

WYROK
z dnia 14 kwietnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2014 roku przez wykonawcę M..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FUH „Dziedzicki” M..... D..... z siedzibą w Konopiskach przy ulicy Stawowej 8, 42-274 Konopiska w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie przy ulicy Polskiej Organizacji Wojskowej 24, 42-200 Częstochowa

przy udziale wykonawcy Z..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo Budowlana „BUD-POL” Z..... P..... z siedzibą w Blachowni przy ulicy Wczasowej 22/8, 42-290 Blachownia zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy M..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FUH „Dziedzicki” M..... D..... z siedzibą w Konopiskach przy ulicy Stawowej 8, 42-274 Konopiska.

Nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy M..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FUH „Dziedzicki” M..... D..... z siedzibą w Konopiskach przy ulicy Stawowej 8, 42-274 Konopiska,

w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie przy ulicy Polskiej Organizacji Wojskowej 24, 42-200 Częstochowa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego M..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FUH „Dziedzicki” M..... D..... z siedzibą w Konopiskach przy ulicy Stawowej 8, 42-274 Konopiska tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie przy ulicy Polskiej Organizacji Wojskowej 24, 42-200 Częstochowa na rzecz Odwołującego M..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FUH „Dziedzicki” M..... D..... z siedzibą w Konopiskach przy ulicy Stawowej 8, 42-274 Konopiska, kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesionego wpisu oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Częstochowie .

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Remonty dachów – roboty blacharsko dekarские na budynkach komunalnych stanowiących zasób komunalny gminy, użytkowanych i administrowanych przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwa Budownictwa Społecznego* Zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 20 lutego 2014 roku pod numerem 59474.

28 marca 2014 roku Zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, poinformowała Odwołującego o odrzuceniu oferty.

2 kwietnia 2014 roku Odwołujący na podstawie art. 179 ust. 1, 180 ust. 4 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, (tekst jednolity Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą, złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego i zarzucił mu: naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy przez odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i równego traktowania oferentów.

Odwołujący wniósł o: uchylenie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego; ponownej oceny ofert; wybór oferty Odwołującego .

W dniu 28 marca 2014 r. Odwołujący został poinformowany drogą elektroniczną, o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wykonawca posiada interes prawny w złożeniu odwołania ponieważ w przypadku nie odrzucenia jego oferty oferta Odwołującego się zostałaaby uznana za najkorzystniejszą, co wynika wyprost z protokołu postępowania (druk ZP-1).

Decyzja Zamawiającego, o odrzuceniu oferty odwołującego jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy przez odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę: W związku z faktem, iż zarówno ustawa nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny jak i inne przepisy nie zawierają definicji tego pojęcia jedyną wskazówką

przy definiowaniu tego pojęcia są zatem stwierdzenia zawarte w ust. 1. Pierwsze z nich nakazuje przy ustalaniu rażąco niskiej ceny brać pod uwagę cenę oferty. Na tej podstawie ukształtowało się jednolite orzecznictwo, które wypracowało stanowisko, iż punktem wyjścia do rozważań o rażąco niskiej cenie może być tylko cena całkowita oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe czy ceny poszczególnych elementów składających się na cały przedmiot zamówienia (KIO/UZP 963/09). Zatem nie jest możliwe odrzucenie oferty na podstawie rażąco niskiej ceny w sytuacji zakwestionowania tylko niektórych elementów wyceny, czy niektórych pozycji w kosztorysie ofertowym, jeżeli cena całkowita nie odbiega znacząco od wartości zamówienia, cen innych ofert i – ogólnie rzecz ujmując – od cen rynkowych; co znajduje uzasadnienie w piśmiennictwie. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zakwestionował jedynie część z elementów składających się na całość oferty nie kwestionując jej całości. Zgodnie z SIWZ wybrana winna zostać oferta, zawierająca najwyższą ilość punktów, a więc pod uwagę winny być brane wszystkie elementy oferty a nie tylko jej poszczególne składniki. Stanowisko Zamawiającego rozpatrującego tylko poszczególne elementy oferty bez porównania całej oferty z innymi ofertami jako niezgodne z przepisami prawa i powszechnie stosowaną praktyką oraz orzecznictwem winno zostać uchylone. Istotna jest również ocena wyjaśnień złożonych przez odwołującego – miały one na celu zwrócenie uwagi, że przy ocenie należy brać całokształt zamówienia a nie tylko poszczególne elementy oferty. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach poinformował, że posiada doświadczenie w zakresie prowadzenia robót budowlanych, posiada duży potencjał kadrowy i sprzętowy, co pozwala mu na zrealizowanie przedmiotu umowy w cenach jakie zaoferował z zachowaniem zysku.

