

WYROK
z dnia 3 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **SECURITY & CLEANING SYSTEM Sp. z o.o., ul. Krakowska 180, 52-015 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz**,

przy udziale wykonawcy **Józefa Lipińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MICROS Józef Lipiński, Dąbrowa 20, 85-147 Bydgoszcz**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty SECURITY & CLEANING SYSTEM Sp. z o.o., ul. Krakowska 180, 52-015 Wrocław i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz,
i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **SECURITY & CLEANING SYSTEM Sp. z o.o., ul. Krakowska 180, 52-015 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Miasta Bydgoszczy, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz** na rzecz **SECURITY & CLEANING SYSTEM Sp. z o.o., ul. Krakowska 180, 52-015 Wrocław**, kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie zapytania o cenę, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „sprzątanie budynków i posesji Urzędu Miasta Bydgoszczy w okresie 12 miesięcy.”

W toku niniejszego postępowania Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowych czynności i nakazanie wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że na wezwanie Zamawiającego, skierowane w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnił, iż ceny wskazane w ofercie podane są prawidłowo, wskazując dodatkowo również czynniki mające wpływ na ich wysokość. Wobec uznania przedmiotowych wyjaśnień za niewystarczające, Odwołujący złożył ponowne wyjaśnienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie jest uprawniony, aby formułować zarzuty w odniesieniu do kalkulacji kosztów niektórych wyodrębnionych elementów przedmiotu zamówienia, ponieważ nawet gdy kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części odbiega od cen rynkowych, nie świadczy to o nierealnej, błędnie wyliczonej, czy rażąco niskiej cenie całej oferty. Odwołujący jednak ponownie złożył wyjaśnienia. W treści złożonych wyjaśnień przedstawił m.in. kalkulację dotyczącą sposobu realizacji zamówienia, tj. np. w zakresie planowanej liczby stanowisk pracy przy wykonaniu zamówienia, kwoty, którą zamierza na to przeznaczyć, kwoty jaką zamierza przeznaczyć na zaopatrzenie w materiały higieniczne i środki czystości wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi wysokości tych kwot.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w rażący sposób naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, bowiem przez „błąd w obliczeniu ceny”, jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, należy rozumieć błąd w oświadczeniu woli, a zatem taki sposób obliczenia ceny, który został dokonany merytorycznie niezgodnie z wymogami zamawiającego, określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub też niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący zwraca uwagę, że obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jest ustalenie sposobu obliczenia ceny oferty. Zatem, błąd w obliczeniu ceny oferty ma miejsce wtedy, gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego. Postulat równego traktowania wykonawców oraz

uczciwej konkurencji zawarty w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od zamawiającego dokonywania czynności w postępowaniu wyłącznie według reguł wynikających z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, co prawda na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, jednakże informacje, które zamierzał uzyskać od Odwołującego, takie jak przedstawienie wyliczeń wskazanej w ofercie ceny, wskazywałyby, że Zamawiający powinien, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócić się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (bez względu na zastosowaną podstawę prawną Odwołujący przedstawił konkretne, rzeczowe wyjaśnienia poparte również kalkulacjami).

Zamawiający jednak żądał wyjaśnień dotyczących ceny jednostkowej. W takim przypadku na uwagę, zdaniem Odwołującego, zasługuje jednolite stanowisko orzecznictwa, iż stwierdzenie nierealnej, rażąco niskiej ceny może nastąpić jedynie w odniesieniu co do całości ceny oferty, w szczególności, gdy cena w postępowaniu jest ceną ryczałtową. Zaniżona, czy nierzetelna wycena poszczególnych części oferty (choć w przypadku oferty Odwołującego taka sytuacja nie zaistniała) nie przesądza, że cała cena ofertowa jest nierealna, rażąco niska. Zgodnie z ustaloną i powszechnie akceptowaną linią orzecniczą, w przypadku ceny ryczałtowej, obejmującej całość przedmiotu zamówienia jej nierealny, rażąco niski charakter należy oceniać i ustalać w odniesieniu do całości ceny, a nie jej poszczególnych fragmentów.

