

Sygn. akt KIO/UZP 196/09

WYROK

z dnia 5 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko

Anna Majstrowicz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Grafiko Sp. z o. o. ul. Chełmżyńska 130, 04-464 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Vattenfall Heat Poland S.A. ul. Modlińska 15, 03-216 Warszawa** protestu z dnia **26 stycznia 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Grafiko Sp. z o. o. ul. Chełmżyńska 130, 04-464 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Grafiko Sp. z o. o. ul. Chełmżyńska 130, 04-464 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Grafiko Sp. z o. o. ul. Chełmżyńska 130, 04-464 Warszawa** na rzecz **Vattenfall Heat Poland S.A. ul. Modlińska 15, 03-216 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Grafiko Sp. z o. o. ul. Chełmżyńska 130, 04-464 Warszawa**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Vattenfall Heat Poland S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakładanie książek obiektów budowlanych oraz wykonywanie kontroli technicznej obiektów budowlanych Vattenfall Heat Poland S.A.”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 11 listopada 2008 roku pod numerem 2008/S 219 - 292293.

Zamawiający, dnia 20 stycznia 2009 roku poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez konsorcjum firm: Mediatis Arkadiusz Niesser (Lider) z siedzibą przy ul. Długa 20/4, 53-658 Wrocław oraz Biuro Usług Inwestycyjno -Budowlanych Mariusz Sidorowicz z siedzibą przy ul. Dubios 26A/18, 50-207 Wrocław.

Dnia 26 stycznia 2009 roku Grafiko Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniosła protest.

Uzasadniając wskazał, że przyjęta przez Zamawiającego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 powinna być odrzucona. Podana w przyjętej ofercie cena odbiega od cen rynkowych, zawiera cenę wyraźnie i w sposób oczywisty zaniżoną. Analiza zaoferowanej ceny świadczy o tym, że wybrany Wykonawca:

- nie uwzględnił nawet minimalnego wynagrodzenia pracowników, które w 2009r, stanowi kwotę 1276,00 zł brutto, w roku 2008 była to kwota 1126,00 zł brutto),
- kosztów delegacji pracowników i czasu rzeczywistego do przeprowadzenia pełnego zakresu prac,
- komisja powinna składać się minimum z 5 pracowników z uprawnieniami do oceny stanu technicznego zgodnie z prawem budowlanym (inż. budowlany - konstruktor, inż. instalacji sanitarnych w zakresie instalacji wewnętrznych, inż. instalacji sanitarnych w zakresie instalacji zewnętrznych, elektrycznych, kominiarz).

Uwzględniając najniższe wynagrodzenie, koszty niezbędne i czas na przygotowanie dokumentacji, analizę dokumentów, oględziny, sporządzenie protokołów, a następnie sporządzenie dokumentacji końcowej stwierdzamy, iż wystawiona cena świadczy o niepełnej i nierzetelnej realizacji zadania.

Zaproponowany poziom cen sugeruje, że kontrahent wykona prace nawet ze stratą w pierwszym roku, natomiast w następnych latach ograniczy się tylko do wystawienia protokołów przeglądów obiektów budowlanych objętych umową.

Protestujący, jako prowadzący objęte przetargiem prace, zna objekty i czasochłonność ich wykonania, a także rygorystyczne i skrupulatne wymagania Zamawiającego przy odbiorze dokumentacji.

Zdaniem Protestującego, Zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców o odrzuceniu ofert, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Również orzeczenia Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/0-2353/08, sygn. akt KIO/UZP 36/07, potwierdzają, że oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia podlega odrzuceniu. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swych orzeczeniach uzasadniał, że za rażąco niską cenę można uznać ofertę i cenę niewiarygodną, nierealistyczną w stosunku do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacznie odbiegającą od cen przyjętych, wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzonych usług.

Protestujący wskazał, że zgodnie z art. 1 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający powinien przeprowadzić przetarg z zachowaniem uczciwej konkurencji, co w tym postępowaniu nie zostało zachowane.

Podniósł ponadto, że wykluczenie z postępowania oferty Protestującego uznać należy jako bezzasadne. Protestujący ma znaczące doświadczenie, jest profesjonalistą i oferuje konkurencyjne warunki wykonania zlecenia objętego przetargiem. Protestujący ma pełną wiedzę o obiektach budowlanych, instalacjach i urządzeniach zamawiającego, jest sprawdzonym i wiarygodnym partnerem.

