

**Wyrok**  
**z dnia 26 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 11 października 2010 r. przez **F.H.U. „FEWATERM” Sp. J. Ferdynand Czuba & Waldemar Czuba, 33–180 Gromnik, Chojnik 88** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Biecz, 38–340 Biecz, ul. Rynek 1,**

przy udziale – **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A., 38-400 Krosno, ul. Grodzka 26 (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Kamieniarskie „Wolski” Kazimierz Wolski, 34-440 Kluszkowce, ul. Przemysłowa 10 i „WOD-BUD” Śleziak Sp. J., 38-340 Biecz, Korczyna 230/2, (adres lidera konsorcjum 38–400 Krosno, ul. Grodzka 26),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża F.H.U. „FEWATERM” Sp. J. Ferdynand Czuba & Waldemar Czuba, 33–180 Gromnik, Chojnik 88 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiące wpis od odwołania uiszczony przez **F.H.U. „FEWATERM” Sp. J. Ferdynand Czuba & Waldemar Czuba, 33–180 Gromnik, Chojnik 88,**

- 
- 2) dokonać wpłaty kwoty 563,00 zł 00 gr (słownie: pięćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy) przez **F.H.U. „FEWATERM” Sp. J. Ferdynand Czuba & Waldemar Czuba, 33–180 Gromnik, Chojnik 88** na rzecz **Gmina Biecz, 38–340 Biecz, ul. Rynek 1,** stanowiącej zwrot uzasadnionych kosztów strony poniesionych w związku z dojazdem pełnomocników na posiedzenie Izby i rozprawę.

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

**Przewodniczący:**

.....

2

---

**Uzasadnienie**

Odwołujący F.H.U. „FEWATERM” Sp. J. Ferdynand Czuba & Waldemar Czuba, Chojnik 88 wniósł na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie ustawą Pzp, odwołanie od czynności zamawiającego Miasto Biecz polegającej na odrzuceniu oferty.

Przedstawił zarzuty:

- nieprawne odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę,
- uznanie oferty odwołującego jako sprzecznej z postanowieniami siwz.

Określił żądanie - uwzględnienie odwołania.

W uzasadnieniu odwołania podał, że jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez zamawiającego Burmistrza Miasta Biecz.

Pismem z dnia 27 września 2010r. znak IZP.341-12/10 zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz złożenia wyjaśnień co do treści oferty. Wątpliwości zamawiającego wzbudzał sposób wyliczenia ceny. sądził także przedłożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty - dla wszystkich pozostałych zadań, które mają przełożenie na ostateczną (sumę) cenę ryczałtową netto. Odwołujący podniósł, że mimo, iż zamawiający w sentencji przesłanego pisma powoływał się na art. 90 ustawy Pzp, to jednakże z treści pisma wynikało, że chodzi o uzasadnienie sposobu wyliczenia ceny, z uwagi na niezgodność sumowania na poszczególnych zadaniach w przedłożonym do oferty załączniku. Odwołujący odpowiedział zamawiającemu pismem z dnia 1 października 2010 r. wskazując, że zarzut skierowany do odwołującego dotyczący zaproponowanej ceny ryczałtowej za wykonanie całości zamówienia jako rażąco niskiej jest niesłuszny, gdyż cena rażąco niska to cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zadania poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim wypadku należałoby stwierdzić, że nie jest to cena rynkowa, tj. nie występująca na rynku. W takim ujęciu cena zaproponowana przez odwołującego nie jest ceną rażąco niską. Ponadto, odwołujący wskazał w odniesieniu do kwestii wyjaśnienia treści złożonego załącznika, że ostateczna zaproponowana cena ryczałtowa po zsumowaniu głównych cen za poszczególne zadania nie ulega zmianie, a brak wypełnienia wartości na podpozycjach załącznika, nie może stanowić przesłanki odrzucenia oferty z powodu opisanej w siwz ceny ryczałtowej.

