

WYROK
z dnia 11 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 marca 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 lutego 2013 r.** przez wykonawcę **DROPSERVICE Sp. Jawna D..... D....., P..... W....., 01 – 227 Warszawa, ul. Szymczaka 1/29** w postępowaniu prowadzonym przez **PL.2012+ Sp. z o. o., 03 – 901 Warszawa, Al. Ks. J. Poniatowskiego 1**

przy udziale wykonawcy **TRAWNIK Producent Sp. z o.o., 78 – 400 Szczecinek, Turowo 5A/2** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **DROPSERVICE Sp. Jawna D..... D....., P..... W....., 01 – 227 Warszawa, ul. Szymczaka 1/29** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DROPSERVICE Sp. Jawna D..... D....., P..... W....., 01 – 227 Warszawa, ul. Szymczaka 1/29**.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **DROPSERVICE Sp. Jawna D..... D....., P..... W....., 01 – 227 Warszawa, ul. Szymczaka 1/29** na rzecz zamawiającego **PL.2012+ Sp. z o. o., 03 – 901 Warszawa, Al. Ks. J. Poniatowskiego 1** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PL.2012 + Sp. z o.o., Al. Ks. J. Poniatowskiego 1, 03 — 901 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na „Dostarczenie nawierzchni z trawy naturalnej razem z podbudową”.

W dniu 22 lutego 2012r. Zamawiający ogłosił wyniki przedmiotowego przetargu wybierając, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Trawnik Producent sp. z o.o. i w tej dacie Odwołujący: DROPSERVICE sp. Jawna D..... D..... P.....W....., ul. Szymczaka 1/29, 01-227 Warszawa powziął wiadomość o tej czynności.

W związku z powyższą informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący w dniu 26 lutego 2013r. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy: Trawnik Producent sp. z o.o., Turowo 5A/2, 78 - 400 Szczecinek do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej uważając, że oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę, w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz 1503 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą o ZNK.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, mające wpływ na wynik postępowania, a mianowicie naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy: Trawnik Producent sp. z o.o. pomimo, że oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy: Trawnik Producent sp. z o.o., pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. art. 90 ust. 2 oraz 3 ustawy Pzp, poprzez wadliwą ocenę oferty Wykonawcy: Trawnik Producent sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty;

4. art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, przejawiający się tym, że za najkorzystniejszą została

wybrana oferta podlegająca odrzuceniu.

Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny wyjaśnień złożonych przez Trawnik Producent sp. z o.o. i uznanie, że cena zaoferowana w ofercie Trawnik Producent sp. z o.o. jest ceną rażąco niską w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia;
2. unieważnienia decyzji w sprawie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Trawnik Producent sp. z o.o.;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, i odrzucenia oferty złożonej przez Trawnik Producent sp. z o.o.;
4. nakazania Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Trawnik Producent sp. z o.o., jako oferty odrzuconej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp podniósł, że zakres oraz warunki wykonania zamówienia zostały określone przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej: SIWZ, a w szczególności w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia.

Zauważył, że zgodnie z wymogami Zamawiającego, cenę należało skalkulować w taki sposób, aby zawierała ona wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Nadto zwrócił uwagę, że w Części V SIWZ - Tryb i zasady wyboru najkorzystniejszej oferty - Zamawiający poinformował, iż przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej będzie kierował się kryterium 100% cena ofertowa.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp dokonał wyboru oferty Wykonawcy: Trawnik Producent sp. z o.o, błędnie uznając, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy cena za realizację zamówienia przedstawiona przez tego wykonawcę jest rażąco zaniżona w stosunku do cen rynkowych i realnych cen wykonania zamówienia.

Zwrócił również uwagę, że Zamawiający w związku z podejrzeniem złożenia przez Wykonawcę Trawnik Producent sp. z o.o. oferty z rażąco niską ceną, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Poinformował także, że wykonawca Trawnik Producent sp. z o.o., złożył oświadczenie, którego treść nie została Odwołującemu udostępniona.

Zarzucił Zamawiającemu, że na podstawie otrzymanych wyjaśnień, w sposób niezasadny (również w odniesieniu do ustalonej z należytą starannością, jak wymagają przepisy ustawy Pzp, wartości szacunkowej zamówienia) uznał za najkorzystniejszą ofertę i dokonał wyboru wykonawcy Trawnik Producent sp. z o.o., przyjmując złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia za wystarczające, uznając, iż zaproponowana przez Wykonawcę: Trawnik Producent sp. z o.o. cena oferty nie jest rażąco niska i nie odbiega od cen rynkowych.

W opinii Odwołującego oferta złożona przez Wykonawcę Trawnik Producent sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę, a zatem należy wnioskować, że zrealizowanie zamówienia w cenie i na zasadach podanych przez tego wykonawcę nie jest możliwe.

Zdaniem Odwołującego podana przez wykonawcę Trawnik Producent sp. z o.o. cena powoduje uzasadnione niebezpieczeństwo nienależytego wykonania kontraktu lub też podejmowania prób ograniczenia kosztów.

Odwołujący przy tym podkreślił, że złożona przez tego wykonawcę oferta jest niższa o 1.270.988,00, stanowiąc nieco ponad 35% wartości szacunkowej zamówienia.

Jednocześnie wskazał, że oferta Trawnik Producent sp. z o.o. stanowi niewiele ponad 30% ceny oferty złożonej przez Odwołującego, która jego zdaniem jest najniższą możliwą ceną, dająca zarazem rękojmię należytego i terminowego wykonania zamówienia.

Zarzucił, że oferta konkurencyjna zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, to jest cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia, która nie pozwala na realizację zamówienia. Oferta ta posiada cenę znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych podobnych zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej, a także ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania.

Dodał także, że cena ta odbiega od ustalonej przez Zamawiającego w sposób należyty, wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, czyli w zasadzie od ceny, jaką Zamawiający podał podczas otwarcia ofert oraz od innych złożonych ofert, co potwierdza chociażby oferta złożona przez Odwołującego, oraz oferta firmy Polcourt S.A.

Zaznaczył, że w przypadku przedmiotowego postępowania, na zamówienie składają się określone prace i materiały, których koszt powinien mieć pokrycie w cenie ofertowej.

Niewątpliwie zdaniem Odwołującego, znacznie niższa od cen złożonych przez pozostałych wykonawców, cena oferty złożonej przez Trawnik Producent sp. z o.o., powinna budzić wątpliwości Zamawiającego, czy została ona skalkulowana na podstawie wszystkich elementów cenotwórczych i zawiera chociażby minimalny zysk.

Zdaniem Odwołującego oferta Wykonawcy Trawnik Producent sp. z o.o. nie została przygotowana z odpowiednim uwzględnieniem wszystkich aspektów wykonania zamówienia, a zwłaszcza jego właściwej, wymaganej przez Zamawiającego wysokiej jakości murawy dostarczanej w ramach wykonania zamówienia. Zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ murawa musi być dostarczona już w marcu, co w sposób istotny, biorąc pod uwagę warunki klimatyczne, determinuje koszt wykonania zamówienia.

Zwrócił uwagę, że również określone w treści SIWZ parametry, jakie musi spełniać dostarczana murawa wymagają poniesienia wysokich kosztów po stronie wykonawcy. Kalkulacja dokonana przez tego wykonawcę w ofercie, zwłaszcza biorąc pod uwagę opisane powyżej odniesienia, daje jasne podstawy do twierdzenia, że oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę.

Oświadczył, że ponieważ wyjaśnienia złożone przez Trawnik Producent sp. z o.o. zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący nie może bezpośrednio wykazać ich bezzasadności.

W ocenie Odwołującego w trakcie rozprawy przed KIO możliwe jednak będzie wykazanie, że koszty, jakie muszą zostać poniesione na realizację zamówienia, są wyższe niż cena realizacji zamówienia zawarta w ofercie Trawnik Producent sp. z o.o.

