

WYROK

z dnia 16 czerwca 2010 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2010 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 maja 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez:

SAFEGE S.A., Parc de l' Ile 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja (adres do korespondencji: SAFEGE S.A. Oddział w Polsce ul. Solec 22, 00-410 Warszawa),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego:

Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi z siedzibą przy ulicy Roosevelta 9, 90-056 Łódź,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża SAFEGE S.A., Parc de l' Ile 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja (adres do korespondencji: SAFEGE S.A. Oddział w Polsce ul. Solec 22, 00-410 Warszawa) i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **SAFEGE S.A., Parc de l' Ile 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja (SAFEGE S.A. Oddział w Polsce ul. Solec 22, 00-410 Warszawa)**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **SAFEGE S.A., Parc de l' Ile 15/27 rue du Port 92000 Nanterre, Francja (SAFEGE S.A. Oddział w Polsce ul. Solec 22, 00-410 Warszawa)** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi z siedzibą przy ulicy Roosevelta 9, 90-056 Łódź**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 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), uwzględniając koszty pełnomocnika Zamawiającego zgodnie z rachunkiem (faktura VAT) złożonym do akt sprawy.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi z siedzibą przy ulicy Roosevelta 9, 90-056 Łódź**, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na **Zarządzanie kontraktem „Budowa obwodnicy Opoczna w ciągu drogi krajowej Nr 12 na długości około 7,8 km” w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót**”, ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 25 lutego 2010 roku pod numerem 2010/S 39-057404.

Zamawiający 18 maja 2010 roku poinformował o wynikach postępowania – Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Lafrentz – Polska Sp. z o.o. z siedzibą ulica Zbąszyńska 29, 60- 359 Poznań.

W dniu 28 maja 2010 roku Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania polegających na:

- dokonaniu oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu z naruszeniem przepisów Pzp i sporządzonej przez Zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Lafrentz -Polska Sp. z o.o.
- zaniechania badania, czy oferta złożona przez wykonawcę Lafrentz -Polska Sp. z o.o. zawierają rażąco nisko cenę, mimo wystąpienia okoliczności faktycznych powodujących konieczność takiego badania,
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Lafrentz -Polska Sp.z o.o. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ,

zarzucając Zamawiającemu: wskazane uchybienia i naruszenia przepisów art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp przez przyjęcie, iż wykonawca złożył ofertę odpowiadającą treści SIWZ, art. 90 ustawy Pzp przez zaniechanie badania czy oferta wybranego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, jeśli jego oferta zawierają rażąco nisko cenę, art. 7 ustawy Pzp,

wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,

- dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp,

- a przypadku nie uznania powyższego zarzutu za zasadny z ostrożności procesowej wnosi o nakazanie Zamawiającemu zwrócenia się do wykonawcy Lafrentz -Polska Sp. z o.o. o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość zaproponowanej przez niego w swojej ofercie ceny, a w wypadku, gdy nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że jego oferta zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wnoszę też o nakazanie Zamawiającemu odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż:

W wyniku przeanalizowania oferty wykonawcy wybranego w postępowaniu, Odwołujący stwierdził, iż dokonując tej czynności Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

- wykonawca Lafrentz -Polska Sp. z o.o. w pkt. 2.2 formularza cenowego wskazał w pozycjach dotyczących cen jednostkowych tj. stawek dziennych dla personelu pomocniczego (12 osób), dla każdej z wymienionych osób stawkę 20 zł netto za dzień. W ocenie Odwołującego taka stawka w żadnej mierze nie może odzwierciedlać wszystkich elementów wskazanych w punkcie 9.3.2.SIWZ, co w ocenie Odwołującego nasuwa wniosek, że wykonawca nie uwzględnił zapisów w pkt 9.3.2.SIWZ., bowiem stawka 20 zł nie obejmuje tych wszystkich kosztów oraz zysku wykonawcy, a przez to prowadzi do wniosku, że oferta wykonawcy Lafrentz -Polska Sp. z o.o. nie obejmuje zakresu realizacji zastrzeżonego w SIWZ, co skutkuje niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ stanowiąc wyczerpanie dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP powodując konieczność odrzucenia takiej oferty. Odwołujący podnosi również, iż niezależnie od tego zastosowanie takiej stawki dziennej dla specjalistów jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji ze względu na fakt, iż są to kwoty znacznie poniżej stawek na rynku, stanowi przejaw zastosowania ceny rażąco niskiej oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co wypełnia dyspozycję art art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 PZP;

