

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 maja 2009 r.

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Wojciech Turzański (spr.)

Sędziowie: SO Małgorzata Skoczyńska

SO Beata Błotnik

Protokolant stażysta Kinga Sobka

po rozpoznaniu w dniu 22 maja 2009 r. w Lublinie

na rozprawie

sprawy z odwołania członków konsorcjum: Henpol Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, Przedsiębiorstwa Robót Specjalistycznych Wschód Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie i Interbud - Lublin Spółki Akcyjnej w Lublinie

od oddalenia protestu przez zamawiającego

z udziałem zamawiającego Izby Skarbowej w Lublinie

i wykonawcy Budimex Dromex Spółki Akcyjnej w Warszawie

na skutek skargi członków konsorcjum: Henpol Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, Przedsiębiorstwa Robót Specjalistycznych Wschód Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie i Interbud - Lublin Spółki Akcyjnej w Lublinie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 24 marca 2009 r.

sygn. akt KIO/UZP 297/09

oddala skargę,

II. zasądza od członków konsorcjum: Henpol Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, Przedsiębiorstwa Robót Specjalistycznych Wschód Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie i Interbud - Lublin Spółki Akcyjnej w Lublinie solidarnie na rzecz Izby Skarbowej w Lublinie kwotę 600 zł (sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 24 marca 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania Konsorcjum wykonawców Henpol Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie (jako lidera Konsorcjum), Przedsiębiorstwa Robót Specjalistycznych Wschód Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie i

< Interbud - Lublin Spółki Akcyjnej w Lublinie od rozstrzygnięcia zamawiającego Izby Skarbowej w Lublinie protestu z dnia 13 lutego 2009 r. oddaliła odwołanie i obciążyła Konsorcjum kosztami postępowania w kwocie 4.574 zł. W postępowaniu przed Izbą swój udział zgłosił wykonawca Budimex Dromex Spółka Akcyjna w Warszawie.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała na następujące, zasadnicze dla rozstrzygnięcia, ustalenia i motywy:

Co do pierwszego z zarzutów, związanych z zaniechaniem wyjaśnienia przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 - (dalej ustawa) dwóch złożonych ofert i w następstwie odrzucenia tych ofert z powodu rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający dokonał ustalenia wartości szacunkowej zamówienia w dniu 19 maja 2008 r. na kwotę: 63.622.600 zł brutto i podał tę kwotę bezpośrednio przed otwarciem ofert. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 23 stycznia 2009 r. Wartości brutto ofert złożonych w postępowaniu kształtowała się następująco: Budimex Dromex - 44.778.664,71 zł, Polimex - Mostostal - 48.365.287,90 zł, Strabag - 58.969.179,41 zł, Konsorcjum Mostostal - 53.625.100 zł, Konsorcjum Sando - 57.105.624,92 zł oraz odwołującego się Konsorcjum Henpol - 52.190.575,37 zł. Uwzględniając powyższe ustalenia, zasadnym było stwierdzenie, że nie było podstaw do występowania w niniejszym postępowaniu przez zamawiającego do wykonawców, których oferty były najtańsze o wyjaśnienie, czy oferty te nie zawierają rażąco niskich cen. Stosownie do przywołanego przepisu ustawy zamawiający ma obowiązek wystąpić do wykonawców z takim zapytaniem, w sytuacji gdy cena ofertowa ma charakter ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wyraźnie odsyła do wyceny przedmiotu zamówienia. W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się, że wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia ceny rażąco niskiej, należy dokonać przede wszystkim porównania ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, jak również do cen rynkowych danych usług, produktów, czy robót budowlanych, objętych przedmiotem zamówienia. Izba zwróciła nadto uwagę na konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasza właśnie taka indywidualna i szczególna sytuacja. Postępowanie to, prowadzone

w trybie przetargu ograniczonego, zostało wszczęte prawie rok temu, tj. w czerwcu 2008 r. Stosownie do dyspozycji art. 35 ust. 1 ustawy, przy zamówieniach na roboty budowlane, ustalenia wartości szacunkowej zamówienia dokonuje się nie później niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania. Wprawdzie ust. 2 art. 35 ustawy nakazuje zamawiającemu zmianę wartości zamówienia, w sytuacji zmiany okoliczności mających wpływ na wysokość tej ustalonej wartości, to jednak powyższe dotyczy wyłącznie sytuacji, w której wskazana zmiana okoliczności nastąpiła po ustaleniu wartości zamówienia, a przed wszczęciem postępowania. Przeszacowania wartości zamówienia można bowiem dokonać najpóźniej do czasu wszczęcia postępowania (upublicznienia informacji o postępowaniu). W analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy datą sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, który - na podstawie art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy - stanowi podstawę

ustalenia wartości szacunkowej zamówienia na roboty budowlane, a terminem, w którym były przygotowywane i składane oferty w postępowaniu upłynął dość znaczny okres. W okresie tym dochodziło do znaczących zmian w gospodarce finansowej i produkcyjnej kraju, w tym na rynku robót budowlanych. Zmiany finansowo - gospodarcze doprowadziły w drugiej połowie 2008 r. do znacznego spadku cen na materiały i roboty budowlane. Nie sposób pominąć tej okoliczności przy ocenie cen ofertowych, złożonych w ocenianym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, choć faktycznie przy odniesieniu ich do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia charakteryzują się niskim poziomem. W tym zakresie jednak samodzielne odniesienie kwestionowanych cen ofertowych wyłącznie do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia byłoby nieuzasadnione. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy wskazuje bowiem na konieczność odniesienia ceny do przedmiotu zamówienia, co nie zawsze - tak jak w niniejszym przypadku - będzie wskazywało na konieczność oparcia się wyłącznie na szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT. W takiej sytuacji, jak oceniana, przy nagłej zmianie sytuacji rynkowej i cen panujących na tym rynku oraz długotrwałej procedurze udzielenia zamówienia, konieczne jest odniesienie się do aktualnych cen rynkowych. Porównania takiego dokonał zamawiający w niniejszym postępowaniu i Izba oceniła to pozytywnie, tym bardziej, że ceny pozostałych ofert nie odbiegają w sposób znaczący od siebie, zważywszy na charakter przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby w odniesieniu do j ofert Budimex Dromex oraz Polimex - Mostostal nie było konieczne korzystanie przez

l zamawiającego z procedury wyjaśnienia cen w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W tym

bowiem przypadku ocena złożonych ofert w stosunku do aktualnej, urynkowanej wartości przedmiotu zamówienia nie pozwalała na postawienie domniemania, że

I zachodzą przypadki cen rażąco niskich, a więc niewiarygodnych, za które nie jest

i możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia bez ponoszenia strat przez wykonawcę.

[Odnosząc się do drugiego z zarzutów odwołania, związanych z zaniechaniem

odrzućcia ofert Budimex Dromex oraz Polimex - Mostostal z uwagi na niezgodność ich treści z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy) KIO ustaliła, iż zamawiający w postanowieniach SIWZ w pkt. VIII ppkt. 2.4 wskazał, że oferta powinna zawierać wypełniony załącznik nr 7 do SIWZ, tj. wykaz materiałów i urządzeń równoważnych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej. Załącznik ten zawierał alternatywną treść oświadczenia wykonawcy o zobowiązaniu do wykonania zamówienia bądź z użyciem materiałów i urządzeń przewidzianych w dokumentacji projektowej, bądź też przy użyciu materiałów urządzeń równoważnych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej, z ich wyszczególnieniem. W odpowiedzi na pytanie nr 2 do SIWZ, zamawiający w piśmie z dnia 30 grudnia 2008 r. (znak: LO/251-0002108130409), udzielił wyjaśnień o treści: „W wycenie ofertowej należy przyjąć urządzenia występujące w dokumentacji projektowej - zał. nr I do SIWZ i aktualizacji dokumentacji - zał. nr 9 do SIWZ lub równoważne. W przypadku gdy ww. urządzenia nie są dostępne należy przyjąć urządzenia im równoważne i ujawnić je w załączniku nr 7 do SIWZ. Wykaz materiałów i urządzeń równoważnych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej”. W ofertach Budimex Dromex oraz Polimex - Mostostal złożono załącznik nr 7 z oświadczeniem tych wykonawców o wykonaniu zamówienia przy użyciu materiałów i urządzeń przewidzianych w dokumentacji projektowej. Zdaniem KIO powyższe ustalenia upoważniają do wniosku, że brak było podstaw do odrzucenia wskazanych w odwołaniu ofert, z uwagi na ich niezgodność z treścią SIWZ. Nie zachodzi bowiem przypadek takiej niezgodności z uwagi na wymogi SIWZ, powołane wyjaśnienia zamawiającego oraz treść ofert Budimex Dromex oraz Polimex - Mostostal. Wykonawcy ci - tak jak wymagał tego zamawiający - złożyli oświadczenie na załączniku nr 7 do SIWZ, wskazując, że wykonają przedmiot zamówienia przy użyciu materiałów i urządzeń przewidzianych w dokumentacji projektowej.

Twierdzenia odwołującego się, że niektóre z przewidzianych w dokumentacji projektowej urządzeń nie są już dostępne na rynku, nie zostało - w ocenie Izby - udowodnione. W każdym razie dowodu takiego nie stanowi dokumentacja w postaci korespondencji mailowej z producentem (firmą 3COM Poland Spółką z o.o. w Warszawie) oraz niektórymi dystrybutorami urządzeń, złożona w sprawie. Dowody wskazane przez składającego odwołanie, w ocenie KIO, nie mogą stanowić podstawy uznania, że wymóg zamawiającego, aby wykonawca złożył oświadczenie o możliwości dostarczenia określonych w dokumentacji projektowej urządzeń, nie został wypełniony. Zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy mieli jedynie potwierdzić, to, czy zamierzają dostarczyć urządzenia wymienione w dokumentacji projektowej, czy też zaoferować urządzenia równoważne. Jeśli wykonawca zaoferowałby urządzenia równoważne miałby wówczas obowiązek wyszczególnienia ich w treści oferty, w załączniku nr 7. W obu kwestionowanych ofertach wykonawców takiej sytuacji nie ma. Wykonawcy ci oświadczyli, że zamierzają wykonać zamówienie przy użyciu urządzeń określonych w dokumentacji projektowej. Tym samym wypełnili

I -

wymóg SIWZ i nie można w tym zakresie mówić o niezgodności treści ich ofert z treścią SIWZ. Inną kwestią są argumenty odwołującego się, który wskazuje na niedostępność na rynku niektórych urządzeń wymienionych w dokumentacji projektowej. Dowody przedstawione w tej mierze potwierdzają jedynie, że u określonych dystrybutorów, przedstawicieli handlowych, czy u jednego producenta nie ma możliwości pozyskania konkretnych urządzeń. Powyższe nie wyklucza jednak sytuacji, w której jakiś wykonawca będzie w posiadaniu takich urządzeń, ponieważ np. nabył je wcześniej. Niewykluczonej jest również ich nabycie u innego dystrybutora. Zwrócić również należy uwagę, że zamawiający na etapie składania ofert nie żądał od wykonawców uwiarygodnienia złożonego przez nich oświadczenia o potwierdzenie w jakiegokolwiek postaci możliwości dostarczania tych urządzeń, np. poprzez wskazanie konkretnych umów handlowych, z których wynikałoby, że dany wykonawca będzie mógł dokonać takiego zakupu, albo dowodów potwierdzających, że takich zakupów już dokonał. Uwzględniając powyższe nie można mówić o tym, że wskazani wykonawcy złożyli w postępowaniu oferty sprzeczne z treścią SIWZ. Odwołanie w tym zakresie zawiera jeszcze jeden zarzut. Jednakże skarga zarzutu tego nie podnosi, wobec czego niezasadne jest jego przytaczanie w tym miejscu.

W konsekwencji KIO nie stwierdziła naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów art. 90 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Zatem, mając to na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust.1 ustawy orzekła jak w sentencji. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego Izba uzasadniła przepisami art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, stosownie do wyniku postępowania.

W skardze na wyrok Izby Konsorcjum wniosło o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania skarżącego oraz nakazanie zamawiającemu:

1.) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. wyboru oferty Budimex Dromex S.A. w Warszawie,
2.) powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym z zastosowaniem procedury określonej w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy, odrzucenie ofert wykonawców Budimex Dromex i Polimex - Mostostal oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konsorcjum wniosło także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego oraz sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Skarżący zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1.) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy poprzez przyjęcie, że zamawiający nie miał obowiązku wezwania wykonawców Budimex Dromex oraz Polimex - Mostostal do

złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy ich oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2.) sprzeczność ustaleń KIO z treścią zebranego materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że treść oferty wykonawców Budimex Dromex oraz Polimex - Mostostal odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu skargi wskazano, że wyrok Izby narusza bezwzględnie obowiązujący przepis art. 90 ust. 1 ustawy, a ustalenia w przedmiocie nienaruszenia w ofercie wymagań SIWZ są sprzeczne z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym. Skarżący wskazał, że bezsporne jest, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia + VAT wynosi 63.622,600 zł i taką też kwotę zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Oferta Budimex Dromex w kwocie 44.778.664,71 zł jest o 30% niższa od tej kwoty, a oferta Polimex - Mostostal w kwocie 48.365.287,90 zł jest niższa o 24% od tej kwoty. Pomiędzy ofertami złożonymi w niniejszym postępowaniu istnieją różnice od 8% do 25%. W ocenie skarżącego tak duże różnice cen uzasadniają, a zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy wręcz zobowiązują zamawiającego do wszczęcia postępowania mającego na celu wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na cenę oferty. Wyjaśnień tych powinien udzielić wykonawca. Skarżący - tak jak i inni wykonawcy - ma prawo znać przyczyny, dla których jego konkurent zaoferował wykonanie zamówienia o 20.000.000 zł taniej. Skarżący jest również profesjonalistą na rynku usług budowlanych i cena jego oferty uwzględnia warunki rynkowe. W tym zakresie obowiązek zamawiającego jest skorelowany z prawem wykonawcy i jest realizacją zasady jawności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy składający oferty w takim postępowaniu mają prawo oczekiwać, aby wykonawca który oferuje tak niską cenę wykazał, że jego oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 Constanzo - str. 221 Prawo zamówień publicznych Komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego wyd. UZP Warszawa 2004). W proteście i odwołaniu skarżący przykładowo wskazał na te elementy oferty, które miały wpływ na cenę całej oferty. Te zarzuty zamawiający zobowiązany był wyjaśnić w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca zobowiązany był do wskazania elementów oferty, które miały istotny wpływ na zniżenie ceny całej oferty. W sytuacji, w której cena oferty tak dalece odbiega od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz od cen innych wykonawców, to w sposób oczywisty powstają wątpliwości, co do prawidłowej i rzetelnej wyceny oferowanych robót. Zamawiający zaniechał wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a zatem nie są znane żadne obiektywne czynniki lub okoliczności, które wskazywałyby na sposób kalkulacji kosztów i przyczyny podania ceny tak znacznie odbiegającej od wartości szacunkowej zamówienia i cen innych ofert. Wbrew stanowisku KIO to nie zamawiający, ale wykonawca wyjaśnia elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny. W niniejszym postępowaniu zamawiający zaniechał czynności wyjaśniających a zatem zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy był w pełni uzasadniony.

Co do zarzutu błędnych ustaleń w zakresie niezgodności treści ofert z treścią SIWZ, to zdaniem skarżącego, udowodnił on, że wskazane w dokumentacji projektowej urządzenia aktywne instalacji teleinformatycznej produkowane przez firmę 3COM nie są dostępne na rynku o czym świadczą: pismo firmy 3COM Poland Spółki z o.o. w Warszawie, maile dystrybutorów i pośredników handlowych. Dowody przedstawione przez skarżącego potwierdzają brak dostępności na rynku tych urządzeń. Każdy z przedstawicieli handlowych w odpowiedzi na pytanie skarżącego o dostępność urządzeń zbadał swój rejon działania, i po sprawdzeniu dał odpowiedź

Dlatego błędne jest twierdzenie KIO, że brak urządzeń u jednego dostawcy nie świadczy o braku tych samych urządzeń u innego dostawcy. W tej sytuacji zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 30.12.2008 (nr pisma LO/25 1-0002- 08-3 0409) należało przyjąć urządzenia im równoważne i ujawnić je w załączniku nr 7 do SIWZ - Wykaz materiałów i urządzeń równoważnych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej. Wykonawcy - Budimex Dromex oraz Polimex - Mostostal zaniechali wskazania w powołanym załączniku urządzeń równoważnych i nie udowodnili żadnym dokumentem, że wszystkie urządzenia są dostępne na rynku. KIO w zaskarżonym wyroku zupełnie dowolnie, bez oparcia swych ustaleń na jakikolwiek materiale dowodowym przyjęła, że jakiś wykonawca, w tym Budimex Dromex oraz Polimex - Mostostal, będzie w posiadaniu takich urządzeń, ponieważ np. nabył je wcześniej. Urządzenia takie są zamawiane dla konkretnej instalacji, według indywidualnego projektu i nie ma uzasadnienia, żeby były magazynowane przez firmy budowlane i czekały na wbudowanie w bliżej nieokreślonej przyszłości. Przy bardzo dużym postępie technologicznym w branży informatycznej, magazynowanie urządzeń jest, z punktu widzenia technicznego, nielogiczne. Ustalenia KIO, to jedynie domniemania. Fakty są jednak takie, że to producent, firma 3COM, poinformował, że urządzenia Super Stack 3 Switch 4400 są wycofane z oferty i są już niedostępne, a więc tym bardziej nie będą dostępne w roku 2011. Skarżący tę okoliczność udowodnił (art. 6 k.c.), a mimo to wyrok został oparty na domniemaniu lub przypuszczeniu dostępności. Nadto, sprzeczność ustaleń KIO polega na tym, że zamawiający nie wymagał, aby wykonawca złożył oświadczenie o możliwości dostarczenia określonych w dokumentacji projektowej urządzeń (str. 14 wyroku), lecz wymagał wskazania w załączniku nr 7 urządzeń równoważnych dla niedostępnych. Uchybienie to powoduje, że treść oferty tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ, a to obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 8 maja 2009 r. wniósł o oddalenie skargi oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych.

Uczestnik Budimex Dromex w piśmie procesowym z dnia 20 maja 2009 r. wniósł o oddalenie skargi. Na rozprawie w dniu 22 maja 2009 r. skarżący, zamawiający oraz uczestnik podtrzymali swoje stanowiska zajęte w sprawie.

Sąd Okręgowy w Lublinie zważył, co następuje:

Skarga na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej nie jest zasadna, zaś stanowisko Izby jest prawidłowe.

Odnosząc się do zarzutów skargi stwierdzić należy:

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy jest niezasadniony.

Prawidłowo KIO stwierdziła, że brak było podstaw do występowania w postępowaniu przetargowym przez zamawiającego do wykonawców, których oferty były najtańsze w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, zważywszy na to, że pomiędzy datą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia (19 maja 2008 r.), a terminem składania i otwarcia ofert (23 stycznia 2009 r.) upłynął dość znaczny okres, w którym doszło do zmian w gospodarce kraju i które przyczyniły się do znacznego spadku cen na materiały i roboty budowlane. Zmiany cen były nagłe. W takiej sytuacji odniesienie się do wartości szacunkowej zamówienia nie jest adekwatne dla oceny kwestii rażąco niskiej ceny.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Niewątpliwie przepis ten jest bezwzględnie obowiązujący, co należy rozumieć w ten sposób, że jeżeli zamawiający poweźmie podejrzenie, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, to obowiązany jest do zwrócenia się na piśmie do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień. W niniejszej sprawie okoliczność taka nie zachodziła. Zamawiający, wbrew stanowisku składającego skargę wykonawcy, nie miał obowiązku wszczęcia postępowania mającego na celu wyjaśnienie elementów oferty wpływających na cenę oferty. Zamawiający bowiem miał prawo i obowiązek, samodzielnego zbadania ofert. Ustawa Prawo zamówień publicznych daje zamawiającemu takie prawa i obowiązki, nakazując powołanie komisji przetargowej, jako zespołu pomocniczego, właśnie do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert. Komisja przetargowa w szczególności przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 19 i art. 20 ustawy). Oczywistym jest, że podczas badania przez komisję przetargową ofert dokonuje się sprawdzenia ofert pod względem formalnym oraz merytorycznym, w tym ewentualnie stwierdzenia, czy nie zachodzi przypadek

zaoferowania rażąco niskich cen. Zakres badania może ulec stosownemu rozszerzeniu zależnie od okoliczności. Uprawnienia zamawiającego do szerokiego badania ofert potwierdza też uprawnienie do korzystania z pomocy biegłych (art. 21 ust. 4 ustawy). W omawianym przypadku zamawiający, wobec podniesienia w proteście zarzutu rażąco niskiej ceny, przeprowadził rozszerzone badanie wybranych ofert. Przeanalizował szczegółowo rynek lokalny przetargów dotyczących inwestycji o podobnej wielkości zakończonych w ostatnim okresie. Zamawiający zwrócił się też między innymi do wykonawcy Budimex Dromex o wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny ofertowej. Składającego protest zobowiązał do uszczegółowienia elementów kwestionowanych ofert, które to elementy jego zdaniem, mają istotny wpływ na zniżenie ofert (protokół posiedzenia komisji przetargowej - k. 253-253 v. dokumentacji postępowania część III). Budimex Dromex w odpowiedzi oświadczył, że podtrzymuje oświadczenie złożone w treści przystąpienia do protestu w zakresie realności i prawidłowości założeń ekonomiczno - finansowych przyjętych do kalkulacji ceny oferty, zapewniających mu umiarkowany (rozsądny) zysk, rozumiany m.in. w kategoriach używanych w nomenklaturze FIDIC (oświadczenie z dnia 23 lutego 2009 r. - k. 263, pismo o przystąpieniu do postępowania protestacyjnego z dnia 19 lutego 2009 r. - k.255-257 dokumentacji postępowania część III). Po ponownym zbadaniu kwestii zarzutu rażąco niskiej ceny zamawiający również nie znalazł podstaw do podjęcia czynności określonych w art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający dał temu wyraz w rozstrzygnięciu protestu z dnia 25 lutego 2009 r. Oddalając protest w zakresie dotyczącym zarzutu rażąco niskiej ceny i zaniechując odrzucenia ofert wykonawców Budimex Dromex i Polimex - Mostostal, zamawiający przedstawił analizę motywów swojej decyzji. Odwołał się do ofert na rynku analogicznych zamówień, w analogicznym okresie i biorąc pod uwagę takie czynniki jak bliskie położenie porównywalnych inwestycji, udział w przetargach tych samych wykonawców oraz uwzględniając różne warianty przeliczeniowe cen ofertowych. Uwzględnił ceny oferowane ogółem, średnie cen, ceny poszczególnych pozycji kosztorysowych. W konkluzji zamawiający stwierdził, że różnice pomiędzy oferowanymi cenami nie dały podstaw do wszczęcia takiej procedury. Nie może ująć uwagi Sądu, że zamawiający zna dokładnie rynek lokalny i tendencje na tym rynku i na rynku krajowym, w tym także w zakresie cen materiałów budowlanych i usług. Jest tak nie tylko z racji podlegania przez zamawiającego w jego działalności przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynika to przede wszystkim z zakresu ustawowych obowiązków zamawiającego, w ramach których analizuje dane uzyskiwane od podatników i z innych źródeł, w tym analiz dokonywanych przez Ministerstwo Finansów opracowanych na podstawie danych uzyskanych z terenu całego kraju z wielu źródeł. Zamawiający w zakresie swych działań ma też przeciwdziałanie czynnościom podatników mających na celu uszczuplenie dochodów Skarbu Państwa. Tę wiedzę zamawiający wykorzystał przy ocenie ofert.

W piśmiennictwie przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej (Radosław Prusowski, artykuł „Rażąco niska cena.”, publ. Zamówienia

Publiczne Doradca 2008/7/56, teza 3, LEX numer 94524). Co do uprawnienia zamawiającego do decydowania, czy zasadne jest wszczęcie postępowania określonego przepisami art. 90 ust. ustawy wypowiedział się Jerzy Pieróg w wydawnictwie Prawo zamówień publicznych, komentarz, wydanie 9, Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2009. Stwierdził, że przepis ten reguluje sprawę postępowania w przypadku otrzymania oferty zawierającej rażąco niską cenę. Zamawiający nie podejmuje więc działań wynikających z przepisu w sytuacjach, gdy nie ma podejrzeń co do zaniżenia ceny. Należy przy tym podkreślić, że w przepisie chodzi o cenę oferty, której uznanie za rażąco niską powinno spowodować żądanie wyjaśnień. Nie ma podstaw do takiego działania w przypadku zaniżenia niektórych cen jednostkowych, bez przełożenia tego na ostateczną cenę oferty (str. 308).