Wskazał także, że cena zaoferowana przez wykonawcę Trawnik Producent sp. z o.o. jest istotnie mniejsza niż średnia oferowanych cen w przedmiotowym postępowaniu. W opinii Odwołującego, nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną przez wybranego wykonawcę cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez Wykonawcę.

W opinii Odwołującego wynikającej z wieloletniego doświadczenia, a także znajomości specyfiki rynku związanego z przedmiotem zamówienia przedstawiona przez Wykonawcę Trawnik Producent sp. z o.o. w ofercie cena uniemożliwia prawidłowe zrealizowanie zamówienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w sposób wadliwy przyjął złożone przez Wykonawcę Trawnik Producent sp. z o.o. wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Jak przypuszcza Odwołujący, wyjaśnienia Trawnik Producent sp, z o.o., złożone w przedmiocie podejrzenia stosowania rażąco niskiej ceny stanowiły jedynie polemikę z Zamawiającym, który wzywając do złożenia wyjaśnień, wyraził to podejrzenie.

W ocenie Odwołującego, żadne racjonalne wyjaśnienia, nie mogą wskazywać, jakie to obiektywne czynniki, pozwoliłyby wykonawcy Trawnik Producent sp. z o.o. skalkulować cenę oferty na oferowanym ostatecznie poziomie.

W opinii Odwołującego, jedynym celem, jaki przyświecał wykonawcy Trawnik Producent sp. z o.o., jest oferowanie jak najniższych cen, niezależnie od obiektywnych warunków działalności i zakazu stosowania cen rażąco niskich.

Podsumowując zaznaczył, że cena określona w ofercie Wykonawcy: Trawnik Producent sp. z o.o., jest cena nierealistyczną, nieporównywalną z cenami rynkowymi podobnych zamówień.

W opinii Odwołującego, wykonawca w złożonej ofercie, najprawdopodobniej nie uwzględnił wszystkich kosztów zrealizowania zamówienia lub założył zmniejszenie jakości dostarczonej murawy w stosunku do parametrów wymaganych postanowieniami SIWZ lub świadomie, w celach znanych tylko sobie, postanowił zaoferować wykonanie zamówienia poniżej kosztów jego realizacji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp podkreślił, że zakaz oferowania przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską wynika z zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego, z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, powinni być dyskwalifikowani wykonawcy, którzy oferując niską cenę, starają się uniemożliwić innym wykonawcom dostęp do rynku, co w ewidentny sposób ogranicza konkurencję, jak również tacy, którzy nie będą w stanie wykonać zamówienia zgodnie z potrzebami zamawiającego.

Niezależnie od powyższej argumentacji odnoszącej się do naruszenia przez

Zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp, w opinii Odwołującego istnieje zagrożenie złożenia przez Wykonawcę Trawnik Producent sp. z o.o, oferty z ceną, która nie uwzględnia wszystkich elementów cenotwórczych oraz zaniżoną celem utrudnienia dostępu do zamówienia innym wykonawcom i zawierającej w związku z tym znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Według Odwołującego złożona oferta jest czynem nieuczciwej konkurencji i stanowi zachowanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającym lub naruszającym interes innych przedsiębiorców lub klientów.

Oferta z podobną ceną utrudnia dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców i jest czynem z art. 15 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o ZNK.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Trawnik Producent sp. z o.o. nie powinny zostać uznane przez Zamawiającego za wystarczające, bowiem, przy tak niskiej cenie zaoferowanej za realizację przedmiotu zamówienia, nie mogą zawierać żadnych konkretnych odniesień do poziomu kosztów, jakie ponosić będzie wykonawca przy oferowanej cenie, popartych stosownymi dowodami, zaś ogólne informacje przy tak dużej dysproporcji ceny najkorzystniejszej oferty i wartości szacunkowej zamówienia nie powinny zostać uznane za wiarygodne i wystarczające.

Mając na uwadze wyżej wskazane okoliczności, że złożona przez Trawnik Producent sp. z o.o. oferta zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji podniósł, że konsekwencją tego powinno być odrzucenie oferty wygrywającej przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

W dniu 1 marca 2013r.wykonawca Trawnik Producent sp. z o.o., zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 19 lutego 2013r., l.dz. CEO/61/2013, wyjaśnień Przystępującego z dnia 21 lutego 2013r. dotyczących rażąco niskiej ceny, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez stronę i uczestnika dokumentów oraz ich wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust.1 i 3, art. 89 ust.1 pkt. 3 i 4, art. 90 ust.2 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oraz art.15 ust.1 pkt.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r nr 153 poz. 1503).

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Przystępujący złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę oraz ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił, iż Przystępujący złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę oraz ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a tylko w takiej sytuacji Zamawiający miałby dostateczną podstawę prawną do odrzucenia oferty konkurencyjnej Przystępującego.

Zgodnie z art.89 ust.1 pkt. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a stosownie do art.89 ust.1 pkt. 4 tejże ustawy podejmuje on taką samą czynność odrzucenia oferty, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do omówienia pojęcia rażąco niskiej ceny, to należy stwierdzić, że nie ma ono ostrych granic i wymaga skonkretyzowania na tle rozpoznawanej sprawy.

Przyjmuje się, że rażąco niska cena to cena nierealistyczna, zaoferowana poniżej kosztów świadczenia usługi, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie wartość szacunkową zamówienia Zamawiający określił na poziomie 2 400 000 zł, zaś oferta Przystępującego została złożona na kwotę 729 012 zł, następnie oferta Odwołującego na kwotę 2 457 540 zł i wykonawcy Polcourt S.A. za cenę 3 142 334 zł.

W aspekcie powyższego Zamawiający powinien mieć wątpliwości, że czy zaoferowana cena może zawierać rażąco niską cenę.

W takich warunkach należy uznać, że Zamawiający prawidłowo podjął czynności wyjaśniające w trybie przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

W następstwie udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień doszło do wskazania przez niego obiektywnych elementów cenotwórczych wpływających ostatecznie na cenę.

Jednocześnie wymaga zauważenia, że w myśl ust.2 art.90 ustawy Pzp Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze 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.

Nadto stosownie do art.90 ust.3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca 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.

W ocenie Izby wyjaśnienia Przystępującego złożone w trakcie prowadzonego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w całej rozciągłości potwierdziły występowanie obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny.

Za takie obiektywne czynniki Izba uznała wyjątkowo korzystne warunki wykonania zamówienia polegające na prowadzeniu własnej produkcji i nie ponoszeniu z tego tytułu dodatkowych kosztów związanych z zakupem u osób trzecich i ponoszeniem kosztów transportu.

Różnica pomiędzy ofertą Odwołującego i Przystępującego w zakresie ceny spowodowana była – według Izby - inną kalkulacją ryzyka kontraktowego dotyczącego pozyskania trawy naturalnej, jako stanowiącej istotną pozycję cenową.

Na rozprawie pełnomocnik Odwołującego wyjaśnił, iż w swoich kalkulacjach przyjął, iż może wystąpić przy pierwszym układaniu nawierzchni ryzyko polegające na niemożliwości wycięcia darni w polskich warunkach klimatycznych ze względu na mróz, natomiast biorąc pod uwagę to ryzyko należy się liczyć przy pierwszym układaniu z koniecznością pozyskania trawy z innego rynku np; z rynku holenderskiego, niemieckiego, węgierskiego lub austriackiego, i wtedy koszt tej trawy może wynosić około 50 zł za 1 m kw. Przedtem jednak pełnomocnik ten wyjaśnił, że cena rynkowa 1 m kw. trawy boiskowej wynosi około 12 zł.

Z powyższego zestawienia cenowego zaprezentowanego przez Odwołującego wynika jednoznacznie, że w zależności od tego, kto jest dostawcą trawy różnica w cenie jednostkowej trawy boiskowej może być nawet czterokrotna.

Innym bardzo ważnym elementem wpływającym na cenę jest posiadanie przez Przystępującego własnego namiotu podgrzewanego, jako specjalistycznego sprzętu umożliwiającego uprawę trawy również w warunkach zimowych, co umożliwia uniknięcie nabywania trawy po kosztach związanych z dostawą zagraniczną.