Zamawiający, pismem z dnia 3 lutego 2009 roku, przekazany Wykonawcom w dniu 9 lutego 2009 roku, protest oddalił.

Uzasadniając wskazał, iż zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Protestującego, w treści uzasadnienia (drugi akapit od końca) zmieniający się w zarzut bezpodstawnego wykluczenia oferty Protestującego Zamawiający oddala protest w tym zakresie jako bezzasadny.

Zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty Protestującego. Oferta Protestującego jako oferta ważna została poddana badaniu i ocenie ofert. Zamawiający nie "wykluczył oferty" Protestującego.

W ustawie Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) nie występuje pojęcie "wykluczenia oferty".

Odnosnie zarzutu zastosowania przez wybranego Wykonawcę rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia Zamawiający oddała protest w tym zakresie, ponieważ na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego zamawiający nie stwierdził faktu zastosowania przez wybranego Wykonawcę rażąco niskich cen.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 19 lutego 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu naruszone zostały przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych oraz nastąpiło naruszenie art. 15 ust 1 ustawy z dnia 14.04 1993 r, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz.1503), dlatego wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze Wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.
3. odrzucenie oferty wybranej jako najkorzystniejsza,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego się,
5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.
6. przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków:

Mgr inż. Marek O. - adres GRAFIKO Sp. z o.o.

Mgr inż. Paweł P. - adres GRAFIKO Sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego się Zamawiający mimo, że formalnie przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ustawy Pzp tj. zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mającej wpływ na wysokość podanej ceny, przeprowadził to postępowanie niestarannie z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający nie dołożył należytej staranności nie wyjaśnił przy rozstrzygnięciu protestu sposobu skalkulowania ceny zakwestionowanej przez Odwołującego się.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający, oceniając wyjaśnienia wykonawcy, powinien brać 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 udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający

powinien odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca, aby uzasadnić cenę swojej oferty winien na żądanie zamawiającego wyjaśnić i wskazać elementy oferty mające wpływ na wysokość podanej ceny w formie analizy i kalkulacji ceny i np. w taki sposób wykazać, iż cena zawarta w jego ofercie odpowiada cenie rynkowej lub, że została skalkulowana w oparciu o minimalne wynagrodzeniu pracowników za pracę, które w 2009 r. stanowi kwotę 1276,00 zł, zgodnie z obwieszczeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 24.07.2008 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2009 r. (M.P.2008.55.499).

Tymczasem w niniejszym postępowaniu wykonawca w swoim wyjaśnieniu nie wskazał żadnych elementów kalkulacyjnych mających wpływ na cenę, a tylko powołał się na wcześniej wykonane zamówienia o nieokreślonym innym niż przedmiot zamówienia zakresie dowodząc, że z faktu, że jako wykonawca już wykonywał zamówienia za niską cenę Zamawiający powinien wywieść, że i to zamówienie zostanie wykonane zgodnie z warunkami SIWZ.

Zdaniem Odwołującego się treść wyjaśnień nie może być uznana za wystarczającą do przyjęcia, że cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza nie jest rażąco niska. "Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny" (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 roku -sygn. akt V Ca 2214/06). Odwołujący nie podziela tym samym dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień, gdyż: - nie eliminują one wątpliwości, co do rzetelności kalkulacji ceny oferty i nie są poparte żadnymi dowodami.

Cyt. Sygn. akt: KIO/UZP 193/08 Wyrok z dnia 17 marca 2008 r.: "Zobowiązanie do wskazywania przez wykonawcę dowodu na poparcie prawdziwości wyjaśnień wynika z art. 90 ust. 3 ustawy. Ponadto istotne jest, że wbrew twierdzeniom zawartym w odpowiedzi na odwołanie, ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej obciąża wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 roku, sygn. akt. VI Ca 464/05). W piśmiennictwie przyjmuje się, że wykonawca udzielając wyjaśnień zamawiającemu ma obalić domniemanie prawne w zakresie ceny rażąco niskiej w jego ofercie (Małgorzata Stręciwilk "Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo" Warszawa 2008)".