Wobec powyższego, nawet zaniżenie, czy nierzetelna wycena poszczególnych części oferty, w przypadku ceny ryczałtowej obejmującej całość przedmiotu zamówienia nie może być traktowane jako błąd w obliczeniu ceny i w konsekwencji powodować odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, iż istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: II CRN 913/97), ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Zatem, jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową - to wykonawca, a nie zamawiający ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej sposób, w jaki wykonawcy kształtują swoją politykę cenową i strukturę kosztów w obrębie przedmiotu zamówienia jest ich indywidualną sprawą i mieści się poza badaniem zamawiającego. Ryzyko gospodarcze pozostawić należy po stronie wykonawcy, który dokonuje kalkulacji ceny oferty w oparciu o pewne założenia oraz, który za wskazaną cenę ofertową będzie zmuszony realizować przedmiot zamówienia.

Zadaniem Odwołującego, nie bez znaczenia pozostaje fakt, że Odwołujący w udzielonych wyjaśnieniach podkreślał, że cena jest prawidłowo skalkulowana, przedstawiając wyczerpujące informacje na ten temat, zapewnił również, że w przypadku wyboru jego oferty w przedmiotowym postępowaniu, usługa zostanie wykonana należycie, zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego w siwz, za cenę podaną w ofercie, a Zamawiający mimo to bezpodstawnie uznał, że skoro Odwołujący podał cenę jednostkową za sprzątnię budynków niższą od cen pozostałych wykonawców, a cenę jednostkową brutto za sprzątnię posesji na wyższym poziomie (czyli odwrotnie niż pozostali wykonawcy) to na pewno popełnił błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający przeprowadzał tożsame postępowania na przestrzeni kilku ostatnich lat. W 2009 r. otrzymał ofertę wykonania przedmiotu Zamówienia od firmy Konsensus z Bydgoszczy, za ceny jednostkowe odpowiednio 0,12 zł/m² powierzchni w budynkach biurowych oraz 2,94 zł/m² posesji. Zamawiający nie podjął wówczas trudu wyjaśnienia cen jednostkowych, a oferta nie została odrzucona.

W ocenie Odwołującego, z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty z dnia 16.11.2011r. wysnuć można również wniosek, iż każda oferta, w której podana cena jednostkowa za sprzątnię budynków jest niższa od ceny jednostkowej za sprzątnię posesji, mogłaby podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, co więcej Zamawiający wskazał również w ww. zawiadomieniu minimalną cenę jednostkową za czynność sprzątnię na poziomie 1,75 zł/m², co zdaniem Odwołującego, stanowi również naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 1 grudnia 2011 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego „do wyjaśnienia treści oferty, tj. wyjaśnień dotyczących cen jednostkowych za sprzątnię w budynkach UMB i sprzątnię posesji UMB.” Zamawiający wskazał jednocześnie, że „ceny jednostkowe zaoferowane przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i oszacowane przez Zamawiającego na ww. usługi zarówno w obecnie prowadzonym postępowaniu, jak również w postępowaniach prowadzonych w latach ubiegłych wskazują, że cena jednostkowa za sprzątnię w obiektach

UMB jest co najmniej 2-krotnie wyższa od ceny jednostkowej za sprzątanie posesji.” Zaś w ofercie Odwołującego proporcje te przedstawiają się odwrotnie.

W odpowiedzi (pismo z dnia 2 grudnia 2011 r.) Odwołujący wyjaśnił, iż „posiłkuje się nowoczesnymi, szwajcarskimi technologiami oraz dba o efektywną organizację pracy. Ponadto, zgodnie z wymogami SIWZ cena została skalkulowana w sposób uwzględniający wszystkie niezbędne nakłady oraz formę wynagrodzenia ryczałtowego wraz z jego ryzykiem.” Nadto, wzięto pod uwagę *„zmiennie warunki klimatyczne naszego kraju, a w szczególności zimy, które w ostatnich latach obfitowały w intensywne opady śniegu, co może wymagać znacznego zwiększenia liczby personelu, wyższe oczekiwania płacowe osób, które mają wykonywać swoje zadania na terenie zewnętrznym, wyższe oczekiwania płacowe osób, które wykonują swoje zadania w zróżnicowanych godzinach i w systemie doraźnym, zróżnicowanie charakteru i lokalizacji oraz dużą powierzchnię terenów zewnętrznych, jakich obsługi oczekuje zamawiający.”*

Odwołujący zwrócił również uwagę, że SIWZ nie pozostawia wątpliwości, że jedynym kryterium oceny będzie przedstawiona cena w ujęciu rocznym - całkowita cena brutto za wykonanie zamówienia. Należy zatem domniemywać, że Zamawiający powziął od oferentów informację o cenach jednostkowych jedynie w celach informacyjnych, ewentualnie mając na uwadze potencjalną regulację powierzchni podlegających utrzymaniu, spowodowaną zmianą przeznaczenia terenów/budynków lub zmiany ich dysponenta.

Zamawiający ponownie działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego (pismo z dnia 8 grudnia 2011 r.) *„do wyjaśnienia treści oferty, tj. przedstawienia dokładnej kalkulacji składnika ceny oferty, tj. ceny jednostkowej w wysokości 0,7 zł/m² wykazanego w formularzu oferty pod liczbą porządkową nr 1, w zakresie 1 m² sprzątania powierzchni w budynkach UMB. Bowiem wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę pismem z dnia 2.12.2011r. nie precyzują dokładnie w jaki sposób dokonano kalkulacji ceny jednostkowej za 1 m² sprzątania powierzchni w budynkach UMB, a głównie odnoszą się do ceny jednostkowej powierzchni sprzątania posesji, tj. terenów zewnętrznych przy obiektach. Tym samym Wykonawca nie wyjaśnił ww. ceny jednostkowej w sposób przekonujący i nie udowodnił, iż cena jednostkowa za 1 m² sprzątania nie jest ceną błędną i nierealną.”* Zamawiający zwrócił się do Odwołującego *„o wyliczenie i przedstawienie w jaki sposób szwajcarska technologia ma wpływ na zaoferowanie tak niskiej ceny jednostkowej za 1 m² sprzątania powierzchni, biorąc pod uwagę wysokość wynagrodzenia dla osób sprzątających, ze szczególnym uwzględnieniem, iż od 1.1.2012 r. najniższe krajowe wynagrodzenie będzie wynosiło 1.500.- zł + składka ZUS.”*

W odpowiedzi (pismo z dnia 12 grudnia 2011 r.) Odwołujący wskazał, iż podstawowym obowiązkiem wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z SIWZ, co Odwołujący uczynił. Dalej Odwołujący podał, iż SIWZ precyzyjnie stanowi, iż Zamawiający oczekuje

przedstawienia oferty wynagrodzenia w formie ryczałtowej (SIWZ 12.1.2). W formularzu ofertowym należało poinformować Zamawiającego o zastosowanych przy kalkulowaniu ceny ryczałtowej stawkach jednostkowych. Pominięcie ich byłoby niewypełnieniem treści SIWZ, jednak Wykonawca dopełnił tego obowiązku.

Odwołujący podkreślił również, że Zamawiający oczekuje od niego przedstawienia dokładnej kalkulacji, na której oparł cenę jednostkową sprzątnia. Jednocześnie w SIWZ nie znajdują się żadne wytyczne, dotyczące oczekiwanej technologii, czy organizacji usługi. Wobec braku precyzyjnych wymogów zastosowanie ma art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego, wskazujących wysokość minimalnego wynagrodzenia, Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający nie zawarł wymogów dotyczących rodzaju zatrudnienia w SIWZ, zatem dozwolone są wszelkie zgodne z prawem sposoby naboru kadry.

Odwołujący złożył również wyjaśnienia dotyczące technologii sprzątnia, sposobu organizacji pracy, zaopatrzenia w materiały higieniczne.