W ocenie Sądu zważywszy na wysokość innych ofert złożonych w przetargu oraz podniesioną wcześniej okoliczność zmiany warunków rynkowych w okresie pomiędzy ustaleniem wartości zamówienia, a dniem otwarcia ofert, ofert firm Budimex Dromex oraz Polimex - Mostostal nie charakteryzuje rażąco niska cena. Naturalną rzeczą w okresie kryzysu jest, że część firm jest w stanie organizacyjnie i finansowo dostosować się do zmieniającej sytuacji znacznie wcześniej niż inne firmy. Na tym polega zasada funkcjonowania na wolnym rynku. Nadto w okresie poprzedzającym kryzys - co jest rzeczą powszechnie wiadomą - ceny materiałów i usług budowlanych były zawyżone, producenci i usługodawcy wykorzystywali olbrzymi popyt, mówiło się nawet o spekulacyjnych działaniach usługodawców, zaś w dobie kryzysu musiało dojść do urealnienia cen. Zatem gwałtowny spadek cen pomiędzy datą opracowania dokumentacji przetargowej, a datą otwarcia ofert nie dziwi. Z informacji przekazanych przedstawicielom mediów przez Ministerstwo Infrastruktury w ubiegłym tygodniu wynika, że Ministerstwo to, na skutek obniżki cen materiałów i usług, uzyskało w przetargach na budowę dróg i autostrad oszczędności w wysokości 36% w stosunku do założonych kosztów. Potwierdza to stanowisko wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia Izby.

Stwierdzić zatem należy, że zawarte w skardze stwierdzenie, że wbrew stanowisku KIO to nie zamawiający, ale wykonawca wyjaśnia elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, nie jest uprawnione w opisanym stanie faktycznym.

Prawidłowe jest też stanowisko Izby w części dotyczącej zarzutu niezgodności ofert Budimex Dromex i Polimex - Mostostal z treścią SIWZ. Nie ma potrzeby szerokiego powtarzania tego stanowiska. Dodać tylko należy, iż składający skargę, na którym spoczywa ciężar dowodu (art. 188 ust. 1 ustawy), nie wykazał by wymienieni wykonawcy nie mogli wykonać zamówienia zgodnie z treścią SIWZ i by na rynku niedostępne były wskazane w dokumentacji projektowej urządzenia aktywne. Nie jest też trafny zarzut skargi, że nielogiczne jest magazynowanie urządzeń aktywnych. W praktyce działalności dużego przedsiębiorstwa może się zdarzyć np. pozostawienie zapasów po niezrealizowanej wcześniej umowie, bądź po zmianie warunków realizacji takiej umowy. Przede wszystkim zaś, jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Izby, oświadczenia wykonawców, że zamierzają zrealizować zamówienie przy wykorzystaniu urządzeń określonych w dokumentacji projektowej jest wiążące. Nie może być też

skutecznie obalone za pomocą powołanych w skardze dowodów, które są wrywkowe i nie obejmują całego rynku. Firma 3COM jest firmą międzynarodową, której częścią jest 3COM Poland (), a jej produkty mogą być dostępne u bardzo wielu dystrybutorów w wielu krajach na różnych kontynentach.

Podnieść nadto należy, iż nie ma podstaw do zawężenia możliwości zakupu takich urządzeń aktywnych do rynku krajowego. Takie stanowisko byłoby sprzeczne z zasadami konkurencyjności obowiązującymi na rynku unijnym wyrażonymi w szczególności w art. 81 i art. 82 Traktatu Unii Europejskiej w zw. z rozporządzeniem Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 TWE. Niedopuszczalne jest domaganie się przez skarżącego, by organy kraju członkowskiego Wspólnoty swoimi orzeczeniami wpływały na ograniczenie konkurencji na rynku wspólnotowym. Nie można tego wymagać także od zamawiającego rozpatrującego protest.

Stwierdzić zatem należy, że nie zachodziły przesłanki do odrzucenia przez zamawiającego ofert firm Budimex Dromex i Polimex - Mostostal na podstawie przepisu art. 89 ustawy.

W tym stanie rzeczy, skargę jako bezzasadną, należało oddalić stosownie do przepisów art. 385 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 ustawy.

Rozstrzygnięcie o kosztach uzasadniają przepisy art. 198 ust. 5 ustawy., art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. i art. 99 k.p.c. w zw. z § 9 ust. 1 pkt. 4 oraz § 12 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1349 ze zm.).

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

starszy sekretarz sądowy
Katarzyna Mysłowska