Podkreślił, że ustawa Pzp przyjmuje zasadę, iż podstawowym kryterium oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę jest stosunek ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia, potwierdza to orzecznictwo.

Zgodnie z orzecznictwem, podstawowym kryterium oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę jest stosunek wybranej oferty do wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez Zamawiającego z uwzględnieniem podatku VAT, to jest do kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia. Stanowisko to potwierdzają poniższe wyroki:

Wyrok Zespołu arbitrów - Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 marca 2007 r. UZP/ZO/O-209/07. Podstawowym kryterium oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę jest stosunek ceny ofert do wartości przedmiotu zamówienia. Wyrok Zespołu Arbitrów-Urząd zamówień Publicznych z dnia 24 maja 2006 r. UZP/ZO/O-1488/06. Zgodnie z treścią art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska to cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 1 lutego 2006 r. UZP/ZO/O-239/06 Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, czyli cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonywania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 23 maja 2006 r. UZP/ZO/O-1452/06.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych (Dz. U 2004 r. Nr 19 poz. 177) oferta podlega odrzuceniu jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. jego wartości szacunkowej, ustalonej przez Zamawiającego, powiększonej o podatek VAT

W tej sytuacji Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, ponieważ wykonawca nie złożył koniecznych wyjaśnień co do zarzutu -rażąco niskiej ceny - nie przedłożył stosownych kalkulacji co do zaoferowanej ceny. Objęte zamówieniem prace musi wykonać profesjonalny zespół inżynierów z uprawnieniami i odpowiednim wieloletnim doświadczeniem. Przedmiotem zamówienia są bowiem wielkokubaturowe przemysłowe obiekty budowlane przykładowo kotłownia o kubaturze 412 796,2 m². Są to specyficzne obiekty ze względu na dużą złożoność techniczną między innymi maszynownie, kotłownie, w których zainstalowane są kotły przemysłowe, turbiny i inne urządzenia energetyczne.

Zaproponowana przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza stawka za roboczo - godzinę wynosi 6,22 zł, co zdaniem Odwołującego nie uwzględnia całkowitych kosztów zatrudnienia inżyniera specjalisty i wykonania usługi.

Cena oferty konsorcjum Konsorcjum Mediatis Arkadiusz Niessner ul. Długa 20/4 53-58 Wrocław i Biuro Usług Inwestycyjno Budowlanych Mariusz Sidorowicz ul Dubois 26A/18 50-207 Wrocław, jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, cen pozostałych ofert złożonych w przetargu, znacząco odbiegającą od tych cen, co może wskazywać na realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Przyczyną tak niskich cen może być albo świadome działanie wykonawcy (co jest czynem nieuczciwej konkurencji) albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, a w każdym razie powinno zdaniem Odwołującego się skutkować odrzuceniem oferty.

Potwierdzenie powyższego można znaleźć w orzecznictwie. Dla przykładu można podać wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25 lipca 2005r. sygn. UZP/ZO/0-1836/05, którego teza brzmi: *"Jeśli koszty zadań podane przez wykonawcę są nieprawdziwe i nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie faktycznym, to działanie takie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji o którym mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji"*. Podobnie w wyroku ZA z dnia 4 kwietnia 2006r. sygn. akt UZP/ZO/O-925/05: *"Jeżeli ceny jednostkowe oferty nie odzwierciedlają kosztów ponoszonych przez wykonawcę (..), należy uznać że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji"*.

Cena zaniżona nie może gwarantować wysokiej jakości, staranności i pewności, że roboty te będą wykonane zgodnie zapisami SIWZ oraz bezpieczeństwa obiektów i wymagań wynikających z obowiązujących przepisów.

Działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w stosunku do oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia.

Odwołujący utracił możliwość wygrania przetargu, nie może uzyskać zamówienia, nie może skorzystać z rezultatów tego postępowania a jest firmą sprawdzoną, która profesjonalnie wykonuje tego typu usługi.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert, zgłoszonymi wnioskami dowodowymi, tj.

