Sygn. akt KIO 1569/13

WYROK
z dnia 12 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: CyprianŚwiś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **Zakład Sprzątania Wnętrz J.…... J.…..…. „MOP 83" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 82-310 Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7a,**
w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 2573, 95-100 Zgierz, ul. Konstantynowska 85,**

przy udziale wykonawcy **ECO-PLAN Spółka Akcyjna, 76-200 Słupsk, ul. Szczecińska 99,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert - zadanie 1, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu wyroku,

2)kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową 2573, 95-100 Zgierz, ul. Konstantynowska 85i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Sprzątania Wnętrz J.…..…. J.…..…. „MOP 83" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 82-310 Gronowo Górne,ul. Szafirowa 7a, tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od Jednostki Wojskowej2573, 95-100 Zgierz, ul. Konstantynowska 85na rzecz wykonawcy Zakład Sprzątania Wnętrz J.…..… J.…..… „MOP 83" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 82-310 Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7a, kwotę **18 734 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset trzydzieści cztery złote zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Łodzi.**

Przewodniczący: ….....……..

Sygn. akt KIO 1569/13

Uzasadnienie

Zamawiający - Jednostka Wojskowa 2573 w Zgierzu -prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę utrzymania czystości w obiektach kubaturowych oraz terenach zewnętrznych i terenach zieleni na obiektach administrowanych przez 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy" (2 zadania).

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp".
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu

03/05/2013 r., nr 2013/S 086-146287.

Wykonawca - Zakład Sprzątania Wnętrz J.…….. J.…….. „MOP 83" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gronowie Górnym, zwany w skrócie „odwołującym", wniósł odwołanie od czynności i zaniechania zamawiającego w zadaniu 1.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 1-2 ustawy Pzp, przez wadliwe zastosowanie lub zaniechanie zastosowania.
Naruszenie przepisów nastąpiło przez:
- zaniechanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy: ECO-PLAN S.A. z siedzibą w Słupsku (dalej: „ECO-PLAN") do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że zachodzą przesłanki uzasadniające takie wezwanie, gdyż w ocenie odwołującego, zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 Pzp);
- wybór oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Pzp, w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp).

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; przeprowadzenie badania i oceny oferty ECO-PLAN na podstawie art. 90 ust. 1-2 Pzp; wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na spełnienie przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Podniósł, że wobec zaoferowanej ceny przez wybranego wykonawcę, zachodzi domniemanie rażąco niskiej ceny oferty, uzasadniające wdrożenie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej, przewidzianej w art. 90 ust. 1-2 Pzp. Odwołujący podał, że zamawiający wybrał w sposób wadliwy ofertę ECO-PLN, jako najkorzystniejszą, drugą w kolejności była oferta odwołującego,

przy jedynym kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%.
Skutkiem ponownego badania wybranej oferty może być uznanie jej, jako podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 lub art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 Pzp. W konsekwencji oferta odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wskazał, że cena oferty wybranej uzasadniała zastosowanie art. 90 ust. 1 Pzp.
Odwołujący przedstawił zestawienie cen ofert złożonych w postępowaniu na zadanie 1 oraz proporcji cen w stosunku do przedmiotu zamówienia, rozumianego, jako wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego. Podał proporcję ceny wybranej oferty do wartości przedmiotu zamówienia, jako 54,62%, natomiast proporcję ceny oferty wybranej do ceny oferty odwołującego, jako 16,22%, natomiast w stosunku do średniej arytmetycznej pozostałych ofert - około 30,04%.
Podniósł, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, mimo istnienia przesłanek do dokonania tej czynności oraz w konsekwencji ewentualnych podstaw do odrzucenia oferty, jako oferty z rażąco niską ceną lub ceną dumpingową, w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1).
Zwrócił uwagę na sposób kalkulowania ceny usługi będącej przedmiotem zamówienia, w tym wskazał różnicę w ofertach - swojej i wybranej, ponad jeden milion dwieście tysięcy złotych, co przekłada się mi. in. na różnicę etatów około 20 oraz niezbędną do świadczenia usługi ilość sprzętu.
Wskazał, że cena oferty wybranej jest nierealistyczna i nie pozwala na zrealizowanie zamówienia, zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, w szczególności na wypracowanie zysku, czy nawet pokrycie kosztów wykonania zamówienia.
Powołał się na orzecznictwo Izby i sądów powszechnych w przedmiocie, przede wszystkim obowiązku zamawiającego wynikającego z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp.

Na rozprawie odwołujący sprecyzował stanowisko wskazując, że podważa wyłącznie zaniechanie zamawiającego wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, następnie, w razie złożenia wyjaśnień dokonania ich oceny z uwzględnieniem przesłanek określonych w ust. 2 tego artykułu oraz zastosowanie dalszego postępowania wynikającego z przepisów Pzp.
Podkreślił, że cena zaoferowana w wybranej ofercie, w porównaniu z ceną przedmiotu zamówienia oraz cenami pozostałych ofert, w tym najbliższą cenowo ofertą odwołującego, uzasadnia domniemanie rażąco niskiej ceny, które powinno być obalone przez wykonawcę.

Wykonawca ECO-PLAN S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, podnosząc w zgłoszeniu przystąpienia, że zaoferowana cena jest rażąco niska na skutek błędu spowodowanego podaniem w ofercie cen netto wskazanych, jako brutto, w wyniku zastosowania przez zamawiającego nietypowego w postępowaniach przetargowych formularza ofertowego. Innymi słowy cena oferty została ustalona z pominięciem podatku VAT. Do pisma załączył zestawienie porównawcze cen ofert - swojej i wykonawcy, który dotychczas świadczył usługę, z uwzględnieniem okresów jej świadczenia.

Wykonawca wniósł drugie pismo oznaczone, jako „Stanowisko przystępującego w rozprawie", w

którym podtrzymał twierdzenie o rażąco niskiej cenie zaoferowanej w swojej ofercie, powstałej na skutek błędu w obliczeniu ceny, przedstawił stosunek cen ofert do przedmiotu zamówienia, odniósł też zaoferowaną cenę do ceny umowy zawartej w listopadzie 2011 r. na ten zakres świadczenia usługi, przez wykonawcę, który w konsekwencji wypowiedział umowę ze względu na ponoszone straty i w aktualnym postępowaniu złożył ofertę z najwyższą ceną w zadaniu 1.

Przystępujący wskazał sposób obliczenia ceny oferty narzucony przez zamawiającego, jako błędny. Przedstawił kalkulację faktyczną ceny całkowitej w zadaniu 1: część 1 - wartość netto i cena (brutto) kompleksowej usługi utrzymania czystości w budynkach i na terenach zewnętrznych w okresie 29 miesięcy - cena miesięczna 261 646,06 zł; 2 - wartość netto i cena (brutto) utrzymania czystości i porządku w budynkach przez 29 miesięcy oraz utrzymania czystości na terenach utwardzonych przez 18 miesięcy i utrzymania terenów utwardzonych w okresie zimowym przez 11 miesięcy - cena miesięczna 226 616,60 zł;
3 - kalkulacja miesięcznych kosztów netto do poniesienia w celu właściwej realizacji umowy, tj. sprzątanie budynków, terenów utwardzonych i terenów zielonych - 228 961,56 zł. miesięcznie netto. Wskazał niedoszacowanie wartości netto za 29 miesięcy o ok. 15%oraz, że cena oferty stanowi 47% ceny przedmiotu zamówienia.

Na rozprawie przystępujący podkreślał przede wszystkim błąd w obliczeniu ceny przez pominięcie podatku VAT w ofercie. Jednocześnie wskazał, że gdyby dodano do ceny oferty kwotę VAT, wówczas cena oferty byłaby realna.

Zamawiający nie przedstawił pisemnego stanowiska. Na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że ceny jednostkowe są istotne, gdyż wynagrodzenie za usługę będzie wypłacane wykonawcy na podstawie tych cen i faktycznie wykonanych czynności. Złożył tabele porównawcze (2 razy format A4): tabela nr 1 przedstawia ceny brutto za 1 m kw. sprzątanych powierzchni wskazane przez ośmiu wykonawców: trzech wykonawców, do których zamawiający skierował zapytania o ceny (kolumny oznaczone literami B, C, D); trzech wykonawców (E, F, G), którzy złożyli oferty w postępowaniu; oraz dwóch wykonawców (I, J), z którymi zawarte są umowy obowiązujące do listopada br. W pozycji D, konsorcjum SOEN Sp. z o.o., przykładowo - na pytanie informacyjne wykonawca ten wskazał, jako jedną ze stawek 2,71 zł, natomiast w ofercie wycenił tę pozycję - cena jednostkowa - 1,19 zł; tabela 2 - porównanie cen jednostkowych wynikających z ofert: konsorcjum SOEN - dotychczasowego wykonawcy, który złożył w tym postępowaniu ofertę z najwyższą ceną, przystępującego i odwołującego. Z opracowania wynika zróżnicowanie cen jednostkowych. Ceny w skonkretyzowanych ofertach są niższe niż przedstawione w informacjach złożonych na zapytanie zamawiającego. Wyższe ceny w jednych pozycjach zostały zrekompensowane cenami niższymi w innych pozycjach. Na podstawie powyższego, zamawiający stwierdził zawyżenie szacunku zamówienia, gdyż został on sporządzony na

podstawie informacji pozyskanych od podmiotów świadczących tego typu usługi, które oferują w ofertach inne ceny. Nie przedstawił realnego szacunku zamówienia w formie możliwej do uwzględnienia, jako dowodu w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu z drugą w kolejności ceną pod względem kryterium oceny ofert. Wyeliminowanie wybranego wykonawcy z postępowania, stwarzałoby

odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia, stąd w ocenie Izby zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp, warunkujące wniesienie odwołania podlegającego merytorycznemu rozpoznaniu.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie odwołującego, po oddaleniu opozycji zamawiającego, wykonawca ECO-PLAN Spółka Akcyjna z siedzibą w Słupsku, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza. Wniósł o uwzględnienie odwołania uzasadniając swoje stanowisko zaoferowaniem ceny rażąco niskiej w wyniku błędu w sposobie obliczenia ceny oferty, przez pominięcie podatku od towarów i usług VAT.

Wykonawca SOEN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, wobec niezachowania formy zgłoszenia przystąpienia, o której stanowi przepis art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w zakresie zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Odwołanie dotyczy zadania 1, w którym bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 13 892 934,85 zł. W postępowaniu złożono oferty: przystępujący (oferta wybrana) 7 587 735,81 zł, odwołujący 8 818 609,47 zł, pozostali wykonawcy - dwie oferty zbliżone cenowo - 9 066 319,91 zł, 9.294 849,97 zł oraz dwie na poziomie 10 130 869,99 zł i wykonawca, który dotychczas świadczył tę usługę 10 977 612,55 zł.
Cena oferty wybranej stanowi 54,62% ceny przedmiotu zamówienia (7 587 735,81 zł i cena 13 892 934,85 zł), tj. wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego z należytą starannością, powiększonej o kwotę podatku VAT, co powinno stanowić kwotę podaną bezpośrednio przed otwarciem ofert, jako kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Stosunek ceny oferty odwołującego (8 818 609,47 zł) do ceny

przedmiotu zamówienia (13 892 934,85 zł) wynosi 63,48%, a więc różnica pomiędzy cenami ofert obu wykonawców w stosunku do ceny przedmiotu zamówienia wynosi 8,86%.

Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty następująco.
XIII. Opis sposobu obliczenia ceny. 1. Wykonawca zobowiązany jest do obliczenia ceny oferty z należytą starannością. 2. Cena ofertowa brutto powinna zawierać wszystkie koszty związane z oferowaną realizacją zamówienia. 3. Cena powinna być tylko jedna dla każdego zadania. 4.Zamawiający przyjął maksymalną częstotliwość wykonywanych usług do celów obliczeniowych, a płatność nastąpi za faktycznie wykonaną usługę. Wysokość obowiązywania stawki VAT: 23% - usługa sprzątania biur, 8% - usługa sprzątania ulic i chodników, 8% - usługa utrzymania terenów zielonych. 5. W celu obliczenia ceny oferty należy wycenić usługi sprzątania budynków oraz terenów zewnętrznych - załączniki nr 1 a, 1b do SIWZ dla każdego zadania oddzielnie. 6. Cenę oferty stanowi łączna cena brutto obejmująca cały okres realizacji przedmiotu zamówienia i wynikająca z wypełnionych załączników. 7. Cenę oferty, którą należy przyjąć do celów obliczeniowych stanowi łączna wartość brutto danego zadania obejmująca okres od 01.07.2013 r. do dnia 30.11.2015 r. obejmująca cenę maksymalnej częstotliwości wykonywanych usług ujętych przez zamawiającego. 8. Łączna wartość brutto dla danego zadania zostanie obliczona, jako suma wartości brutto wszystkich pozycji dla danego zadania, obejmująca utrzymanie czystości i porządku zarówno w budynkach jak i na terenach. 9. Ocenie podlegać będzie cena brutto oferty dla każdego z zadań osobno. 10. Wszystkie ceny określone przez Wykonawcę zostały ustalone na okres obowiązywania umowy i nie mogą ulec zmianie niezależnie od wszelkich czynników. 11. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w ustawie Pzp oraz SIWZ i została oceniona, jako najkorzystniejsza w oparciu o podane kryteria wyboru określone w rozdziale XIV SIWZ. 12. Cena oferty musi być podana w zł (PLN), cyfrowo i słownie, z uwzględnieniem podatku VAT, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, tj. na każdym etapie obliczania ceny kwoty zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza. 13. Rozliczenia pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym będą dokonywane w polskich złotych w formie przelewu. 14. Zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu.

Wybrany wykonawca przedstawił cenę oferty opracowaną zgodnie z załącznikami do SIWZ, podając stawki jednostkowe za okres od 01.07.2013 r. i od 01.10.2013 r. z podziałem na rodzaj obiektów i terenów do sprzątania, rodzaj czynności do wykonania, wskazując we wszystkich kolumnach stawki jednostkowe brutto. Łączna cena (brutto) dla zadania 1 została podana, jako kwota 7 587 735,81 zł. W żadnej części załączników do formularza ofertowego

nie zostały wskazane wartości jednostkowe, jako netto, nie została też wskazana końcowa wartość oferty, jako wartość netto (w uzasadnieniu Izba posługuje się pojęciem „wartość netto", oznaczającym wartość bez podatku VAT oraz pojęciem „cena", oznaczającym cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, a więc wartość netto z obowiązującym podatkiem VAT - art. 2 pkt 1 Pzp). Również podatek VAT (stawka i/lub kwota) nie został w żadnej części oferty wskazany odrębnie.
W formularzu ofertowym w pkt 2 odwołujący zamieścił oświadczenie, że w załącznikach określił „wartość brutto", również określił wszystkie stawki jednostkowe, jako ceny jednostkowe brutto.
Mimo, że zamawiający podał w SIWZ wysokość obowiązującej stawki VAT: 23% - usługa sprzątania biur, 8% - usługa sprzątania ulic i chodników, 8% - usługa utrzymania terenów zielonych, którą należało uwzględnić w cenie oferty, praktycznie nie ma możliwości bezpośredniego odczytania kwoty VAT w cenie oferty (okoliczności bezsporne). Jednak cena oferty przystępującego, biorąc pod uwagę sposób jej przedstawienia w formularzu ofertowym, nie wskazuje w sposób bezpośredni na ofertę sporządzoną z błędem w sposobie obliczenia ceny oferty. Kwestia błędu w obliczeniu ceny oferty nie stanowiła zarzutu odwołania, podniesiona została przez przystępującego, jako przyczyna wskazania rażąco niskiej ceny oferty, stąd też nie była oceniana na rozprawie i nie stanowi elementu rozstrzygnięcia Izby.

Izba rozpoznając odwołanie związana jest zarzutami przedstawionymi w odwołaniu i tylko w tym zakresie jest uprawniona i zobowiązana do oceny stanowiska przedstawionego przez odwołującego.
Przedmiotem zarzutu odwołania rozumianego, jako wyraźnie wskazaną czynność zamawiającego mającą naruszać przepis prawa i określać sposób jego naruszenia (wyrok Izby z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 589/13), jest zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1-2 Pzp, wobec domniemania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy relacja ta stanowi 54,62%. Odwołujący przedstawił w odwołaniu ostrożną konstrukcję zarzutu. Nie przesądził o ocenie zamawiającego przez uznanie ceny oferty przystępującego, jako rażąco niskiej, czy naruszającej zasadę uczciwej konkurencji, wskazując jedynie zaniechanie wszczęcia i przeprowadzenia postępowania, jako procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1-2 Pzp, której efektem może być dopiero czynność określona w art. 90 ust. 3, czy w art. 89 ust. 1 pkt 3 i/lub 4 Pzp, czy też z uwzględnieniem art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W orzecznictwie jednoznacznie przyjęto, że zaniechanie procedury określonej we wskazanym przepisie art. 90 ust. 1 Pzp, jest samodzielną przesłanką określającą obowiązek zamawiającego, podlegającą ocenie z zastosowaniem środków ochrony prawnej.

Niewątpliwie różnica ceny oferty wybranej w porównaniu z ceną przedmiotu zamówienia, stanowi uzasadnioną okoliczność zobowiązującą zamawiającego do podjęcia czynności, której zaniechanie stanowi podstawę zarzutu odwołania.

Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp nie ma obowiązku udowodnienia, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ma wykazać jedynie zaistnienie możliwości (podejrzenia) zaoferowania ceny rażąco niskiej, które to podejrzenie (możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej) obliguje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Stosownie do art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie

wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dopiero skutkiem oceny złożonych wyjaśnień jest ustalenie lub nie, zaoferowania ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). W orzecznictwie wskazano, że procedurę wyjaśnienia ceny oferty należy wszcząć nie tylko wtedy, gdy cena w oczywisty sposób jest zaniżona, ale także wtedy, gdy wydaje się, czy też istnieje podejrzenie, że oferta przedstawia rażąco niską cenę. Stanowisko takie przedstawił Europejski Trybunał Sprawiedliwości. „Art. *29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania, którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. 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") - na podstawie wyroku z dnia 8 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 177/13.

Rozpoznając odwołanie zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 Pzp (w granicach przedstawionych w nim zarzutów) oraz oceniając postępowanie dowodowe w kontekście żądań przedstawionych w odwołaniu, Izba uwzględniła odwołanie podważające czynność wyboru oferty najkorzystniejszej mimo domniemania rażąco niskiej ceny i zaniechania wyjaśnienia tej kwestii w obligatoryjnym postępowaniu zamawiającego wynikającym z art. 90 ust. 1-2 Pzp.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie określa treści, zakresu wezwania, poza wymogiem wskazania terminu, w jakim wyjaśnienia mają być złożone.
Elementy, jakie zamawiający jest zobowiązany wziąć pod uwagę przy ocenie wyjaśnień zostały wskazane w art. 90 ust. 2 Pzp, z możliwością uwzględniania również innych okoliczności. Przepis stanowi, że ocena wyjaśnień powinna być dokonana z uwzględnieniem obiektywnych czynników, w szczególności powinna uwzględniać oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
Skutki oceny wyjaśnień wynikają z przepisu art. 90 ust. 3 Pzp, stanowiącego zobowiązanie zamawiającego do odrzucenia oferty w dwóch przypadkach - nie złożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień, które wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty wynika też z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia).
Posługując się opisem zamieszczonym w streszczeniu sprawozdania Trybunału Europejskiego - orzeczenie Trybunału z dnia 22 czerwca 1989 r., sprawa C-103/88 („Costanzo") - można uznać, że tryb z art. 90 ust. 1-3 Pzp wraz z konsekwencjami określonymi w tym przepisie ma zastosowanie w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny, natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdy w sposób oczywisty oferta przedstawia rażąco niską cenę (wyrok Izby w tym samym składzie orzekającym z dnia 27 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1382/13).
\W przedmiocie rażąco niskiej ceny w sądownictwie wskazano: Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że „Istotna jest (…) cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. (…) Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska, to taka która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego". W wyroku z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 179/13 wskazany sąd podniósł: „Podkreślenia jednak wymaga, że na chwilę oceny oferty, jedynym rzeczywiście obiektywnym miernikiem tego, czy cena jest niska, jest wartość zamówienia z podatkiem VAT". W wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08 Sąd Okręgowy w Poznaniu uznał: „przepisy Pzp ani przepisy unijne czy też orzecznictwo zarówno krajowe, jak i ETS nie wykształciło definicji pojęcia „rażąco niska cena". (…) W czasie wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje czy składniki ceny".

Zaniechanie czynności wynikających z przepisu art. 90 ust. 1 Pzp stanowi podstawę do uwzględnienia odwołania, nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w toku której zamawiający dokonuje wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami wskazującymi na realność ceny oferty oraz oceny czynności, bądź zaniechania wezwanego wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp.
Przystępujący złożył oświadczenie, że informował telefonicznie zamawiającego po otwarciu ofert o pominięciu w cenie oferty podatku VAT, czemu zamawiający nie zaprzeczył. Izba wskazuje, że zamawiający jest uprawniony w toku powtórzenia czynności badania i oceny ofert do czynności badawczych w każdym niezbędnym zakresie, w celu dokonania wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej, zgodnie z postanowieniami SIWZ.
Należy jednak podnieść, że w przypadku ustalenia błędu w obliczeniu ceny oferty, skutek z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp czyni bezprzedmiotowym wzywanie wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.
Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w rozpoznanej sprawie.
Reasumując powyższe, Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 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). Izba uwzględniła wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600 zł i koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby w kwocie 134 zł na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia.

Przewodniczący: ……