3

---

Podał, że zamawiający pismem z dnia 6 października 2010r. znak: IZP.341-12/10 odrzucił ofertę odwołującego uznając przedłożone wyjaśnienia jako niewystarczające. Uzasadnił stanowisko tym m.in., że z porównania ceny oferty odwołującego z wartością kosztorysu inwestorskiego oraz ceną podaną przez drugiego wykonawcę, cena odwołującego jest rażąco niska. Stwierdził ponadto, że zaniżenie ceny oferty odwołującego jest „widoczne gołym okiem i oczywiste”.

Odwołujący podniósł, że wielokrotnie w orzecznictwie wskazywano, iż cena rażąco niska to cena, która przy zachowaniu reguł rynkowych powoduje, że wykonanie zamówienia byłoby nieopłacalne dla wykonawcy. Rażąco niska cena jest więc niewiarygodna i oderwana całkowicie od realiów rynkowych.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, orzecznictwo Zespołów Arbitrów i KIO.

Podał, biorąc pod uwagę powyższe, iż stwierdzenie zamawiającego, że oferta odwołującego jest rażąco niska jest bezprawne, a tym samym odrzucenie oferty odwołującego jest czynnością wadliwą.

Podniósł, że oferta jest tańsza o blisko 1 900 000 zł od drugiej w kolejności oferty i, że zamawiający jako podmiot gospodarujący środkami publicznymi jest zobowiązany do ich racjonalnego wydatkowania. Stąd, wybór oferty znacznie droższej, jest przejawem niegospodarności zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podtrzymał swoje stanowisko odnośnie odrzucenia oferty odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania. Uznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę oraz błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić i które stanowią o niezgodności treści oferty z treścią siwz (rozdział XIX pkt 5-9 siwz w związku z § 8 wzoru umowy).

Wskazał błędy w sumowaniu wartości zadań nr 6 i 10. Przedstawił zestawienie wartości zadań wg załącznika nr 13 złożonego wraz z ofertą i załącznika nr 13 złożonego w wyniku wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień. Z zestawienia wynika różnica w zakresie zadania nr 6 (wartość razem zadanie 6 - 385 039,39 zł brutto, wartość po poprawionym zsumowaniu 913 472,46 zł) i zadania nr 10A (w pierwotnym załączniku nie podano wartości razem roboty budowlane, w poprawionym załączniku podano wartość razem roboty budowlane 81 740 zł).

Podniósł również, że odwołujący składając ponownie załącznik nr 13 zmienił ofertę naruszając tym przepis art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Zwrócił uwagę na różnice w cenie dwóch złożonych ofert oraz różnicę ceny oferty w stosunku do wartości zamówienia. Uznał, że odpowiedź odwołującego nie stanowi wyjaśnienia, gdyż nie spełnia przesłanek wynikających z

art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Powołał się na orzecznictwo Sądów Okręgowych - w Warszawie i Częstochowie, Zespołu Arbitrów i KIO.

Przystępujący w piśmie pod nazwą pismo procesowe - argumentacja przystępującego podał, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego zmusiły zamawiającego do odrzucenia jego oferty. Uznał, że wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień było zrozumiałe i jednoznaczne, a odwołujący składając wyjaśnienia dokonał niedozwolonej zmiany swojej oferty, czym bezpośrednio naruszył art. 82 ust. 1 ustawy Pzp (złożenie kolejnej oferty ze zmienionym kosztorysem załączonym do wyjaśnień).

Wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp - zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej. Odwołujący nie wskazał na żaden z przykładowo podanych aspektów, ale złożył nowy kosztorys - nową ofertę. Pismo wraz z załączonym nowym kosztorysem nie stanowi wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 2 Pzp - w wyniku czego stwierdził, że zamawiający nie miał wyboru i był zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy, w związku z brzmieniem art. 90 ust. 3 Pzp. Powołał się na wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie i orzecznictwo KIO. Podkreślił, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego stanowiły niedozwoloną zmianę oferty oraz podstawę do uznania rażąco niskiej ceny.