Wszystkie te okoliczności wykazywane przez Przystępującego w wyjaśnieniach – według zapatrywania Izby – mają wpływ na wysokość proponowanej przez tego wykonawcę ceny.

Kolejną okolicznością wpływającą na zmniejszony koszt oferty Przystępującego był fakt, iż zarówno żwir jak i szotpad stanowiące własność Zamawiającego będą mogły być przeznaczone przez wykonawców do wykonania przedmiotu zamówienia, co umożliwia odliczenie tych kosztów.

W tej materii pomiędzy Odwołującym i Przystępującym wystąpiła rozbieżność, co do możliwości wykorzystania przedmiotowego żwiru. Odwołujący stwierdził, że przygotowanie tego żwiru wymaga poniesienia dodatkowych kosztów.

Należy jednak podkreślić, że rażąco niska cena odnosi się do ceny za cały przedmiot zamówienia, a nie do poszczególnych pozycji kosztowych, co wynika jednoznacznie z brzmienia przepisu art.89 ust.1 pkt.4 w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Wobec tego należy uznać, że wskazane oddzielnie w przedmiotowych wyjaśnieniach Przystępującego: wyspecyfikowany koszt materiałów oraz robocizny, jak również podany poziom zysku mieszczą się – w ocenie Izby – w dyspozycji przepisu art.90 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do przedłożonego na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego „Porównania kosztów wykonania prac” Izba uznała ten dokument prywatny, jako przedstawiający kalkulacje cenowe Odwołującego, bez wskazania materiałów wyjściowych i źródłowych do sporządzenia takiego dokumentu.

To samo dotyczy przedstawionego „Kosztu produkcji 1 m² trawnika sportowego grubości 3 cm do rolowania na plantacji”, który stanowi symulację kosztową Odwołującego, a nie Przystępującego.

Powyższe dokumenty – według Izby – w żaden sposób nie mogły doprowadzić do wniosku, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska.

Przechodząc do omówienia złożonego przez pełnomocnika Odwołującego „Zestawienia dotyczącego wybranych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego”, to dokument ten potwierdza między innymi okoliczność, że wybrane oferty nie zawsze swoją ceną odpowiadają wartości szacunkowej zamówienia.

I tak pod l.p. 2, 3, 7, 8, 9, 10, 11, 12 zostały wykazane ceny wybranych ofert poniżej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, w tym pod pozycją 3 i 8 różnice te są znaczące.

Z powyższego Izba wnioskuje, że szacunki Zamawiających w tych postępowaniach były dosyć ostrożne, co było spowodowane zapewne bardzo dużym rozrzutem cenowym na rynku, gdzie dostarczana jest trawa boiskowa.

Nadto wymaga wskazania, że bardzo duże różnice cenowe pomiędzy ofertami z najniższą ceną i ofertami z najwyższą ceną są wymienione w poz.2, 3, 4, 8, 10. Przy czym należy zauważyć, że w poz. 2 i 4 oferty z najniższymi cenami złożył wykonawca Zielona Architektura A..... i M..... W..... sp. z o.o., a jednak jego oferty nie zostały uznane za zawierające rażąco niską cenę.

Izba stoi na stanowisku, że powyższe zestawienie pokazuje jedynie, że przedmiotowy rynek jest bardzo konkurencyjny, a oczekiwania cenowe wykonawców bardzo zróżnicowane.

Izba nie mogła, więc uznać za przydatne powyższego zestawienia do wykazania rażąco niskiej ceny.

Pozostałe złożone na rozprawie przez Odwołującego kopie dokumentów w postaci faktur, zamówień, ofert, wyciągów mailowych, cennika dystrybucyjnego Izba potraktowała jedynie, jako potwierdzające zdarzenia gospodarcze w nich opisane niezwiązane bezpośrednio z przedmiotem sprawy, w tym również, jeśli chodzi o czas wystawienia tych dokumentów.