- Odwołujący podaje, że w pkt 2.1 oraz 2.2 formularza cenowego wybranej oferty wykonawca wskazał w pozycjach dotyczących cen jednostkowych za przegląd wykonany przez Ekspertów kluczowych i personel pomocniczy (6osób), dla każdej z wymienionych osób stawkę 10 zł netto. W ocenie Odwołującego taka stawka w żadnej mierze nie może odzwierciedlać wszystkich elementów wskazanych w punkcie 9.3.2 i 9.3.3 co nasuwa wniosek, że oferta wykonawcy nie obejmuje tych wszystkich kosztów związanych z pełnym zakresem prac oraz zysku wykonawcy.

W dalszej części odwołania Odwołujący odnosi się do pozostałych stawek wskazując, iż w części I Formularza cenowego stawki dniówek, dla każdego z ekspertów kluczowych wynoszą 80 zł netto z wyjątkiem jednego eksperta tj. Inżyniera kontraktu dla którego została przewidziana dniówka w wysokości 150 zł netto a także nierealnie nisko została również ustalona dniówka dla każdej osoby spośród trzynastoosobowego personelu pomocniczego, która wynosi 20 zł netto z wyjątkiem jednej osoby tj. Inspektora ds. materiałowych - Technologa, dla której dniówka wynosi 50 zł netto. Odwołuje się do SIWZ gdzie „Dniówka - oznacza jedną dobę, w ciągu której poszczególni pracownicy Wykonawcy wykonają prace niezbędne do realizacji zamówienia z należytą starannością bez względu na liczbę godzin przepracowanych w tym czasie. W każdym miesiącu kalendarzowym w okresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia przyjęto 22 dniówki.” Wnioskuje Odwołujący, iż czas pracy danej osoby może przekroczyć nawet 8 h dziennie. Miesięczną pracę ekspertów kluczowych Wykonawca wycenił na 1760 zł netto miesięcznie a personelu pomocniczego na 440 zł netto miesięcznie, przy założeniu, że rzeczywiście dana osoba będzie świadczyła pracę przez pełne 22 dni w miesiącu, bowiem w przeciwnym przypadku, zgodnie z zapisami Umowy (wzór z SIWZ) wynagrodzenie będzie jeszcze mniejsze tj. będzie wyliczone w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez Personel Konsultanta (w oparciu o ilość dni wykonywania pracy). W ocenie Odwołującego, rzeczywisty koszt jaki poniesie Zamawiający na wynagrodzenia dla kluczowych ekspertów oraz personelu pomocniczego będzie zdecydowanie niższy niż wymieniony w Formularzu cenowym, bowiem uwzględniać musi jeszcze koszty wskazane "w" pkt. 9.3.2. i 9.3.3. SIWZ.

Powyższa argumentacja w ocenie Odwołujące potwierdza, że przedstawiona przez wykonawcę Lafrentz - Polska Sp. z o.o. oferta nie obejmuje zakresu realizacji zastrzeżonego w SIWZ, co skutkuje niezgodnością treści tej oferty z treścią SIWZ stanowiąc wyczerpanie dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP i powodując konieczność odrzucenia takiej oferty.

2) zaniechania badania, czy oferta złożona przez wykonawcę Lafrentz -Polska Sp. z o.o. zawierają rażąco nisko cenę, mimo wystąpienia okoliczności faktycznych powodujących konieczność takiego badania, zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, jeśli jego oferta zawierają rażąco nisko cenę;

Odwołujący wskazuje, że o tym jak dalece nieadekwatne są stawki przyjęte przez wykonawcę Lafrentz - Polska Sp. z o.o. posłużyć może fakt, że ustawodawca ustalił najniższe wynagrodzenie pracownicze w wysokości 1317 zł. Trudno więc przyjąć, żeby dniówki podane w Formularzu cenowym, nawet przy założeniu, że będą to koszty wynikające z umów cywilno-prawnych, były tak nierealistyczne i nie wskazywały na realizację zamówienia poniżej rzeczywistych kosztów. Należy zauważyć, że przyjęte stawki są niezwykle niskie, nierealne. Nie potrzeba specjalnych wiadomości aby stwierdzić, że nie ma w chwili obecnej możliwości znalezienia i zatrudnienia na jakiegokolwiek podstawie (czy to umowy o pracę, czy zlecenia czy jeszcze innej) „fachowców” ,

którzy zgodzą się pracować za tak niską dniówkę, nie mając dodatkowo żadnej gwarancji, że czas pracy nie przekroczy np. 8 h dziennie. W tym kontekście, zdaniem Odwołującego istotne jest również, że Zamawiający stawia wykonawcom wysokie wymagania w stosunku do potencjału kadrowego, czyli osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia. Jako przykład można wskazać np: Głównego Specjalistę ds. Rozliczeń, od którego wymagane jest posiadanie bardzo wysokich kwalifikacji zawodowych i dużego doświadczenia (cyt. Z SIWZ: *minimalne kwalifikacje zawodowe i doświadczenie: W ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcje samodzielnego Inspektora ds. rozliczeń (Quantity Surveyor) lub Głównego Specjalisty ds. Rozliczeń po stronie wykonawstwa lub nadzoru przy co najmniej 2 kontraktach dotyczących robót drogowych lub mostowych o wartości robót co najmniej 100 mln PLN (brutto) każdy*). Równie wysokie wymagania dotyczą pozostałych ekspertów kluczowych np. Głównego Inspektora Nadzoru ds. Robót Drogowych (cyt. Z SIWZ: *minimalne kwalifikacje zawodowe i doświadczenie: w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcje kierownika budowy lub kierownika robót lub inspektora nadzoru robót drogowych na co najmniej 2 zadaniach o wartości robót minimum 50 mln PLN (brutto) każde*).

Odwołujący podkreśla, że nierealne jest znalezienie wykwalifikowanej kadry, a tym samym i realizacja zamówienia przy przyjęciu tak niskich dniówek (w których należałoby potrącić jeszcze inne dodatkowe koszty Wykonawcy). Należy zwrócić również uwagę, że osoby te byłyby zobowiązane do całego miesiąca pracy (22 dni) bez jakichkolwiek ograniczeń czasowych na dobę.

Odwołujący podnosi, że W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia i jego wartość (vide: postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt II Ca 2194/05). Uzasadnione jest również odniesienie tej ceny do cen innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

Odwołujący uzasadnia, iż w sytuacji w której cena oferty odbiega, a przypadku ceny oferty Lafrentz - Polska Sp. z o.o., odbiega ona znacznie od szacowanej przecież z należytą starannością przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, ale też średniej cen ofert złożonych w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany był do weryfikacji zasadności wskazanej w ofercie ceny w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp który wymaga wyjaśnień wykonawcy i wymaga oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, pod kątem obiektywnych czynników umożliwiających zaproponowanie ocenianej ceny, w szczególności: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wykonawca Lafrentz -Polska Sp. z o.o. zaoferował wykonanie przedmiotowego zamówienia

za cenę 2 800 933,32 zł brutto, tymczasem Zamawiający na otwarciu ofert przedstawił swój budżet na realizację przedmiotowego zamówienia (wartość szacunkową zamówienia) w wysokości 5 252 000,00 zł. W związku z powyższym Zamawiający mając jednocześnie na uwadze, że pozostałe oferty w znacznym stopniu odbiegały cenowo od zaproponowanej przez Lafrentz -Polska Sp. z o.o. kwoty zobowiązany był wezwać tegoż wykonawcę do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ cenę oferty zgodnie z przywołanym przepisem art. 90 ust. 1 PZP. W zaistniałej sytuacji faktycznej, w ocenie Odwołującego, obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie tego Wykonawcy, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaniechanie takie skutkuje zasadnością sformułowanego na wstępie zarzutu, iż zaniechania badania, czy oferta złożona przez wykonawcę Lafrentz -Polska Sp. z o.o. zawierają rażąco nisko cenę, mimo wystąpienia okoliczności faktycznych powodujących konieczność takiego badania.