- umową ramowa Nr 06DPZU320,
- kalkulacjami – wyceną usługi dla małych obiektów w rozliczeniu rocznym i pięcioletnim,
po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku ze stanowiskiem Odwołującego, który na rozprawie wycofał zarzuty w zakresie odrzucenia własnej oferty, wykluczenia go z postępowania oraz naruszenia przez Zamawiającego art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Krajowa Izba Odwoławcza pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

Odwołujący wycofał również wniosek o przesłuchanie świadków wskazanych w treści odwołania.

W związku z wycofaniem przez Odwołującego zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na fakt, iż w proteście Odwołujący nie postawił zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, KIO na podstawie przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty (ZP-12):

- 1) Grafiko sp. z o.o. - z ceną: 3 169 139,83 zł;
- 2) konsorcjum firm: Mediatis Arkadiusz Niesser (Lider) oraz Biuro Usług Inwestycyjno - Budowlanych Mariusz Sidorowicz – z ceną: 1 742 935,92 zł;
- 3) HOLDER Polska sp. z o.o. – z ceną: 2 200 184,60 zł.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w dniu 29 września 2008 roku w kwocie 4 000 000 zł, *na podstawie cen z obowiązującej umowy, po uwzględnieniu inflacji (ZP-1).*

Pismem z dnia 27 stycznia 2009 roku Zamawiający, na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia pisemnych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Pismem z dnia 28 stycznia 2009 roku konsorcjum firm: Mediatis Arkadiusz Niesser (Lider) oraz Biuro Usług Inwestycyjno - Budowlanych Mariusz Sidorowicz (zwane dalej konsorcjum Mediatis) złożył stosowne wyjaśnienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Mediatis, jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę, Krajowa Izba Odwoławcza uznała ten zarzut za bezzasadny.

Skład orzekający Izby przy ocenie stanu faktycznego sprawy zwrócił w szczególności uwagę na fakt, że warunki udziału w postępowaniu były równe dla wszystkich wykonawców. Każdy z potencjalnych wykonawców miał pełną wiedzę, co do zakresu jak i szczegółowości usług objętych przedmiotem zamówienia. Ponadto Zamawiający, opracowując postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia umożliwił wszystkim potencjalnym wykonawcom ogląd obiektów, które wchodzi w skład przedmiotu zamówienia poprzez umożliwienie dokonania wizji lokalnej. Każdy, więc z wykonawców mógł skorzystać z takiego uprawnienia, co w konsekwencji winno umożliwić prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.

Przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu, oceniającemu wyjaśnienia, branie pod uwagę obiektywnych czynników, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Nie jest, więc to katalog zamknięty.

Tym samym, Zamawiający biorąc pod rozwagę złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia, może kierować się również innymi czynnikami, które wskaże wykonawca, jako takie, które uwiarygodniają w sposób dostateczny możliwość zaoferowania ceny podanej w ofercie.

Wybrany wykonawca - konsorcjum Mediatis, w piśmie z dnia 28 stycznia 2009 roku wyjaśnił, że m.in. „[...] oferta cenowa została oparta na podstawie doświadczenia, które zdobyliśmy podczas realizacji 34 zleceń obejmujących przeglądy ponad 5500 obiektach, [...] w trakcie zorganizowanych przez Zamawiającego oględzin obiektów zapoznaliśmy się ze specyfiką budynków, [...] w poprzednich, wygranych w okresie 3 lat przetargach, średnia

cena wykonania przeglądu w jednym obiekcie liczona dla 5500 obiektów była niższa od ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu". Ponadto konsorcjum Mediatis wskazało, że dla jednego z klientów wykonywał przeglądy 5 letnie w cenie 284 zł netto, a kolejne przeglądy roczne w cenie ok. 170 zł netto.

Zwrócić również należy uwagę na fakt, iż konsorcjum Mediatis, w załączniku Nr 1 – Harmonogramie usług dla obiektów budowlanych VHP na lata 2009 – 2012, wyceniło w kolumnie Nr 9 – cenę kontroli 5 letniej z 1 roczną w wysokości 998,- zł dla wszystkich obiektów oraz w kolumnie Nr 10 – cenę kontroli 1-rocznej w wysokości 498,- zł dla wszystkich obiektów. Tym samym stwierdzić należy, że ceny te są cenami uśrednionymi.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej cena zaoferowana przez konsorcjum Mediatis, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie jest ceną rażąco niską, a wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę, w wystarczający sposób uwiarygodniają możliwość jej zaoferowania, z uznaniem, iż nie stanowi ona zagrożenia dla prawidłowej i kompleksowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Za słuszne i prawidłowe Izba uznała również argumentację konsorcjum Mediatis, przedstawioną w wyjaśnieniach z dnia 28 stycznia 2009 roku, gdzie Wykonawca ten stwierdził, że fakt zawarcia umowy na okres 48 miesięcy nie jest równoznaczny w wykonywaniu przeglądów przez wszystkich specjalistów przez 48 miesięcy non-stop. Kwestie powyższą, bowiem reguluje załącznik Nr 1 – harmonogram usług. Za właściwe również uznać należy wyjaśnienie, że przeglądu obiektów mogą dokonywać specjaliści posiadający uprawnienia w wielu branżach, co w znacznym stopniu, zdaniem Izby może powodować obniżenie ceny oferty.

Art. 90 ustawy Pzp zakazuje wykonawcom, żeby formułowali ceny na niewiarygodnie niskim poziomie. Jest to podyktowane przede wszystkim uzasadnioną obawą ustawodawcy, że wykonawcy, aby wygrać postępowanie, będą proponować wykonanie zamówienia za nierealnie niskie ceny, po czym wykonają je nienależycie. Ustawodawca wprowadzając przepis mówiący o odrzuceniu oferty o rażąco niskiej cenie zadbał, by środki publiczne były efektywnie wydatkowane.

W przedmiotowym postępowaniu szczególną uwagę zwrócić należy na okoliczność, iż dotychczasowo usługę świadczył tylko jeden wykonawca – obecnie Odwołujący. Zamawiający szacując wartość zamówienia opierał się na dotychczasowych cenach obowiązujących umową ramową Nr 06DPZU320. Krajowa Izba Odwoławcza przy rozpatrywaniu zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia wzięła pod uwagę oświadczenie Zamawiającego złożone na rozprawie, odnośnie błędnego oszacowania

przedmiotu zamówienia, tj. zawyżenia jego wartości do 4 mln zł, gdy złożone w postępowaniu oferty wskazały, iż zamówienie to może być wykonane przez startujących w przetargi wykonawców za kwotę 1 742 935,92 – konsorcjum Mediatis, oraz kwotę 2 200 184,60 zł – Wykonawca Holder Polska sp. z o.o. Zamawiający na rozprawie stwierdził również, że pierwotnie szacując wartość zamówienia dla zamówienia, w którym zawarta była ww. umowa (2006 rok) przewidywał, iż kwota ok. 1 800 000 zł wystarczy na realizację kontraktu w okresie 4 letnim. W wyniku przeprowadzonego postępowania (wpłynęła tylko jedna oferta), w związku z bardzo wysoką ceną oferty zmuszony był do zawarcia umowy na okres tylko 27 miesięcy. Zwrócić przy tym należy uwagę na fakt, iż Zamawiający w dotychczasowym swoim postępowaniu, mimo prowadzonej korespondencji z innymi firmami nie miał możliwości innego skalkulowania wartości szacunkowej zamówienia, zatem ceny oferty wybranego wykonawcy nie można porównywać w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale w odniesieniu do innych cen oferowanych przez innych wykonawców biorących udział w danym postępowaniu. Dopiero takie porównanie, uwzględniające konkurencyjność ofert, które złożone zostały w uczciwej „walce rynkowej o zamówienie” stanowić może podstawę do uznania, czy cena oferty jest ceną rażąco niską skutkującą jej odrzuceniem na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, taki ogląd sytuacji, w sposób prawidłowy, nie godzący w interesy żadnego z wykonawców, może stanowić podstawę do oceny oferty, pozwalający na stwierdzenie, czy cena oferty jest rażąco niska czy też nie. Inne postępowanie prowadzić może do zafałszowania prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, co w konsekwencji grozić może naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

W ocenie Izby, po analizie złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu oraz w kontekście złożonego oświadczenia Zamawiającego o zawyżeniu wartości zamówienia przy jej szacowaniu, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z czym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt

sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **dla Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....