Analizując pierwotną treść załącznika nr 13 pod nazwą „Zestawienie wartości oferty wynagrodzenia ryczałtowego” przystępujący stwierdził, że o rażąco niskiej cenie świadczy podana przykładowo wycena niektórych robót.

1. Zadanie nr 10, Część A: Roboty budowlane, pkt 1 „Alejki z kostki granitowej”.

Dokumentacja techniczna obejmuje wykonanie zakresu robót na powierzchni 730m<sup>2</sup>:

Odwołujący zaoferował wykonanie robót za kwotę 17.500 złotych (netto).

Tymczasem sam koszt zakupu i dostawy kostki granitowej o wymaganych parametrach oraz w ilościach określonych w dokumentacji projektowej i przedmiarze robót stanowiącym materiał pomocniczo-informacyjny, wynosi powyżej 60 tysięcy złotych (netto). Dla zobrazowania, że różnice w cenach materiałów zaoferowanych przez uczestników postępowania muszą być nieznaczne, podkreślił, iż jedynym miejscem w Polsce, skąd można pozyskać ten materiał, są okolice Strzegomia, przy czym ceny oferowane przez jego producentów są niemal identyczne.

Dodatkowo podniósł, że odwołujący powinien przewidzieć również w cenie oferty koszty zakupu i dostawy kruszywa oraz podsypki cementowo-piaskowej na wykonanie określonych w projekcie technicznym warstw podbudowy, niezbędnych robót rozbiórkowych (w tym koszt wywozu i utylizacji gruzu) oraz koszty pracy sprzętu i wynagrodzenia zatrudnionych

pracowników. Uznał w związku z powyższym, że niemożliwe jest wykonanie wskazanego elementu robót za kwotę 17.500,00 złotych (netto). Dla wykazania różnicy cenowej pomiędzy obiema ofertami podał, że wartość dla tego elementu prac zaoferowana przez przystępującego wyniosła 158.084,40 zł (netto).

2. Zadanie nr 10 Część A : Roboty budowlane, pkt. 4 „Obrzeża trawnikowe granitowe przy alejkach, chodnikach i schodach terenowych”.

Dokumentacja techniczna przewiduje ułożenie obrzeży trawnikowych z granitu na długości 2.060,00 mb, gdzie należało uwzględnić zgodnie z dokumentacją techniczną oraz przedmiarem robót stanowiącym materiał pomocniczo-informacyjny, odpowiedni zakres prac. Odwołujący zaoferował wykonanie szerokiego zakresu robót za cenę 2.000,00 złotych netto, gdy jedynie sam koszt zakupu i dostawy materiału granitowego na wykonanie obrzeży wynosi powyżej 160.000,00 PLN (netto).

Zatem, koszt wykonania 1 mb obrzeża granitowego wraz z kosztem zakupu i dostawy pozostałych materiałów, pracą ludzką oraz wynajmem sprzętu (przy założeniu że wykonane zostaną wszystkie roboty towarzyszące), wynosi w ofercie odwołującego poniżej 1,00 złote (netto), co w ocenie przystępującego jest nierealne.

Podkreślił jak w pierwszym przykładzie, że jedynym miejscem w Polsce, skąd można

pozyskać niezbędny materiał są okolice Strzegomia. Wskazał również, że ceny oferowane przez producentów są porównywalne.

Wartość podanego elementu w ofercie przystępującego wyniosła 306.484,48 zł netto.

3. Zadanie nr 10, Część A. Roboty budowlane, pkt 6 „Urządzenia placu zabaw i rekreacji”.

Odwołujący zaoferował wykonanie zakresu prac objętych dokumentacją projektową za kwotę 10.000 złotych (netto).

Przystępujący ustalił, że sam koszt zakupu oraz montażu altany drewnianej wynosi powyżej 21.000,00, a łączny koszt wszystkich urządzeń powyżej 90.000,00 zł (netto), bez wykazywania innych występujących robót towarzyszących np. czyszczenia głazów granitowych wraz z kosztem realizacji nadruków. Uznał, że niemożliwe jest wykonanie robót za kwotę 10.000 złotych (netto). Wartość tego elementu w ofercie przystępującego wyniosła 107.4450,00 zł netto.

Wniósł o dopuszczenie dowodu z cenników obowiązujących na rynku budowlanym w zakresie przedmiotowego postępowania - przedstawionych na rozprawie. Podkreślił, że ceny zaoferowane przez odwołującego są nierealne również z punktu logicznej oceny, doświadczenia życiowego i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorcy.

Reasumując uznał, że oferta odwołującego została zmieniona w wyniku złożonych wyjaśnień, co czyni niemożliwym ustalenie treści oświadczenia woli, jakie odwołujący złożył w celu zawarcia umowy. Stwierdził, że na podstawie oferty odwołującego i złożonych wyjaśnień nie jest możliwe zawarcie umowy, a tym bardziej jej wykonanie.

6

---

Skład orzekający KIO ustalił, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane pod nazwą „Rewitalizacja układu staromiejskiego miasta Biecz dla rozwoju produktu turystycznego - część I, etap 2”, o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Przedmiotem odwołania jest odrzucenie oferty odwołującego.

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 27 września 2010 r. znak: IZP.341-12/10 do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w przedmiocie sumowania zadań nr 6 i 10 w „Zestawieniu wartości oferty wynagrodzenia ryczałtowego”, sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 13 do siwz oraz wyjaśnienia ceny oferty w związku z wątpliwościami, czy cena nie jest rażąco niska. Odwołujący złożył w dniu 1 października 2010 r. załącznik nr 13, w którym w miejsce brakującego sumowania zadania nr 6 i omyłkowo dokonanego sumowania w zadaniu nr 10, wstawił prawidłowo zsumowane kwoty.

Nie wyjaśnił natomiast elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty. Przedstawił swoje stanowisko w zakresie pojęcia rażąco niskiej ceny oraz podał, że zamawiający przy ryczałtowej cenie oferty nie jest uprawniony do żądania wyjaśnień.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego (pismo z dnia 6 października 2010r. znak: IZP.341-12/10) na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust.1 pkt 4 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (niezłożenie wyjaśnień na wezwanie zamawiającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty i uznanie jej za rażąco niską, sprzeczność treści oferty z treścią siwz w związku z błędem w obliczeniu ceny oferty).

#### **Skład orzekający KIO zważył, co następuje.**

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wnosząc odwołanie, gdyż jego oferta jest tańsza od oferty wybranej (złożono tylko dwie oferty w postępowaniu).

Odwołanie nie może być jednak uwzględnione, pomimo wykazania niezasadności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z pkt 6 ust. 1 tego artykułu, z powodu niezgodności treści oferty z treścią siwz w związku z błędem w obliczeniu ceny oferty.

W tym zakresie odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie sumowania ceny oferty w zadaniach nr 6 i 10. Nie ulega wątpliwości, że sumowanie podane w załączniku nr 13 złożonym wraz z ofertą było nieprawidłowe. Odwołujący składając załącznik z prawidłowo dokonanym sumowaniem cen w zadaniach nr 6 i 10 i wyjaśniając w piśmie omyłkę, złożył w istocie wymagane wyjaśnienia. Z porównania kwot podanych w

załączniku nr 13 złożonym wraz z ofertą i podanych w załączniku złożonym na wezwanie, wynika, że omyłki w obliczeniu ceny oferty zostały wyjaśnione, co zostało przyznane przez zamawiającego na rozprawie.