Pismem z dnia 16 grudnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp. *„Zamawiający stwierdził, że składając ofertę Wykonawca popełnił błąd w obliczeniu ceny jednostkowej, którego nie można poprawić, a zatem powoduje to odrzucenie oferty. W tabeli formularza oferty w kolumnie cena jednostkowa brutto za sprzątnie budynków należało podać cenę jednostkową za m² sprzątnia w budynkach UMB. Tymczasem Wykonawca wpisał w tej kolumnie cenę jednostkową, w wysokości 0,7 zł/m², która budzi zastrzeżenie co do jej realności, bowiem nie jest z całą pewnością pełnym kosztem sprzątnia jednego metra kwadratowego powierzchni. Jest bowiem 2,5 krotnie i więcej niższa od cen jednostkowych pozostałych oferentów. Natomiast w pozycji dot. sprzątnia terenów zewnętrznych przy obiektach Wykonawca wpisał cenę 1,75 zł/m².”* Z analizy cen ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, zdaniem Zamawiającego, jednoznacznie wynika, iż ceny jednostkowe pozostałych ofert kształtują się zupełnie odwrotnie, co oznacza, iż Odwołujący ewidentnie popełnił błąd w obliczeniu ceny jednostkowej lub wpisaniu w odpowiedniej pozycji formularza oferty. *„W przekazanych do Zamawiającego wyjaśnieniach Wykonawca nie wyjaśnił dostatecznie jasno ww. ceny jednostkowej i nie udowodnił, iż cena jednostkowa nie jest ceną błędną i nierealną. Nie przedstawił również merytorycznej kalkulacji na okoliczność nierealnej i niskiej ceny jednostkowej. Tym samym wyjaśnienia Wykonawcy nie dostarczyły dowodów i nie przekonały Zamawiającego, że Wykonawca właściwie skalkulował ww. cenę jednostkową. Wykonawca w sposób zdawkowy i enigmatyczny powołał się na rzekomo nowoczesną szwajcarską technologię, której nawet nie przedstawił, na czym owa technologia polega, jakie korzyści ekonomiczne można otrzymać stosując ją.*

Dalej Zamawiający podał, iż „*takie zachowanie Wykonawcy, który niewystarczająco wyjaśnił i nie udowodnił, iż ww. cena nie jest błędna, powoduje, że Zamawiający uznaje ww. cenę jednostkową za cenę nierealną, niewiarygodną, oderwaną od realiów rynkowych wręcz spekulacyjną. Zatem niedopuszczalne jest oferowanie usług za cenę jednostkową poniżej kosztów wytworzenia i kosztów zakupu.*”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, na którą wskazał Zamawiający, jest przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zawiera on normę prawną, która kreuje dla Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w sytuacji stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny. Zgodnie z definicją „błędu” (*Internetowy Słownik Języka Polskiego*), przez „błąd” należy rozumieć niezgodność z obowiązującymi regułami, fałszywe mniemanie o czymś.

W warunkach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oznacza to, iż Zamawiający w pierwszej kolejności musiałby ustalić wspomniane reguły, a więc sposób obliczenia ceny w SIWZ, a dalej zweryfikować ich zastosowanie w oparciu o treść oferty. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wskazując na sposób obliczenia ceny w istocie ograniczył się do postanowienia, że cenę należy obliczyć w sposób uwzględniający wszystkie niezbędne nakłady pozwalające osiągnąć cel wyznaczony w umowie. Zaś, w formularzu ofertowym zobowiązał wykonawców do podania ceny jednostkowej brutto odrębnie w odniesieniu do powierzchni objętej sprzątniem w budynkach i odrębnie w odniesieniu do powierzchni terenów zewnętrznych.

W ocenie Izby, treść oferty, nie daje podstaw do stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny. Gdyby bowiem Zamawiający wymagał przedstawienia w ofercie nakładów i skalkulowania poszczególnych czynności, zgodnie z pkt 3.2 i 3.3 SIWZ, to brak którejkolwiek pozycji w ofercie Odwołującego dawałby podstawę do stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny.

Poprzestanie na porównaniu cen jednostkowych zaproponowanych przez poszczególnych wykonawców, przy uwzględnieniu wyjaśnień Odwołującego, doprowadziło Zamawiającego jedynie do stwierdzenia nierelaności ceny jednostkowej skalkulowanej za sprzątnie posesji. Tymczasem cena nierealna to taka, która nie odpowiada warunkom rynkowym, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Zaproponowanie przedmiotowej ceny stanowi podstawę do stwierdzenia ceny rażąco niskiej. Jednakże procedura badania w tym kierunku jest zupełnie inna.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób nieuprawniony utożsamia cenę nierealną z ceną błędną. Tymczasem stwierdzenie błędu w obliczeniu ceny wymaga wykazania przez zamawiającego odstępstwa przez wykonawcę od sposobu jej ustalenia wskazanego przez zamawiającego. Zaś, stwierdzenie ceny rażąco niskiej wymaga dokonania negatywnej oceny wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w tym przedmiocie, a

więc stwierdzenia przez zamawiającego, że w warunkach danego postępowania, wykonawca nie wskazał na żadne obiektywne czynniki, które pozwalają na skalkulowanie ceny na poziomie podanym przez wykonawcę.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w istocie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, świadczy o tym chociażby fakt, iż w piśmie z dnia 8 grudnia 2011 r. zobowiązał wykonawcę do przedstawienia wyliczenia w jaki sposób szwajcarska technologia ma wpływ na zaoferowanie tak niskiej ceny, odwołując się do najniższego wynagrodzenia za pracę. Składane na rozprawie oświadczenia również świadczą o tym, że Zamawiający prowadzi z Odwołującym polemikę co do wpływu poszczególnych elementów cenotwórczych na wysokość wynagrodzenia i możliwość ich wystąpienia w odniesieniu do Odwołującego, a argumentacja tego rodzaju podlega badaniu w zakresie oceny podstaw do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Zaś, w niniejszym postępowaniu, co zasługuje na podkreślenie, ocenie podlega czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny, w kontekście uzasadnienia faktycznego wskazanego przez Zamawiającego w informacji z dnia 16 grudnia 2011 r. Rację więc należało przyznać Odwołującemu, iż z błędem w obliczeniu ceny w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia w sytuacji, „gdy wykonawca oblicza cenę inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego.” Skoro więc Zamawiający w istocie nie wskazał na sposób obliczenia ceny, to nie jest możliwe stwierdzenie błędu w tym zakresie.

W orzecznictwie od lat zwraca się uwagę na zastosowane przez ustawodawcę rozróżnienie pomiędzy rażąco niską ceną a błędem w obliczeniu ceny, które to pojęcia zostały przez orzecznictwo zdefiniowane w sposób jednolity. Skoro więc, jak zostało wyjaśnione wyżej, błąd w obliczeniu ceny związany jest z odejściem od sposobu jej obliczenia wskazanym przez zamawiającego, a nie z brakiem jej realności, to stwierdzić należy, iż w niniejszym postępowaniu nie ziszcila się przesłanka do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny, w sytuacji, w której Zamawiający wiąże tę podstawę z nierealnością ceny.

Reasumując, Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, wskazał w istocie na okoliczności, które nie mogą uzasadniać takiego działania. Stwierdzenie Zamawiającego, iż „*niedopuszczalne jest oferowanie usług za cenę jednostkową poniżej kosztów wytworzenia i kosztów zakupu*” jednoznacznie wskazuje, iż brak tutaj jakiegokolwiek odwołania do niewłaściwego zastosowania, ustalonego przez Zamawiającego, sposobu obliczenia ceny przez Odwołującego, a konstatacja dotyczy elementów cenotwórczych ceny jednostkowej, która może być przydatna jedynie w toku oceny w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub czynu nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji cała argumentacja stron i Przystępującego, odnosząca się do wysokości ceny w kontekście elementów cenotwórczych nie mogła stanowić podstawy do badania przez Izbę, bowiem po pierwsze, nie mieściła się w zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołującego, po drugie, badaniu podlega czynność podjęta przez Zamawiającego, a nie ulega wątpliwości, na co Zamawiający wyraźnie wskazał, że podstawą odrzucenia jest błąd w obliczeniu ceny. W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, należało uznać za uzasadniony.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 zł.

Przewodniczący: