

Sygn. akt: KIO 358/13

WYROK
z dnia 5 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **18 lutego 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **MJK Sp. z o.o., ul. Bałtycka 5, 78-100 Kołobrzeg** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Dygowo, ul. Kolejowa 1, 78-113 Dygowo**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **MJK Sp. z o.o., ul. Bałtycka 5, 78-100 Kołobrzeg** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **MJK Sp. z o.o., ul. Bałtycka 5, 78-100 Kołobrzeg**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101 i 1529) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający **Gmina Dygowo, ul. Kolejowa 1, 78-113 Dygowo** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Remont wraz z wyposażeniem świetlicy wiejskiej (I), budowę boiska wielofunkcyjnego do gier zespołowych oraz do małej piłki nożnej w Piotrowicach (II) oraz budowę miejsc postojowych dla rowerzystów w miejscowości Bardy (III)«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych **14.01.2013 r.** poz. **19956**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101 i 1529**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **13.02.2013 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy (cz. I) K..... G..... i L..... Ś.....78-132 Grzybowo, (cz. II) K..... L..... 78-200 Białogard i (cz. III) P..... W..... Koobrzeg;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy **MJK Sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Bałtycka 5, 78-100 Kołobrzeg**, gdyż oferta zawiera rażąco niską cenę w częściach I i III – art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz we wszystkich częściach odwołujący został wykluczony – art. 24 ust. 4 Pzp.

Wykonawca **MJK Sp. z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Bałtycka 5, 78-100 Kołobrzeg**, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 2** Pzp, wniósł **18.02.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na odrzucenie oferty odwołującego w części I i III oraz wykluczenie odwołującego we wszystkich trzech częściach postępowania i na naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybranie wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy;
- 2) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zbędne wzywanie odwołującego do składania dokumentów i wyjaśnień;

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę;
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez bezpodstawne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego w części I i III oraz wykluczeniu odwołującego we wszystkich trzech częściach, a także unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Argumentacja odwołującego

W dniu 13 lutego 2013 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego „Zawiadomienie o wyborze oferty”, z którego treści wynikało, że w **części I** zamówienia obejmującej remont świetlicy w Piotrowicach i w **części III** dotyczącej budowy miejsc postojowych dla rowerzystów, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uznając, że zawiera rażąco niską cenę.

Ponadto zamawiający **we wszystkich trzech częściach zamówienia wykluczył** odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającym na wykazaniu, że odwołujący znajduje się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

I. Odrzucenie oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny

Pismem z 5 lutego 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, a w szczególności „w przypadku zastosowania cen i stawek odbiegających od cen rynkowych, wyjaśnień możliwości uzyskania zastosowanych cen i stawek”. W odpowiedzi odwołujący wskazał, że zastosowane przez niego ceny pochodzą z ogólnego cennika pomniejszonego o marżę, jakie posiada od swoich dostawców. Ponadto odwołujący wskazał, że posiada większość maszyn potrzebnych do realizacji zamówienia, zatem może stosować w tym przypadku korzystniejsze ceny na sprzęt. Odwołujący wskazał też, że w okolicy prowadzi roboty o podobnym charakterze, co wpływa korzystnie na ekonomikę realizacji inwestycji, o której wykonawstwo się ubiega.

Zamawiający w swej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny zakwestionował jedynie zastosowaną przez wykonawcę stawkę roboczogodziny w wysokości 6,50 zł wskazując, że przy zastosowaniu tej stawki robocizny nie da się

przestrzegać przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia.

Zamawiający w swoim wezwaniu do złożenia wyjaśnień w sposób bardzo ogólnikowy ograniczył się do przepisania formuły ustawowej oraz wskazania bliżej niesprecyzowanych wątpliwości do cen i stawek. Z kolei w rozstrzygnięciu zamawiający nie odnosi się do przyjętych przez wykonawcę cen i stawek, a jedynie kwestionuje wysokość przyjętej stawki roboczogodziny błędnie wskazując, że za taką stawkę zatrudnieni byli pracownicy wykonawcy. Pojęcia te nie są takie same, a żaden z wykonawców składając ofertę w postępowaniu przetargowym nie wskazuje, że przyjęta do kalkulacji stawka roboczogodziny była jednocześnie stawką osobistego zaszeregowania pracownika. Wykonawca może zatrudniać pracowników w różnych formach: w ramach stosunku pracy, w ramach umów cywilnoprawnych, samozatrudnienia, czy wreszcie korzystać z podwykonawców.

W tej sytuacji zarzut zamawiającego wskazujący na brak możliwości zatrudnienia pracownika według stawki 6,50 zł/godz. jest chybiony, podobnie jak całe wywody dotyczące uzasadnienia przyjęcia tezy o rażąco niskiej cenie.

Intencją ustawodawcy jednak nie było stworzenie mechanizmu prawnego, który każdorazowo dawałby podstawę do uruchomienia przez zamawiającego postępowania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w przypadku wystąpienia różnic cenowych złożonych ofert. Takie różnice normalnie występują w każdym postępowaniu konkurencyjnym. Natomiast rażąco niska cena powoduje, że te różnice cenowe są drastyczne.

W postępowaniu będącym przedmiotem zamówienia dla przykładu można wskazać, że w części I oferta odwołującego była tylko o 13% niższa od drugiej cenowo oferty i niespełna 14% od kolejnej.

Zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu w ogóle nie miał podstaw aby zrodziły się u niego wątpliwości do możliwości przyjęcia, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Skoro brak było uzasadnionych podstaw do takich przypuszczeń to za nieprawidłowe należy uznać wzywianie wykonawcy przez zamawiającego do składania wyjaśnień, a następnie bezpodstawne odrzucenie jego oferty.

Ogólnikowa treść pisma zamawiającego niewskazująca jakich konkretnie informacji domaga się zamawiający i do jakich kwestii zobowiązany jest ustosunkować się wykonawca nie daje zamawiającemu prawa do żądania od wykonawcy szczegółowych wyjaśnień. Zamawiający nie może obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, skoro nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje.

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający ograniczył się właśnie do przepisania ogólnej formuły nie wskazując szczegółowo jakich wyjaśnień oczekuje i jakie wątpliwości zgłasza. Odwołujący oprócz wyjaśnień, złożył zamawiającemu kosztorys, z którego

jednoznacznie wynikała możliwość realizacji zamówienia przy uwzględnieniu nie tylko zwrotu poniesionych kosztów, ale także uzyskania 8% zysku.

W tym stanie rzeczy nie sposób przyjąć, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, gdyż zamawiający nie wykazał, że przy tym konkretnym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe jego wykonanie za oferowaną cenę bez ryzyka poniesienia strat przez wykonawcę.

II. Wykluczenie wykonawcy

Zamawiający w ust. 14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia, żądał od wykonawców m.in. wykazania, że znajdują się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej (pkt 4). W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku w pkt 15 lit. a zamawiający wymagał informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy do łącznej kwoty 520 tysięcy zł.

Odwołujący dostarczył zamawiającemu zaświadczenie Banku Polska Kasa Opieki S.A. z 17 stycznia 2013 r. stwierdzające w swej treści, że wykonawca „MJK Spółka z o.o. z siedzibą w Kołobrzegu przy ul. Bałtyckiej 5, REGON: 320917699, NIP 6711798024 posiada zdolność kredytową do kwoty 3.000.000 PLN”.

Mimo jasnego i oczywistego stwierdzenia w przedstawionym zaświadczeniu, że wykonawca MJK posiada zdolność kredytową do kwoty 3.000.000 zł, zamawiający pismem z 5 lutego 2013 r. wezwał ponownie odwołującego do złożenia informacji banku w tym zakresie. Odwołujący wyjaśnił, że obsługujący go bank wystawia standardowo tego typu zaświadczenia, gdyż czym innym jest posiadanie zdolności kredytowej, a czym innym uzyskanie kredytu. Ten ostatni można uzyskać po spełnieniu określonych warunków obowiązujących w danym banku. W przypadku banku PEKAO S.A. warunki te określone zostały w zarządzeniu „Kredyty Banku Polska Kasa Opieki S.A. udzielane klientom biznesowym (segment klientów mikro i małych)”.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że w przedmiotowym zaświadczeniu Bank dokonał również oceny współpracy z klientem stwierdzając, że: „rachunek prowadzony jest zgodnie z regulaminem, nie występowało na nim niedozwolone saldo debetowe, nie jest obciążony tytułami egzekucyjnymi, obsługiwany jest prawidłowo, współpraca z klientem przebiega bez zastrzeżeń”. Powyższe oznacza, że Bank w swoim zaświadczeniu nie tylko potwierdził zdolność kredytową klienta do kwoty 3.000.000 zł, ale bank także pozytywnie ocenił współpracę z odwołującym.

Mimo przedstawienia takiego dokumentu zamawiający wykluczył z postępowania odwołującego z powodu niespełniania warunku udziału w postępowaniu polegającym na

wykazaniu, że znajduje się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. W ocenie zamawiającego przedstawiony dokument (zaświadczenie Banku) nie może być uznany za spełniający wymogi specyfikacji oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817).

Gdyby odwołujący nie posiadał zdolności kredytowej to Bank nie wystawiłby mu zaświadczenia, w którym wyraźnie napisał, że odwołujący posiada zdolność kredytową do kwoty 3.000.000 zł. Nie bez znaczenia jest fakt, że taka zdolność kredytowa przekracza prawie sześciokrotnie wymóg postawiony przez zamawiającego. W tej sytuacji wykluczenie odwołującego we wszystkich trzech części zamówienia uznać należy za całkowicie pozbawione podstawy prawnej i faktycznej.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 18.02.2013 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 19.02.2013 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego:

- 1) **(dowód nr 1)** pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego z 6 lipca 2012 r. W pkt 5 i 6 wskazujące na nieodpowiednio dokładne sprawdzanie zdolności kredytowej wykonawców w poprzednich postępowaniach;
- 2) **(dowód nr 2)** kopię informacji o stanie finansowym innego wykonawcy wystawionej przez ten sam bank, gdzie jest przedstawiona zdolność kredytowa bez żadnych uwarunkowań i taką zdolność kredytową zamawiający uznał za właściwą, nie wykluczając takiego wykonawcy

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania, oraz że odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania zamawiającemu.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp brzmi: »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«.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez bezpodstawne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zbędne wzywianie odwołującego do składania dokumentów oraz wyjaśnień – nie zasługują na uwzględnienie.

Przepisy (1) art. 24 ust. 2 pkt 4 i (2) art. 26 ust. 3 i (3) 4 Pzp brzmią:

- 1) „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”;
- 2) „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”;

- 3) „Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1”.

Zamawiający żądał w ust. 14 pkt 4 specyfikacji m.in. wykazania przez wykonawców, że znajdują się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. dysponują środkami finansowymi wystarczającymi do realizacji zamówienia w kwocie co najmniej 520 000 zł na wszystkie trzy części zamówienia.

Odwołujący złożył w ofercie zaświadczenie, w którym jego bank potwierdził, że odwołujący cyt. »posiada zdolność kredytową do kwoty 3.000.000,- PLN po spełnieniu warunków określonych w Zarządzeniu „Kredyty Banku Polska Kasa Opieki SA udzielane klientom biznesowym (segment klientów mikro i małych)”«.

Zamawiający uznał, że bank uzależnił wydanie zaświadczenia o posiadaniu przez odwołującego zdolności kredytowej od spełnienia przez odwołującego warunków określonych w „Zarządzeniu”. Wobec tego zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty o informację banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową z zastrzeżeniem, że z uzupełnionych dokumentów powinna wynikać możliwość dysponowania środkami finansowymi w kwocie 520 000 zł na wszystkie trzy części zamówienia. W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, cyt. »Załączone zaświadczenie z banku warunkujące zdolność kredytową od spełnienia warunków określonych w zarządzeniu władz banku nie spełnia wymogów dokumentu potwierdzającego posiadanie zdolności kredytowej«. Również zamawiający pouczył odwołującego, że w przypadku nie uzupełnienia dokumentu odwołujący zostanie wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Odwolujący we właściwym terminie udzielił odpowiedzi na wezwanie stwierdzając, że złożone przez odwołującego z ofertą zaświadczenie opiewa na znacznie wyższą niż wymagana kwotę. Ponadto odwołujący stwierdził, że dotychczas zaświadczenie nie było podważane w żadnym postępowaniu, a treść zaświadczenia jest standardowo stosowana przez bank.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, gdyż uznał, że zaświadczenie o zdolności kredytowej uwarunkowane spełnieniem warunków określonych w odrębnym, wewnętrznym „Zarządzeniu” banku, nie dokumentuje spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego znajdowania się wykonawcy w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Skład orzekający Izby uznał, że zamawiający postąpił właściwie wykluczając odwołującego, gdyż bank doszedł do wniosku, że odwołujący nie posiada zdolności kredytowej chwili wydania zaświadczenia, ale odwołujący dopiero nabędzie zdolność kredytową po spełnieniu warunków określonych w innym dokumencie – w Zarządzeniu

„Kredyt Banku Polska Kasa Opieki SA udzielane klientom biznesowym (segment klientów mikro i małych)”. Mimo wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia tego zaświadczenia, odwołujący nie uzupełnił dokumentu ani nie wykazał, że odwołujący spełnia warunek banku. Na wezwanie zamawiającego, odwołujący mógł złożyć inne, bezwarunkowe zaświadczenie banku o zdolności kredytowej lub wykazać, że odwołujący spełnienia warunek do uznania zdolności kredytowej i do wyjaśnień załączyć Zarządzenie „Kredyt Banku Polska Kasa Opieki SA udzielane klientom biznesowym (segment klientów mikro i małych)”.

Samo stwierdzenie odwołującego, że inni zamawiający w innych postępowaniach nie kwestionowali zaświadczenia banku nie może być podstawą dla zamawiającego, aby uznał on przedmiotowe zaświadczenie za dokument, na którego podstawie zamawiający może uznać warunek za spełniony.

Odwołujący powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z 29 stycznia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-89/07), gdzie zostało stwierdzone, cyt. „Wykonawca posiada zdolność kredytową, nawet jeżeli bank uzależnia przyznanie kredytu od spełnienia określonych warunków. Warunki takie nie odnoszą się bowiem do zdolności kredytowej, tylko do przyznania kredytu”, jednak w rozpoznawanej sprawie bank nie warunkował przyznania kredytu, ale uzależnił posiadanie samej zdolności kredytowej.

Skład orzekający Izby stwierdza, że również zamawiający – uznając dokument zaświadczenia z banku za niewystarczający do wykazania spełnienia warunku – zasadnie wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący nie złożył zamawiającemu odpowiedniego dokumentu, do czego był wzywany, a jedynie przedstawił tłumaczenie, że w innych postępowaniach kwestionowany dokument nie budził zastrzeżeń innych zamawiających. Jednak tłumaczenie nie mogło zastąpić wymaganych dokumentów.

W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego Izby zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 i 4 Pzp – nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że nie ma uregulowanej jakiegokolwiek granicy różnicy cen, od której zamawiający mógłby mieć zastrzeżenia do rażąco niskiej ceny, ani granicy, do której nie wolno byłoby zamawiającemu mieć takich wątpliwości. W związku z tym, jeżeli u zamawiającego zrodzą się wątpliwości do poziomu zaoferowanych cen, to może zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, który brzmi „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 widząc około 25% różnicę między ceną wynikającą z dodania do wartości kosztorysu inwestorskiego kwoty podatku od towarów i usług (447 000 zł) a cna ofertowa odwołującego (342 000 zł) zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących zastosowanych przez odwołującego cyt. „cen i stawek, w szczególności do złożenia wymaganego postanowieniami specyfikacji kosztorysu sporządzonego metoda kalkulacji szczegółowej oraz, w wypadku zastosowania cen i stawek odbiegających od cen rynkowych, wyjaśnień co do możliwości uzyskania zastosowanych cen i stawek”. We właściwym terminie odwołujący złożył kosztorys sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej i wyjaśnienia o treści cyt. „Firma MJK Sp. z o.o. w ofercie zastosowała ceny z ogólnego cennika pomniejszone o marże, jakie posiada od swoich dostawców. Preferencyjne ceny na sprzęt wynikają z tego, że firma jest w posiadaniu większości maszyn potrzebnych do zrealizowania wyżej wymienionych zadań. Ponadto prowadzimy w okolicy roboty o podobnym charakterze, co wpływa korzystnie na ekonomikę realizacji inwestycji pomniejszając koszty pośrednie firmy”.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący zgodnie ze swoim kosztorysem zastosował stawkę roboczogodziny w wysokości 6,50 zł/godz. i nie wyjaśnił w jaki sposób odwołujący zamierza wykonać roboty zachowując ich wymaganą jakość, stosując tak niską stawkę roboczogodziny, że stawka płaca nie osiągnie poziomu minimalnego wynagrodzenia. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, który brzmi „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” zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień odwołującego i odrzucił ofertę w części 1 i 3 zamówienia. Natomiast ze względu na duży udział sprzętu w robotach dotyczących drugiej części zamówienia, zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego w tym zakresie.

Odwołujący wniósł odwołanie na uznanie jego ceny za rażąco niską. Także samo odrzucenie oferty wykonawcy, który był uprzednio wykluczony z postępowania było kwestionowane przez odwołującego.

Podczas rozprawy odwołujący również nie wyjaśnił możliwości powstania różnicy między minimalną płacą w gospodarce narodowej a przyjętą stawką wynagrodzenia, a nawet stwierdził, że odwołujący będzie „mógł zatrudnić wykonujących roboty na umowę o dzieło, gdzie bardzo duże znaczenie ma forma akordowa”. Skład orzekający Izby musi uznać zasadność stanowiska zamawiającego, który stwierdził, że cyt. „Praca na akord stwierdzona przez odwołującego właśnie jest tym, czego zamawiający chciałby uniknąć ze względu na

właściwą jakością, jaką chciałby uzyskać przy prowadzeniu robót związanych z wykonaniem zamówienia. Zamawiający chciałby, aby roboty były wykonywane rzetelnie, zgodnie z normami. Przy stawce zaoferowanej (6,5 zł) pracownik odwołującego (tynkarz) – a więc posiadający kwalifikacje, mógłby zarobić miesięcznie 1 092 zł. Zgodnie z KNR-ami można przyspieszyć roboty w stosunku do norm o około 15% bez wpływu na jakość, ale nie, jak w tym przypadku o około 50%”.

W związku z tym, zdaniem składu orzekającego Izby zamawiający zasadnie odrzucił ofertę, w której odwołujący wykazuje zaniżenie czasu pracy w stosunku do norm o 50%, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który brzmi „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia” w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, który brzmi „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”. Jednocześnie zamawiający nie odrzucił oferty w części II zamówienia, gdyż uznał, że ze względu na duży udział robót z użyciem sprzętu mechanicznego w wykonywaniu tej części zamówienia nie zachodzi niebezpieczeństwo obniżenia jakości wykonywanych robót.

Ponadto skład orzekający Izby stwierdza, że przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie zakazują zamawiającemu dokonywania oceny ofert wykonawcy, który podlega wykluczeniu. Ponadto odwołujący nie wykazał, momentu wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty. Tym niemniej zamawiający nie oceniał oferty odwołującego w żadnej części, a tylko wpisał w odpowiednich miejscach, cyt. „wykonawca wykluczony, oferta odrzucona” lub tylko „wykonawca wykluczony”.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający tym postępowaniem naruszył jakiegokolwiek przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybranie wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego żadnego z przepisów, a w związku z tym, że zamawiający wykonywał swoje czynności zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, to zamawiający dokonał wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami tej ustawy.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....