Izba uznała również, że te dodatkowe dokumenty mogły zostać powołane jedynie dla zwłoki, biorąc pod uwagę okoliczność nie załączenia do wniesionego odwołania jakiegokolwiek dowodu oraz mając na uwadze, że zgodnie rozdziałem 1 pkt. 2.1 Opis przedmiotu zamówienia – nawierzchnia z trawy naturalnej Murawa I – powinna być przygotowana na mecze 22 i 26 marca 2013r.

Jednocześnie Izba uznała za dostatecznie przekonujące te dowody, które złożył Przystępujący jeszcze na etapie prowadzonych wyjaśnień, które zawierały spójne i logiczne informacje odpowiadające treści wezwania Zamawiającego.

Reasumując, z faktu przeszacowania przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia oraz zaoferowania przez innych wykonawców cen odbiegających o najniższej ceny nie wynika jeszcze, że oferta ta z ceną 729 012 zł zawiera rażąco niską cenę, jeżeli zostały wykazane przez wykonawcę obiektywne okoliczności, o których mowa w art.90 ust.2 ustawy Pzp.

W świetle powyższego niedopuszczalne jest również automatyczne klasyfikowanie oferty z najniższą ceną, jako zawierającej rażąco niską cenę jedynie na podstawie procentowego odniesienia jej wartości do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia i cen innych kolejnych ofert.

Przed wszystkim pierwszorzędą dyrektywą dla Zamawiającego do oceny możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny stanowi przepis art.90 ust.2 ustawy Pzp, na podstawie, którego następuje badanie obiektywnych czynników wpływających na wysokość ceny i dopiero po dokonaniu tego zabiegu może on przejść do oceny innych aspektów związanych z zaproponowaną ceną.

Jeżeli zaś chodzi o zarzut złożenia oferty będącej czynem nieuczciwej konkurencji, to Izba nie stwierdziła w jej złożeniu zachowania objętego tym czynem.

W swoim odwołaniu Odwołujący zarzucił Przystępującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców(art.15 ust.1 pkt.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r.o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Według Izby przedstawione w prowadzonym przetargu wyjaśnienia cenowe nie mogą być traktowane, jako utrudnienie dostępu do rynku.

Nadto zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił, iż złożona przez Przystępującego oferta oznaczała świadczenie poniżej kosztów, biorąc pod uwagę, że zaoferowana przez niego cena ostateczna zawiera wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie objętym SIWZ z załącznikami włącznie(pkt. 21.1 SIWZ) i mając na uwadze jej ryczałtowy charakter (pkt. 21.2 SIWZ).

Poza tym Odwołujący według Izby nie wykazał także, że skalkulowana przez Przystępującego cena miała na celu eliminację konkurencji. O braku takiego zamiaru może wskazywać utrzymywanie kontaktów handlowych pomiędzy Odwołującym, a Przystępującym.

Zdaniem Izby zróżnicowanie w cenach oferowanych świadczeń może potwierdzać jedynie konkurencyjność składanych ofert, co pozostaje w zgodzie z zasadą wyrażoną w art.7 ustawy Pzp.

Izba stoi także na stanowisku, że ostrożne szacowanie ceny składanej oferty jest dokonywane indywidualnie, jak w przypadku Odwołującego, w zależności o konkretnej sytuacji organizacyjnej czy finansowej danego wykonawcy i nie decyduje ono samoistnie o

tym, czy cena złożonej oferty jest rażąco niska i czy ta oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

O indywidualnym charakterze działalności poszczególnych wykonawców świadczy chociażby sposób pozyskania trawy, jako podstawowego elementu przedmiotu zamówienia, w przypadku Przystępującego jest to trawa własna, a w przypadku Odwołującego w kalkulacji została uwzględniona trawa importowana z innych krajów Unii Europejskiej, co wpływa w sposób istotny na cenę końcową oferty.

Ostatecznie z powodu niepodniesienia przez Odwołującego w odwołaniu zarzutu dotyczącego odtajnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień i dokumentów złożonych w trakcie postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę z powodu tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała, że brak jest powodów do udzielenia Odwołującemu w tym zakresie ochrony prawnej.

Zgodnie z art.192 ust.7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący:.....