Skład orzekający nie podziela stanowiska zamawiającego i przystępującego, że złożenie ponownie załącznika nr 13 stanowi nieuprawnioną czynność odwołującego polegającą na zmianie treści oferty wraz ze zmianą ceny. Z zestawienia porównawczego obu załączników sporządzonego przez zamawiającego, zamieszczonego w piśmie o odrzuceniu oferty i w piśmie złożonym jako odpowiedź na odwołanie wynika, że zmieniony załącznik dotyczy wyłącznie sumowania wartości zadania nr 6 i 10. Forma wyjaśnień nie została określona przez zamawiającego w wezwaniu, podanie więc prawidłowo zsumowanych części, niezależnie od formy, nie może być uznane jako niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Na podstawie złożonego załącznika zamawiający był zobowiązany do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie.

Nie potwierdził się zaś zarzut odwołującego odnośnie bezpodstawności odrzucenia oferty z powodu niezłożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i w konsekwencji tego braku uznania ceny za rażąco niską.

Odwołujący nie podważył w odwołaniu zarzutu zamawiającego odnośnie odrzucenia oferty z powodu niezłożenia wyjaśnień lecz wykazywał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniania ceny oferty w razie podejrzenia rażąco niskiej ceny. Istotnie, ustawa Pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny. Z orzecznictwa i doktryny, w tym stanowiska UZP (opinie prawne) wynika, że w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy odnieść cenę oferty do wartości przedmiotu zamówienia, cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, a także cen rynkowych dotyczących danego rodzaju zamówienia. Niezależnie od stanowiska odwołującego w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny oferty, miał on obowiązek, zgodnie w wezwaniem zamawiającego, do złożenia wymaganych wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający jednoznacznie określił w wezwaniu w jakim zakresie oczekuje wyjaśnień, wyznaczył termin na ich udzielenie oraz wskazał przepis zobowiązujący do odrzucenia oferty w razie niezłożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Brak wymaganych wyjaśnień odwołującego (ograniczono stanowisko do kwestionowania uprawnień zamawiającego w zakresie żądania wyjaśnień oraz wskazywano na interpretację pojęcia rażąco niskiej ceny), stanowi samo w sobie podstawę odrzucenia oferty na mocy art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, niezależnie, czy w istocie cena oferty jest rzeczywiście rażąco niska, czy też nie. Z tego powodu, w ocenie składu orzekającego, nie ma znaczenia w sprawie złożone przez odwołującego na rozprawie zestawienie cen ofert z innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w których odwołujący uczestniczył.

Zamawiający i przystępujący, w szczególności na podstawie przedłożonych cen obrzeży granitowych, wykazali, przy braku skutecznej przeciwnej argumentacji odwołującego, że cena oferty odwołującego (5 482 880,67 zł) budzi wątpliwości co do jej wysokości adekwatnej do przedmiotu zamówienia (kosztorys inwestorski 8 212 560,00 zł), cen rynkowych (wskazywana m.in. cena granitu) oraz ceny wybranej oferty (7 427 970,02 zł). Odwołujący zobowiązany był więc do złożenia wyjaśnień zgodnie z wezwaniem zamawiającego.

Reasumując powyższe ustalenia, skład orzekający KIO oddalił odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż mimo wykazania braku podstaw do odrzucenia oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią siwz i błędu w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp), odwołujący nie wykazał, że odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z powodu niezłożenia wyjaśnień na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu tej przyczyny odrzucenia oferty), jest niezasadne. Podważał jedynie uznanie ceny oferty za rażąco niską (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Nie udowodnił, że odrzucenie oferty stanowi nieuprawnioną czynność zamawiającego. Zatem, nie może mieć zastosowanie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku sprawy. Do kosztów postępowania zaliczono wpis od odwołania oraz kwotę 563 zł stanowiącą uzasadnione koszty zamawiającego związane z dojazdem pełnomocników na posiedzenie i rozprawę Izby – zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący**

.....

9

---

10