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu; Odwołujący wskazał, że tylko oferta odwołującego została uznana za rażąco niską w stosunku do ceny gdy w innych ofertach poszczególne składniki cenotwórcze budzą wątpliwości – wskazuje na pozycję 41 oferty Firmy Remontowo Budowlanej „BUD-POL” Z..... P..... z siedzibą w Błachowni – oferta opiewa na kwotę 0,97zł a inne oferty nie są mniejsze niż kwota 6,36 zł. Ponadto w treści pozostałych ofert istnieją duże rozbieżności cenowe a jednak nie wzbudziło to po stronie Zamawiającego wątpliwości w stosunku do ofert innych wykonawców.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem wniesionego w 2 kwietnia 2014 roku odwołania a także Izba ustaliła, że została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Pismem z 4 kwietnia 2014 roku (wpływ 7 kwietnia 2014 roku) Zamawiający złożył *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*, wskazując, że odwołanie nie jest uzasadnione i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego Z..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo Budowlana „BUD-POL” Z..... P..... z siedzibą w Blachowni przy ulicy Wczasowej 22/8, 42-290 Blachownia. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 2 kwietnia 2014 roku; po drugie, że zgłoszenie

przystąpienia Z..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo Budowlana „BUD-POL” Z..... P..... z siedzibą w Blachowni przy ulicy Wczasowej 22/8, 42-290 Blachownia - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpień doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu. Izba uznał, iż Z..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo Budowlana „BUD-POL” Z..... P..... z siedzibą w Blachowni przy ulicy Wczasowej 22/8, 42-290 Blachownia stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba na wstępie rozważań wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera *rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*, jednocześnie nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia. Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż *„za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”*. Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. *„O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych*

wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). „Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). „Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia. Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień – art. 90 ustawy. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku).

Jednakże nie należy zapominać, iż Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ukształtował tylko jedno kryterium oceny ofert – kryterium ceny, jednakże w kryterium tym była oceniana każda pozycja kosztorysu osobno, każdej pozycji została przypisana waga procentowa a ich suma, obliczona zgodnie z wzorem, stanowiła o ofercie najkorzystniejszej. W każdej z 41 pozycji kosztorysu Wykonawcy wyceniali wskazaną przez Zamawiającego jednostkę miary (metr, sztukę, metr kwadratowy itd.)

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający oszacował wartość zamówienia (zgodnie z protokołem ZP) w dniu 19 lutego 2014 roku na kwotę netto: 972 222,22 zł w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 486 111,11 zł netto; w postępowaniu zostały złożone cztery oferty.

Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy umocował Zamawiającego *do wezwania wykonawcy w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę* – tak więc, wezwanie ma służyć ustaleniu czy oferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie należy wskazać, iż określona w art. 90 ustawy procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy, na co wskazał w Wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu (X Ga 140/08) dlatego też oświadczenie wykonawcy, który składa wyjaśnienia stanowi podstawę w zakresie oceny wyjaśnień dokonywanej przez Zamawiającego. Izba wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta zawiera rażąco niską cenę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa na Zamawiającym, natomiast w postępowaniu odwoławczym na wykonawcy kwestionującym prawidłowość oceny Zamawiającego (porównaj: wyrok KIO z 5 października 2012 roku sygn. akt KIO 2005/12). Wyjaśnienia poczynione przez Odwołującego na rozprawie wskazują, że istnieją przyczyny jakie stanowiły o zaoferowaniu takich cen w ofercie dla poszczególnych pozycji kosztorysowych, a których Zamawiający nie wyjaśnił.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pk 2 ustawy odrzucając ofertę Zamawiający jest obowiązany podać uzasadnienie faktyczne i prawne, tym samym odrzucając ofertę z powodu rażąco niskiej ceny Zamawiający obowiązany jest wykazać, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego była przedwczesna, dokonana bez dogłębnego wyjaśnienia zaoferowanych cen oraz uzasadniona tym, że *wyjaśnienia miały charakter zbyt ogólny i nie mogły być przyjęte jako wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.*

Wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień jedynie w zakresie określonych w wezwaniu pozycji, nie dotyczyło wszystkich pozycji kosztorysowych np. nie dotyczyło pozycji 2 kosztorysu ofertowego, w której to pozycji również znajdowały się elementy wycenione na 0 zł, które nie były kwestionowane przez Zamawiającego, a na których to wycenę powoływał się na rozprawie. Jednocześnie Odwołujący na rozprawie wskazał przyczynę dokonania wyceny w pozycji 2 kosztorysu na 0 zł - wycenione na 0 zł zostały materiały, których np. nie stosuje się już przy montażu, uzupełnienie blachą ocynkowaną rynien wiszących, bowiem

obecnie rynny klejone są odpowiednim klejem, który jest w cenie zakupu rynien, dlatego też nie stosuje się spoiwa cynowo-ołowiowego oraz drutu stalowego.

Zamawiający argumentowała na rozprawie również, że w kosztorysie w poszczególnych jego pozycjach znajdują się wartości tj. 0,01 zł, 0,03 zł za poszczególne elementy wchodzące w skład danej pozycji kosztorysowe a Odwołujący nie odniósł się do tych wartości w złożonych wyjaśnieniach z 20.03.2014 r. – należy jednak zaznaczyć, że Zamawiający sam przeczy własnym wymaganiom określonym w wezwaniu, ponieważ np. w wezwaniu nie odnosił się do pozycji 7 kosztorysu ofertowego a w tej pozycji również zawarte są wartości 0,02 zł.

Odwołujący wyjaśniał na rozprawie w sposób bardzo szeroki, że nie wszystkie pozycje kosztorysu mogą być stosowane samodzielnie tzn., że wykonanie pewnych czynności w danej pozycji musi być powiązane z inną pozycją kosztorysu: poz. 1 (tabela str. 43 dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego) - realizacja musi być powiązana z poz. 29 i 30 kosztorysu co ma wpływ na wycenę; dodatkowo wyjaśnił, że w poz. 1 mowa jest o łąkach do 1 m², a Odwołujący do realizacji tego typu napraw wykorzystuje pozostałości materiałów z innych budów oraz wyjaśnia, że ceny w poz. 29 i 30 są porównywalne z cenami innych ofert; poz. 4 wyjaśnił, że posiada materiały niezbędne do wymiany to są zapasy magazynowe z innych budów; poz. 5 i 6 (i pozycja 26) posiada materiały z innych budów, materiały przekazane przez ojca oraz posiada własny tartak co również pozwala na obniżenie ceny; poz. 9 posiada własny zamortyzowany sprzęt to są rusztowania, drabiny, podnośniki samochodowe, nie korzysta z podwykonawców; poz. 19 podobnie jak poz.1 posiada materiały z innych budów, można połączyć ją z poz. 20; poz. 34, 38 posiada własne samochody oraz podpisane umowy na odbiór gruzu, firma odbiera bezpłatnie od Odwołującego gruz segregowany wcześniej podstawiając odpowiednie kontenery; poz. 39 Odwołujący współpracuje z 8 firmami drogowymi odbierającymi papę, która jest wykorzystywana do wytwarzania masy bitumicznej.

Z powyższego wynika, że Odwołujący może wyjaśnić zaoferowane przez siebie ceny w postępowaniu, natomiast Zamawiający nie wezwał go do tego, lecz odrzucił ofertę, jednocześnie nie wykazując, że oferowane ceny są rażąco niskie.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonania ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*, dokonana ocena przez Zamawiającego sprowadziła się do oceny oświadczenia jakie złożył Odwołujący, nie stanowi natomiast merytorycznej oceny zawartych w niej informacji. Ustawodawca w art. 90 ust 2 ustawy wskazał przykładowo, bowiem nie jest to katalog zamknięty, obiektywne czynniki

mogące mieć wpływ na kalkulacje ceny przez wykonawcę, które Zamawiający bierze pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień. Niewątpliwie czynniki jakie mogą mieć wpływ na kalkulację ceny oferty będą różne dla różnych zamówień oraz będą w szczególności kreowane przez wykonawców składających wyjaśnienia, bowiem to właśnie wykonawcy ci będą się do nich odwoływać wyjaśniając ceny zawarte w ofertach. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał te elementy oferty, które były podstawą wykreowania zaoferowanej w ofercie ceny oraz odwołał się do czynników jakie miały wpływ na taką kalkulację oferty. W świetle tego, iż czynność zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny stanowi czynność obowiązkową jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający zamierza zastosować w stosunku do wykonawcy sankcję w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4) ustawy, należy odnieść się do zagadnienia zwrócenia się do wykonawcy przez Zamawiającego o złożenie takich wyjaśnień. Ustawodawca, znamienne w skutkach dla wykonawcy stwierdzenie, iż jego oferta zawiera cenę rażąco niską, poprzedził obowiązkowym zwróceniem się Zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym przedmiocie. W art. 90 ust. 1 ustawy nie dookreślił ustawodawca, poza zobowiązaniem do wyznaczenia terminu udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, żadnych innych formalnych regulacji. Nasuwa się więc pytanie czy Zamawiający ma możliwość zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny więcej niż jeden raz. Biorąc pod uwagę ugruntowany pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za, iż *„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)*” przy uwzględnieniu, iż ustawodawca nie ograniczył takiego działania odpowiedź będzie twierdząca, jednakże nie prowadzi to do obowiązku wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień, aż do czasu gdy będą one potwierdzać że cena nie jest rażąco niska lecz pozwolą Zamawiającemu na obiektywną ocenę tychże wyjaśnień. Niemniej, należy zawsze przestrzegać, realizując uprawnienia lub obowiązki ustawowe zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie Zamawiający mógł więc skorzystać z prawa, a zarazem obowiązku gdy zamierzał odrzucić ofertę, zwrócenia się ponownie do Odwołującego o złożenie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności dlatego, iż Zamawiający sam stwierdził w piśmie z 28 marca 2014 roku, że *wyjaśnienia mają charakter zbyt ogólny i nie mogą być przyjęte jako wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny* (porówna: wyrok KIO z 2 sierpnia 2010 roku sygn. akt

1515/10; wyrok KIO z 26 lipca 2013 roku sygn. akt 1668/13). Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy została również potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Olsztynie (wyrok z dnia 9 grudnia 2010 roku sygn. akt V Ga 122/10), który wskazał, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiązały wątpliwości Zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy możliwe jest jedynie wtedy gdy złożone wyjaśnienia przez wykonawcę (wraz z dowodami) potwierdzają, że oferta zawiera cenę rażąco niską.

Celem art. 90 ustawy jest z jednej strony wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ofert w których zaproponowana jest realizacja przedmiotu zamówienia za cenę nierealną, nierzeczywistą z drugiej strony należy uznać za niedopuszczalne działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty, co do której nie ma pewności, że zawiera cenę nierealną - działanie takie jest sprzeczne z zasadą niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówień publicznych, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy; art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*, jakie to naruszenie wskazywał Odwołujący w odwołaniu, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasad zamówień publicznych, w tym w szczególności podnoszoną przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

W zakresie podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy wskazać należy, że Zamawiający nie wskazał takiej podstawy swojego działania, nie oparł rozstrzygnięcia o tą podstawę prawną.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o 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)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: