca oświadczył, że wskazane pozycje zostały celowo zaniżone, a niektóre (roboty planowane w I etapie) celowo zawyżone." W przekonaniu odwołującego, zamawiający kompletnie nie zrozumiał wyjaśnień, gdyż chodziło w nich o

---

wykazanie, że nie zastosowano rażąco niskich cen, a harmonogram realizacji zamówienia dostosowano jedynie do wymagań zamawiającego, który zmusza wykonawców do takiego ustawienia robót, aby do 20 grudnia 2010 r.„skonsumować” 230 000 zł. Okoliczność ta była dla zamawiającego istotna, o czym świadczy fakt, że odrzucił wszystkie te oferty, które nie zapewniały wykonania robót w I etapie na kwotę 230 000 zł. (t.j oferty nr 3,4,18).

Na poparcie swoich twierdzeń, odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:
- wyrok z 30.09.2010 r. sygn. akt KIO 2014/10 „...z przepisu art. 90 ustawy Pzp wynika, że ustawa przyjmuje zasadę, iż podstawowym kryterium oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jest stosunek ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia..,"
- wyrok z 29.09.2010 r. sygn. akt KIO 2004/10 „... Izba przede wszystkim stwierdziła, że w świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp rozstrzygając, że cena jest rażąco niska, należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie ceny za poszczególne pozycje lub ceny jednostkowe."

Zdaniem odwołującego, zamawiający wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych i orzecznictwu, odrzucił jego ofertę na podstawie wątpliwego badania cen wybranych pozycji kosztorysowych. Natomiast naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nie zachowanie zasad uczciwej konkurencji w toku postępowania nastąpiło przez to, że zamawiający bezpodstawnie odrzucając ofertę traktuje odwołującego w sposób dyskryminujący, w szczególności w sytuacji gdy oferta ta jest najkorzystniejszą według ustalonego kryterium oceny.

Do postępowania odwoławczego w terminie określonym art. 185 ust. 2 nie przystąpił żaden wykonawca.

Wobec nie uwzględnienia całości zarzutów odwołania, nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu, które zamawiający oznaczył w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ogłoszeniu, jako dotyczące wartości zamówienia nie przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, z tych względów było ono dopuszczalne, jak stanowi art. 180 ust. 2 tej ustawy wyłącznie wobec czynności:
1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4) odrzucenia oferty odwołującego.

Bezsprzecznie odwołujący wniósł odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty, zatem znajdujące umocowanie w treści art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający na wezwanie Krajowej Izby Odwoławczej przedłożył dokumenty, poświadczające, iż zawiadomienie o wyniku postępowania i o odrzuceniu oferty odwołującego zostało wysłane drogą pocztową, a odwołujący nie potwierdził faktu otrzymania tego pisma drogą faksu. W rozdziale X specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) ust. 2 i 3 „Sposób porozumiewania się z zamawiającym” – zamawiający postanowił „W postępowaniu obowiązuje

forma pisemna. Z powyższego wynika, iż zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, został dokonany wybór formy pisemnej. Wobec ustalenia, obowiązującej formy pisemnego porozumiewania się, okoliczność, iż zamawiający przesłał odwołującemu informację o wynikach postępowania faksem, której odbiór nie został potwierdzony, nie ma znaczenia w sprawie.

Zdaniem Izby, termin na wniesienie odwołania określony zgodnie z przepisami art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, został dotrzymany, gdyż wynosi on 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, to jest faksem lub drogą elektroniczną, albo 10 dni, jeżeli zostały przesłane w inny sposób np. przesyłką pocztową – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 pkt 8 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, wezwania do odwołującego o udzielenie wyjaśnień oraz odpowiedzi, pism stron złożonych w postępowaniu odwoławczym wraz z załącznikami.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „ Adaptacja budynku przy ul. Kopernika 109 w Gliwicach na Dom Dziecka nr 3."
Rozdział XIII pkt 2.4 SIWZ zamawiający wymagał aby oferta zawierała kosztorysy ofertowe, opracowane zgodnie z warunkami podanymi w rozdziale XV.
W pkt 2.5 wymagał złożenia wstępnego harmonogramu robót z uwzględnieniem zapisów rozdziału IV SIWZ pkt 6, zawierającego określenie etapów – rzeczowo, terminowo (w tygodniach od daty podpisania umowy) i finansowo (kwoty brutto). Nawiązując do rozdziału IV pkt 6 SIWZ, zapis ten zawierał wymaganie aby: „aby w terminie co najmniej jednego odbioru częściowego do

---

20 grudnia 2010 r. (harmonogram przedłożony przez wykonawcę ujmował) planowaną przez zamawiającego wartość robót wykonanych i zafakturowanych w grudniu bieżącego roku w kwocie – 230 000 zł. brutto.
W rozdziale XIV Sposób obliczenia ceny - pkt 1 podawał, iż kosztorys ofertowy należy sporządzić w dwóch wersjach w oparciu o dokumentację techniczną, metodą uproszczoną, z zastosowaniem cen jednostkowych:
- I wersja - w układzie identycznym jak przedmiary robót;
- II wersja - w układzie odpowiadającym podziałowi na poszczególne transze, zgodnie ze wstępnym harmonogramem robót.
SIWZ nie dopuszczała składania kosztorysów szczegółowych nie zawierających cen jednostkowych. Zamawiający przytoczył definicję ustawową ceny jednostkowej. W punkcie 1.4 wymagał aby wszystkie pozycje katalogowe były ujęte w kosztorysie ofertowym i wycenione. Według punktu 1.5 przedstawione w przedmiarze pozycje katalogowe mają charakter informacyjny, określający zakres robót objęty daną pozycją przedmiarową, wymagany przez zamawiającego do wykonania.
W punkcie 4.2 rozdziału XIV zamawiający nadmienił, iż cena ma charakter kosztorysowy. Formularz ofertowy, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ pkt 7 wymagał aby wykonawca zadeklarował rozliczenia w kilku etapach, z określeniem zakresu rzeczowego i finansowego i podaniem terminów odbiorów częściowych. Wzór umowy w § 14 ust. 1 w takim samym ujęciu, przewiduje rozliczenia stron. Ust. 2 ustala, iż rozliczenie wykonanych robót nastąpi (…) w oparciu o obmiar powykonawczy i ceny jednostkowe z kosztorysu ofertowego. Paragraf 15 wzoru umowy ust. 1 - strony ustalają, iż obowiązującą formą wynagrodzenia (…) jest wynagrodzenie kosztorysowe.
Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena ofertowa brutto.

Z protokołu postępowania wynika, że oferty złożyło 19 wykonawców, oferując wykonanie

przedmiotu zamówienia za ceny brutto w przedziale wartości od: 731 407,95 zł. – (oferta odwołującego) do kwoty 1 268 289,60 zł.
Z załącznika ZP-19 wynika, że oferty 9 wykonawców zostały odrzucone, a czynność ta ma charakter ostateczny, za wyjątkiem odwołującego, który skorzystał ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp. Oferta odwołującego przedstawiająca cenę brutto 731 407,95 zł. jest najkorzystniejsza, według ustalonego kryterium oceny. Podczas otwarcia ofert zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 1 064 983 zł. brutto. Szacunkowa wartość zamówienia, została przez zamawiającego wyliczona w kwocie netto 865 839,84 zł.

Zamawiający wyjaśnił, iż zamówienie finansowane jest ze środków własnych Gminy Gliwice z dofinansowaniem z funduszy Województwa Śląskiego, gdzie zostało zaplanowane ich wykorzystanie i rozliczenie w transzy w kwocie 230 000,00 zł. do końca bieżącego roku.

Pismem z dnia 2 grudnia 2010 r. zamawiający zwrócił się na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 90 ust 1 tej ustawy o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie wartości kosztorysów ofertowych. W tym o wyjaśnienie podstawy określenia wartości pozycji:
- roboty budowlane - poz. 37,38,39,44,45,62,67,69,80,89,102,103,164,169,170,171,177, 189,190,192;
- instalacje wod-kan - poz. 30 do 35;
- instalacja CO - poz. 16 do 40,47
- wentylacja - poz. 1,7,12.
Ponadto zamawiający prosił o podanie składników cenotwórczych zastosowanych przy obliczaniu wartości kosztorysów (stawka roboczogodziny, koszty ogólne, zysk). Wyjaśnienia, wraz z ewentualnymi dokumentami potwierdzającymi, wykonawca zobowiązany był złożyć w formie pisemnej w terminie do dnia 3 grudnia 2010 r. Jednocześnie zamawiający poinformował, że nie złożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli ocena złożonych wyjaśnień potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę, skutkować będzie odrzuceniem oferty.

W zakreślonym terminie odwołujący udzielił następujących wyjaśnień do podstaw określenia wartości pozycji:
- roboty budowlane - poz. 37, 38, 39,44,45, 62, 67, 69, 80, 89,102,103,164,169,170,171, 177,189,190,192;
- instalacje wod-kan - poz. 30 do 35;
- instalacje co. - poz. 16 do 40,47;
- wentylacja-poz. 1,7, 12
Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdz. IV Opis przedmiotu zamówienia, pkt. 6 podaje następującą informację: - zamawiający przewiduje odbiory częściowe robót i płatności transzami, z czego co najmniej jeden odbiór częściowy przewidywany jest do 20 grudnia b.r.. Planowana przez zamawiającego wartość robót wykonanych i zafakturowanych w grudniu b.r. – 230 000 zł. brutto

W dalszej części SIWZ rozdz. XIII Sposób przygotowania ofert, pkt.2 - zawartość oferty, zamawiający wymaga, by oferta zawierała następujące dokumenty i oświadczenia: ppkt.2.5. Wstępny harmonogram robót, z uwzględnieniem zapisów SIWZ (w szczególności rozdz. IV pkt 6), zawierający określenie etapów - rzeczowo, terminowo (w tygodniach od daty podpisania umowy) i finansowo (kwoty brutto).

Wykonawca PPU PROBUDREM w celu spełnienia wymagań postawionych przez zamawiającego, a w szczególności sporządzenia harmonogramu realizacji robót w sposób zapewniający finansowanie w części dotyczącej bieżącego roku (20 grudzień) na kwotę brutto 230 000 zł, zmuszony był do przestawienia kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami kosztorysów i ich pozycjami. Obciążenia z pozycji: roboty budowlane - poz. 37, 38, 39, 44,45, 62, 67, 69, 80, 89, 102,103,164,169,170,171,177,189,190,192; - instalacje wod-kan. poz. 30 do 35; -

---

instalacje co. - poz. 16 do 40,47; - wentylacja - poz. 1,7, 12 zostały przesunięte do rozdziałów kosztorysu ofertowego w części dotyczącej robót rozbiórkowych oraz montażu stolarki okiennej. W w/w numeracji pozycji dokonano obniżenia wartości cen materiałów lub w przypadku zapisu kalkulacja własna robocizny zmieniano nakłady robocizny. Wartości materiałów i inaczej skalkulowanej robocizny przesunięto do rozdziałów kosztorysu (roboty rozbiórkowe i stolarka

okienna), w których również zmieniono podstawy nakładów robocizny i podniesiono wartość tych pozycji.

W wyniku oceny ofert, zamawiający powiadomił pismem nr DD.120/K/15/10 z dnia 6 grudnia 2010 r, że odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, uzasadniając, iż: "Wykonawca złożył wyjaśnienia nie zadawalające zamawiającego" oraz, że „Wykonawca oświadczył, że wskazane pozycje zostały celowo zaniżone, a niektóre (roboty planowane w I etapie) celowo zawyżone."

W oparciu o porównanie pozycji przedmiaru robót: roboty budowlane poz. 37,38,39, 44,45,62,67,69,80,89,102,103,164,169,170,171,177,189,190,192; - instalacje wod-kan poz. 30 do 35; - instalacje co. - poz. 16 do 40,47; - wentylacja - poz. 1,7,12, (w odniesieniu do których zamawiający występował o udzielenie wyjaśnień), Izba stwierdziła, że w kosztorysie ofertowym zostały wypełnione zgodnie z wymaganiami przedmiaru przez podanie cen jednostkowych netto, ich przemnożenie przez podaną ilość jednostek przedmiarowych wraz z podaniem wartości w danej pozycji. Odwołujący złożył również wymaganą drugą wersję kosztorysu - w układzie odpowiadającym podziałowi na poszczególne transze, zgodnie ze wstępnym harmonogramem robót, załączonym w dokumentach oferty.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania. Uczestnicząc w postępowaniu posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, a ponadto zarzucał, że czynności zamawiającego wobec złożonej przez niego oferty zostały przeprowadzone z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w wyniku czego może ponieść szkodę, gdyż mimo zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia za najniższą cenę, oferta została odrzucona.

Jako przyczynę odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający nie powołał się na niezgodność jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zatem również nie dopatrzył się odstępstw, czy pominięć w dokumentacji oferty, a w szczególności w kosztorysie ofertowym odwołującego, w stosunku do przekazanego wykonawcom przedmiaru robót. Wskazał natomiast jako podstawę prawną tej czynności art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, obligujący

---

zamawiającego do odrzucenia oferty, o ile zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ocenę, iż odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za rażąco niską cenę, zamawiający oparł wyłącznie o wyjaśnienia wykonawcy udzielone w piśmie z dnia 3 grudnia 2010r, że odwołujący mając na względzie, wymaganie aby wstępny harmonogram robót, w którym wykonawca w ujęciu rzeczowo – wartościowym, zobowiązany był ująć nakłady w kwocie 230 000 zł. do dnia 20 grudnia 2010 r, dokonując kalkulacji cen jednostkowych: roboty budowlane - poz. 37, 38, 39, 44,45, 62, 67, 69, 80, 89,102,103,164,169,170,171,177,189,190,192; - instalacje wod-kan. poz. 30 do 35; - instalacje co. - poz. 16 do 40,47; - wentylacja - poz. 1,7, 12, odpowiednio zmniejszył obciążenia z tych pozycji (drogą obniżenia cen materiałów lub nakładów robocizny, gdzie przedmiar dopuszczał kalkulację indywidualną), zwiększając jednocześnie ceny jednostkowe kosztorysu w rozdziałach: roboty rozbiórkowe oraz montaż stolarki okiennej, których wykonanie odwołujący uznał za możliwe w okresie zimowym i przewidział w harmonogramie oraz w II-ej wersji kosztorysu. Natomiast dokumenty te nie były kwestionowane przez zamawiającego.

Izba uznała, że mimo, iż żądanie udzielenia wyjaśnień zamawiający oparł na postanowieniach art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 tej ustawy, to faktycznie prosił o udzielenie odpowiedzi na konkretnie zadane pytanie w odniesieniu do wskazanych wyżej pozycji kosztorysu ofertowego jako treści oferty. Oprócz powołania tej podstawy, w żaden sposób nie nawiązał do postanowień art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Podstawowe znaczenie ma zatem określenie – „w stosunku do przedmiotu zamówienia."

Zdaniem Izby, kalkulowanie cen jednostkowych jest uprawnieniem wykonawcy a zarazem

jego obowiązkiem. Wykonawca nie musi w taki sposób ustalać cen jednostkowych, aby w każdej z tych cen zapewnić rentowność wykonania określonego elementu robót. Istotne jest aby cena całkowita oferty za przedmiot zamówienia, pokrywała koszty realizacji robót budowlanych oraz zapewniała wykonawcy nawet minimalny poziom zysku. Interpretację pojęcia „wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny" zawiera art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający oceniając wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, przy czym nie jest to zamknięty katalog okoliczności, na które może powoływać się wykonawca udzielając wyjaśnień w tym zakresie.

Zamawiający błędnie utożsamiał żądanie wyjaśnień co do poszczególnych pozycji i cen jednostkowych kosztorysu ofertowego, (które mogą dotyczyć treści oferty, w aspekcie jej zgodności z SIWZ) z wyjaśnieniami w zakresie elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Można wskazać przykładowo, iż wykonawcy w wyjaśnieniach dotyczących zarzutu rażąco niskiej ceny ujmują: rabaty cenowe udzielane przez stałych dostawców, posiadane zapasy materiałowe nabyte po niższych cenach, innowacyjne rozwiązania projektowe, wydajny sprzęt najnowszej generacji, itp. okoliczności, pozwalające na oszczędność kosztów wykonania zamówienia. Bierze się bowiem pod uwagę obiektywnie istniejące czynniki, dostępne dla wykonawcy w sposób zindywidualizowany. Wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp może być połączone z wezwaniem o wyjaśnienie treści oferty.

Odwołujący dokładnie odpowiedział na pytania zamawiającego, a ich treść , w ocenie Izby, nie upoważniała, do stawiania zarzutów, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Skoro zamawiający wyznaczył warunek, za niespełnienie którego wykluczył z postępowania 3 wykonawców, którzy złożyli oferty nie wykazujące aby wielkość nakładów w ujęciu rzeczowo-wartościowym do 20 grudnia 2010 r. była nie mniejsza niż kwota 230 000 zł, odwołujący dokonał kalkulacji cen jednostkowych w taki sposób aby ów warunek spełnić, albowiem jego niespełnienie było zagrożone sankcją odrzucenia oferty.

Oceniając przedstawiony stan faktyczny w odmienny sposób, należałoby stwierdzić, iż dyspozycje zamawiającego były wewnętrznie sprzeczne. Zaś wszelkie nieprecyzyjne wymagania zamawiającego, mogące wprowadzać wykonawcę w błąd, nie mogą powodować negatywnych skutków, którymi zostaliby obarczeni uczestnicy postępowania przetargowego. Odwołujący mógł dosłownie odczytać żądanie złożenia wyjaśnień jedynie w zakresie przedstawionym w wezwaniu. W okresie zimowym tylko ograniczony zakres robót mógł zostać wykonany do 20 grudnia bieżącego roku, a zamawiający nie podał wprost wykonania jakich robót uwzględniając możliwość ich wykonania i technologiczną kolejność oczekuje w zakresie rozliczenia pierwszej transzy.

Izba przyznała rację odwołującemu, iż żądanie wyjaśnień w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, nie stanowi o prawidłowym przeprowadzeniu procedury wyjaśniania ceny oferty w oparciu o wskazania art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, pod kątem wykazania lub wykluczenia sytuacji podania rażąco niskiej ceny.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, iż czynność polegająca na uznaniu, że oferta odwołującego zawierała rażąco niską cenę i jej odrzucenie nie znajdowało oparcia w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Należało podzielić stanowisko odwołującego, iż niewątpliwie punktem odniesienia w tym przypadku jest cena oferty za cały przedmiot zamówienia. Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające jedynie co do części oferty ograniczające się do wskazanych pozycji kosztorysu ofertowego. Oceniając zatem tylko część oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej ceny pewnej części oferty. Choćby nawet sama cena części oferty mogłaby być uznana za rażąco niską to żadną miarą w

przyjętym kryterium nie czyniła ceny całej oferty rażąco niską. Nie zachodziły zatem przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp." Stanowisko takie potwierdza wyrok SO w Częstochowie z dnia 21.09.2005 r., sygn. akt: VI Ca 628/05), a nadto wyrok SO w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08), stwierdzający, że **„Istotna** jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp, obejmując każdorazowo badanie, czy jest ona realna."

Izba podtrzymuje pogląd, za którym opowiada się orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej

(wyrok KIO z dnia 15.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1055/08), że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji (wyrok z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08). (…) „W konsekwencji Izba stwierdza, że w pełni podziela dotychczasowe stanowisko wypracowane w doktrynie i orzecznictwie, iż za cenę rażąco niską może być uznana wyłącznie całkowita cena ofertowa, nie zaś jej poszczególne elementy – składniki (podobnie wyrok KIO z dnia 27.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 878/09 oraz wyrok KIO z dnia 27.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1049/09, sygn. akt: KIO/UZP 1050/09, sygn. akt: KIO/UZP 1051/09, sygn. akt: KIO/UZP 1052/09. „Powyższy pogląd jest dodatkowo uzasadniony w wypadku ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego," (wyrok z dnia 12.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1594/09).

Izba jest władna rozpatrywać sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, sformułowanych wobec sprecyzowanej czynności zamawiającego, polegającej na ocenie w tym zakresie jedynie wybranych pozycji kosztorysu. Zatem na marginesie jedynie można dodać, iż właściwymi narzędziami do weryfikacji oferty wykonawcy, której stawia się zarzut rażąco niskiej ceny, jest porównanie tej ceny z przedmiotem zamówienia jako całości, wyceną kosztorysu inwestorskiego, uśrednionych cen ofert wykonawców w tym postępowaniu. Średnich cen rynkowych w bieżącym okresie na zbliżony przedmiot zamówienia. Zamawiający stwierdził, iż tego typu analizy przeprowadzał przed odrzuceniem oferty odwołującego, jednak nie znalazło to nawet odbicia w uzasadnieniu odrzucenia przedmiotowej oferty. Ponadto stwierdzenie rażąco niskiej ceny oferty, bez wypowiedzenia się w tej kwestii zainteresowanego wykonawcy nie jest dopuszczalne.

Takie wyjaśnienie podejrzenia rażąco niskiej ceny jakie przeprowadził zamawiający jest nieprawidłowe, nie spełnia wymagań ustawowych. Wykonawca powinien mieć możliwość złożenia wyjaśnień, iż za całkowitą cenę oferty jest zdolny wykonać zamówienie w sposób należyty z osiągnięciem zysku. Nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty w oparciu o zarzut rażąco niskiej ceny, bez uprzedniego prawidłowego wyczerpania procedury określonej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i bez wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do ceny całkowitej oferty.

Natomiast zamawiającemu wystarczyła jedynie informacja odwołującego, potwierdzająca dokonanie przesunięć nakładów między pozycjami, umożliwiająca uwzględnienie zafakturowania

robót do końca bieżącego roku w wysokości umożliwiającej uzyskanie finansowania zamówienia z przewidzianych na ten cel środków.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe potwierdziło trafność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponadto naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1, ust 2 i ust. 3 pkt 1ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Izba zasądziła na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 10 000,00 zł. tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach.**

Przewodniczący:

……

11

12

13