Odwołujący z ostrożności procesowej i zachowując prawo do ewentualnego przywołania rozszerzonej argumentacji w przyszłości w zakresie ceny oferty można już teraz wskazać, że za przyjęciem, że jest ona rażąco niska przemawia analiza poszczególnych składowych ceny ujawnionych w Formularzu cenowym (wskazania powyżej w części opisowej uzasadnienia). Zaproponowanie stawek wynagrodzenia kształtującego w przeważającej części cenę oferty na usługi jak ma to miejsce w niniejszym przypadku, na poziomie drastycznie odbiegającym od stawek rynkowych wskazuje na zaproponowanie ceny rażąco niskiej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, w dniu 25 lutego 2010 roku do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) (dalej: „ustawa” lub „PZP”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone

Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 28 maja 2010 roku oraz została przekazana kopia odwołania Zamawiającemu 28 maja 2010 roku.

Izba ustaliła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, w tym w szczególności z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Izba dopuścił również dowód ze stanowisk i oświadczeń Stron złożonych ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego 89 ust.1 pkt 2 ustawy tj. niedokonanie odrzucenia oferty wybranej w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy - Izba uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, iż zarówno w treści odwołania jak i w przedstawionej na rozprawie argumentacji Odwołujący nie wskazał na niezgodności treści oferty wybranej w postępowaniu w stosunku do postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „Specyfikacja”). Ogólne twierdzenie Odwołującego - iż w poszczególnych pozycjach formularza ofertowego wykonawca, którego oferta została wybrana w postępowaniu nie uwzględnił wymaganych przez Zamawiającego, zgodnie z *Opisem sposobu obliczenia ceny oferty* (punkt 9 SIWZ) zawartym w Specyfikacji, wszystkich elementów jakie należało skalkulować - nie wskazuje, w jakim zakresie oferta ta jest niezgodna z SIWZ. Odniesienie się Odwołującego do przykładów, zarówno w treści odwołania oraz na rozprawie, gdzie wskazuje, iż wykonywanie usług przez poszczególnych specjalistów (personel) przy określonych w ofercie wartościach dniówek przyporządkowanych dla tych specjalistów wskazuje na niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji, z uwagi na to iż poszczególne stawki nie mogą odzwierciedlać wszystkich elementów wymaganych i określonych w SIWZ co nasuwa wniosek, iż nie zostały ujęte wszystkie koszty związane z pełnym zakresem prac oraz zyskiem wykonawcy - nie stanowi w ocenie Izby wykazania niegodności treści oferty z treścią Specyfikacji.

Odwołanie się przez Odwołującego do sposobu płatności jaki przewidział Zamawiający, co ma również wskazywać na niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji, określonym w załączniku do SIWZ - Umowa, z którego wynika, że wynagrodzenie będzie płatne

częściowo w okresach miesięcznych odpowiednio do rzeczywistego czasu trwania umowy w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez poszczególnych specjalistów (personel) przy jednoczesnym uwzględnieniu zdefiniowanej przez Zamawiającego pojęcia Dniówki (*„Dniówka - oznacza jedną dobę, w ciągu której poszczególni pracownicy Wykonawcy wykonają prace niezbędne do realizacji zamówienia z należytą starannością bez względu na liczbę godzin przepracowanych w tym czasie. W każdym miesiącu kalendarzowym w okresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia przyjęto 22 dniówki.”*) - nie stanowi w ocenie Izby wykazania niegodności treści oferty z treścią Specyfikacji.

Izba zwraca uwagę, że zarzuty jakie stawia Odwołujący winny być sformułowane w sposób precyzyjny, ze wskazaniem konkretnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ustawy, które potwierdzają wskazane podstawy prawne zarzutu. Zarzuty prawne konkretyzują się dopiero poprzez podanie kwestionowanych czynności Zamawiającego lub zaniechania czynności przez Zamawiającego. Sformułowanie zarzutów w sposób ogólny, wskazanie jedynie podstawy prawnej nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski. Nie stanowi konkretyzacji uchybienia niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji odniesienie się do domniemania niemożliwości ujęcia w ofercie wybranego wykonawcy w poszczególnych pozycjach wymaganych przez Zamawiającego określonych w SIWZ elementów z uwagi na jednostkową wartość dla danej pozycji.

Celem postępowania odwoławczego, spełniającego rolę prewencyjną, jest szybkie reagowanie na podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu czynności lub zaniechania czynności oraz ich korekta w przypadku stwierdzenia ich wadliwości, jednakże jest to możliwe gdy żądania Odwołującego są precyzyjne i wskazują na konkretne uchybienia a nie ich domniemanie.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust.1 Pzp, poprzez zaniechanie badania czy oferta wybranego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień firmy Lafrentz -Polska Sp. z o.o. oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 7 ustawy, poprzez zaniechanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty firmy Lafrentz - Polska Sp. z o.o., jeśli zawiera ona rażąco niską cenę - Izba uznała za niezasadne.

Rozpoznawany zarzut dotyczy zaniechania przez Zamawiającego zastosowania procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny – zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia podstawowego (zgodnie z protokołem ZP) w dniu 23 grudnia 2009 roku na kwotę netto: 4 284 454,70 zł., co po dodaniu kwoty podatku VAT (22%), stanowi wartość brutto 5 227 034,73 PLN. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożonych zostało sześć ofert z czego jedna oferta została odrzucona. Wykonawca Lafrentz - Polska Sp. z o.o., zaoferował najniższą cenę brutto – 2 800 933,32 PLN (1). Oferta Odwołującego, kolejna po ofercie najkorzystniejszej opiewa na kwotę brutto – 3 106 122,68 PLN (2). Kolejne oferty zawierają ceny brutto w wysokościach: 4 247 073,58 PLN (3) – ECM Grup Polska Sp. z o.o., 4 491 586,16 PLN (4) – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Tebodin SAP-Projekt Sp. z o.o. i Biuro Usług Inwestycyjnych Ciechański & Haładaj Sp. j., 4 949 458,08 PLN (5) – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: MGGP S.A. i MBI Małopolskie Biuro Inwestycyjne Sp. z o.o..

Odwołujący podnosząc zarzut zaniechania przez Zamawiającego zastosowania procedury wyjaśnienia elementów oferty Wykonawcy Lafrentz - Polska Sp. z o.o. w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę wskazał iż należy się odnosić do wartości złożonych w postępowaniu ofert, szacunkowej wartości zamówienia sporządzonej przez Zamawiającego, oraz cen rynkowych. Odwołujący uzasadniał również potrzebę przeprowadzenia procedury wyjaśnienia odnosząc się do jednostkowych cen zawartych w wybranej w postępowaniu ofercie.

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 teź 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, których celem jest ustalenie poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – art. 90 ustawy. Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Ocena, jakiej dokonuje Zamawiający, a która może prowadzić do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości, iż cena zawarta w ofercie jest ceną rażąco niską prowadzić powinna do wniosku, iż zaoferowana cena jest ceną spekulacyjną, czyli taką która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia a po stronie Zamawiającego ryzyko niezyskania danego dobra. 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 a rażąco niska

ceną jest nieostra dlatego Zamawiający dokonując rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania.

Odwołanie się przez Odwołującego do wysokości cen rynkowych oferowanych za realizację podobnych zamówień, przy jednoczesnym braku wykazania przez Odwołującego tychże cen rynkowych w realizacji podobnych zamówień, zdaniem Izby nie stanowi uzasadnienia stwierdzenia, iż cena w ofercie Wykonawcy Lafrentz - Polska Sp. z o.o. jest rażąco niska, tj. niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji poniżej kosztów wytworzenia.

Wskazanie przez Odwołującego dla ustalenia tego, czy zaoferowana cena w ofercie najkorzystniejszej jest wiarygodna, porównania złożonych oferty w przedmiotowym postępowaniu może stanowić jeden z elementów wskazujących na to, iż zaoferowana w ofercie Wykonawcy Lafrentz - Polska Sp. z o.o. cena jest rażąco niska. Uzasadnia to fakt, iż ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, na kalkulacje mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców. Samo stwierdzenie przez Odwołującego różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Nawet okoliczność założenia zbyt niskiego poziomu zysku nie dowodzi przyjęcia ceny poniżej kosztów realizacji inwestycji. Różnica pomiędzy ofertą wybranego w postępowaniu Wykonawcy Lafrentz - Polska Sp. z o.o. a ofertą Odwołującego wynosi 9,83%. Jednocześnie Zamawiający na podstawie posiadanego doświadczenia w realizacji procedur o udzielenie zamówienia w podobnym bardzo przedmiocie wskazał, iż różnice pomiędzy cenami w składanych ofertach wahają się między sobą do 400 %. Odnoszenie się, dokonujący kwalifikacji oferty jako oferty z rażąco niską ceną, do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu nie stanowi obiektywnie właściwego kryterium. Nie istnieje też, i nie można go wywieść na żadnej podstawie jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 126/09 z 12 lutego 2009 roku).

Odwołujący argumentując konieczność dokonania weryfikacji oferty wybranej w postępowaniu w zakresie rażąco niskiej ceny odwołał się do szacunkowej wartości zamówienia, jednakże należy pamiętać, iż w obliczu powyższych wywodów, wyznacznikiem rażąco niskiej ceny nie może być jednak wyłącznie wartość zamówienia z podatkiem VAT (porównaj: Wyrok Zespołu

Arbitrów z dnia 9 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-210/07). Opierając się o szacunkową wartość zamówienia Zamawiający indywidualnie do danego przypadku stwierdza czy powziół wątpliwości w zakresie zaistnienia rażąco niskiej ceny; nie istnieją bowiem ustalone granice jakie zobowiązują Zamawiającego do uznania, iż zaoferowana cena stanowi cenę rażąco niską, co więcej w zakresie każdego postępowania procentowa wartość odstępstwa danej oferty od oszacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, bowiem mają na nią wpływ między innymi terminy w jakich zostały dokonane szacunki zarówno zamawiającego jak i składającego ofertę, dana sytuacja rynkowa i inne tak więc odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające (porównaj Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt; KIO/UZP 691/08). Należy zwrócić również uwagę, iż Zamawiający na podstawie posiadanego doświadczenia w realizacji procedur o udzielenie zamówienia w podobnym bardzo przedmiocie wskazał, że pomiędzy szacunkową wartością zamówienia a cenami w składanych ofertach zachodzą różnice do 70 %. Jednoznacznie należy wskazać, iż odnoszenie się do wartości szacunkowej zamówienia nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalana przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania ma przede wszystkim znaczenie dla proceduralnych ustaleń Zamawiającego, co do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Badaniu w zakresie wątpliwości rażąco niskiej ceny podlega cena oferty a nie poszczególne składniki tejże oferty, jest to pogląd ugruntowany w orzecznictwie od lat. Odnoszenie się do poszczególnych cen jednostkowych czyli wyodrębnionych elementów nie wskazuje na cenę oferty. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych wykonawców nie jest dowodem, że oferta stanowi ofertę z rażąco niską ceną. Konieczność odnoszenia się do ceny oferty wynika z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy jaki nakłada sankcję wykluczenia wykonawców, których oferty będą złożone z rażąco niską ceną. Wskazanie przez Odwołującego stawek dobowych dla poszczególnych specjalistów jako nierealnie niskich nie może stanowić uzasadnienia, iż oferta zawiera rażąco niską cenę bowiem jej składników jest wiele.

W tych okolicznościach Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, iż oferta Wykonawcy Lafrentz - Polska Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę. Ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy wnoszącym odwołanie i w ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, żadnym środkiem dowodowym okoliczności mogących potwierdzić zasadność stawianego zarzutu. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż określona 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). Zatem, brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie może stanowić dowodu dla potwierdzenia zarzutu rażąco niskiej ceny. Ponieważ Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy art. 90 oraz art. 89 ust.1 pkt 3 i 4 ustawy to również zarzut naruszenia art. 7 ustawy nie mógł się ostać.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia żądania Odwołującego sprowadzającego się do unieważnienia czynności oceny ofert oraz odrzucenia oferty wybranej w postępowaniu tj oferty Wykonawcy Lafrentz - Polska Sp. z o.o..

Przewodniczący:

.....