Sygn. akt KIO 1029/20

WYROK

z dnia 28 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 maja 2020 r. przez wykonawcę

R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą OBI COMPLEX R. Z. z

siedzibą w Żorach

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Suszec

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod

   nazwą OBI COMPLEX R. Z. i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą OBI COMPLEX R. Z. tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą OBI COMPLEX R. Z. na rzecz Gminy Suszec kwotę 575 zł 03 gr (słownie: pięćset siedemdziesiąt pięć złotych trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1029/20

Zamawiający - Gmina Suszec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wymianę istniejących opraw oświetleniowych na energooszczędne LED na terenie Gminy Suszec" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 marca 2020 r., pod numerem 525805. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Wyjaśnienia poziomu ceny oferty Odwołującego

W trakcie badania ofert Zamawiający, pismem z 22 kwietnia 2020 r., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Odwołującego - R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą OBI COMPLEX R. Z. do wyjaśnienia poziomu ceny oferty, gdyż stwierdził, że cena całkowita oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia. W wezwaniu Zamawiający wskazał, że „zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, W TYM ZŁOŻENIE DOWODÓW, DOTYCZĄCYCH WYLICZENIA CENY OFERTY, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, 2) wybranych rozwiązań technicznych, 3) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, 4) oryginalności projektu wykonawcy, 5) kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) i Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. Składając wyjaśnienia, a w szczególności DOWODY DOTYCZĄCE WYLICZENIA ZAOFEROWANEJ CENY, należy uwzględnić wszelkie obiektywne czynniki, mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia, uzasadniając rodzaje i wysokość niezbędnych kosztów realizacji robót składających się na przedmiot zamówienia, będących podstawą obliczenia ceny. Wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oznacza dla Państwa obowiązek wykazania, iż zaproponowana przez Państwa cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Celem procedury wyjaśniającej jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowanie poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie przez wykonawcę ogólnego zapewnienia, że wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę lub ogólnego oświadczenia o poprawności wyliczeń. Powtarzając za KIO 1049/14 z dnia 09.06.2014 r.: <<w myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi /dowodami.>> Podobne stanowiska zostały również powołane w wyrokach KIO 596/16, 2036/16."

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z 22 kwietnia 2020 r., Odwołujący wskazał:

„1. Firma nasza działa na rynku usług branży elektroenergetycznej od 27 lat i w tym czasie wypracowała sobie zarówno bardzo dobre warunki handlowe u Dostawców, Producentów materiałów niezbędnych do budowy oraz modernizacji oświetlenia ulicznego jak i metody prowadzenia prac powodujące znaczące oszczędności przy realizacji zadań co bezpośrednio wpływa na wartości ofert firmy.

2. Wykorzystywany do budowy, modernizacji oświetlenia sprzęt budowlany (minikoparki, podnośniki samochodowe oraz inny, drobny sprzęt) jest własnością naszej firmy co powoduje ograniczenie kosztów związanych z jego pracą.

3. Baza sprzętowa z budynkami i teren, na którym się znajdują są także własnością naszej firmy co pozwala na znaczące ograniczenie kosztów administracyjnych.

4. Koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia

10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 2015, poz. 2008 z późn. zm.).

5. Miesięczne wynagrodzenie na jednego pracownika zamieszczone w formularzu wyceny stanowiącym załącznik do naszej oferty zostało przyjęte do kalkulacji kosztów w wysokości: 4 838,40 zł przekracza wartość minimalnej płacy w 2020 r. określoną na poziomie 2 600,00 zł. Kalkulacja wynagrodzenia jednego pracownika przedstawia się następująco: wartość r-g: 18,00 zł, wartość r-g z narzutami (60%): 28,80 zł, przeciętna liczba roboczogodzin pracownika w miesiącu: 168 godzin (21 dni x 8 godzin = 168 roboczogodzin), miesięczne wynagrodzenie pracownika: 4 838,40 zł (168 roboczogodzin x 28,80= 4 838,40 zł).

6. Koszty zakupu Kz w kosztorysie ofertowym zostały ujęte w cenie materiałów, ponieważ zakupy materiałów realizowane są przez nas w większej części bezpośrednio u Producentów z pominięciem pośredników a dodatkowo każdorazowo koszty transportu są pokrywane przez Dostawców.

7. Firma nasza posiada bardzo wysokie rabaty u Producenta opraw LED - firmy Signify (Philips), które mają zastosowanie dla przedmiotowego zadania ze względu na długoletnią współpracę i wiele wspólnie zrealizowanych projektów związanych z budową oświetlenia zewnętrznego, takich jak między innymi: • budowa oświetlenia obwodnicy Miasta Rybnika,

- modernizacja oświetlenia Miasta Racibórz, • budowa oświetlenia ul. Szpitalnej w Knurowie,
- budowa oświetlenia ul. Raciborskiej w Rybniku oraz dużo mniejszych projektów.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oświadczamy, że oferowana przez nas cena za wykonanie przedmiotowego zadania jest kwotą realną, za którą jesteśmy w stanie wykonać prace w zakładanym terminie zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, obowiązującymi normami oraz sztuką budowlaną."

II Odrzucenie oferty Odwołującego

W konsekwencji dokonanej oceny wyjaśnień Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, że Odwołujący w ramach udzielonych wyjaśnień odniósł się w sposób bardziej szczegółowy tylko do minimalnego wynagrodzenia za pracę, jednak do pozostałych aspektów, które zostały wyartykułowane w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odniósł się bardzo powierzchownie. Wykonawca złożył ogólne wyjaśnienia informujące, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, a także, że zaoferowana przez niego cena jest niższa od ustalonej przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim dzięki: wypracowanym warunkom handlowym u dostawców i producentów materiałów, metodom prowadzenia prac wpływającym na oszczędność realizacji zadań, posiadanym rabatom u producenta dostarczanych opraw, dysponowaniu własnym parkiem maszynowym oraz posiadania własnej bazy materiałowo-sprzętowej firmy, jednak nie potwierdził swojego stanowiska żadnymi dowodami. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, w ocenie Zamawiającego, są niewystarczające w zakresie potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający powołał się na „ugruntowaną linię orzeczniczą", zgodnie z którą wyjaśnienia powinny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami, czego wykonawca nie uczynił. Powtarzając za wyrokiem KIO 110/20: „wyjaśnienia złożone przez Przystępującego są niezwykle ogólnikowe, lakoniczne i niepoparte żadnymi dowodami. Konsekwencją powyższego jest konieczność ich potraktowania jako w ogóle niezłożonych i odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Izba wskazuje, że wystosowanie wezwania w trybie art. 90 Pzp oznaczało dla wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. W kontekście powyższego obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień w omawianym zakresie. W takim przypadku wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny i szczegółowo wyjaśnić przyczyny, z których wynika poziom cenowy przez niego zaoferowany. Zgodnie bowiem z treścią powołanego przepisu, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać Zamawiającemu, że jego cena (lub koszt) nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, że na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej, Zamawiający powinien dokonać oceny, czy oferta podlega odrzuceniu. (...) na wykonawcy spoczywa nie tylko obowiązek przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień, ale w miarę możliwości również przedstawienia odpowiednich dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się z tym, że to właśnie na ich podstawie Zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. Izba prezentuje pogląd, że w niektórych przypadkach dowody mogą okazać się wręcz niezbędne. W szczególności, jeżeli mamy do czynienia

z przedmiotem zamówienia, którego znaczna część jest pozyskiwana od innych podmiotów (np. zakup materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług przez podmioty zewnętrzne, podwykonawców). Zatem, gdy wykonawca dokonuje zakupów po bardzo niskich cenach, powinien przedstawić Zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami dowody potwierdzające ww. okoliczności, tj. uzasadniające dokonanie takiego zakupu. (...) Stwierdzić należy, że to obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem." oraz wyrok KIO 2520/18: „jeżeli wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak np.: szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczność. Niewątpliwie takim dowodem jest także kalkulacja w zakresie, ale tylko i wyłącznie, w którym odnosi się do kosztów leżących po stronie wykonawcy. Przedstawione zestawienie składników cenotwórczych winno zawierać czytelne i jednoznaczne wyliczenie wymaganych kosztów dla danej pozycji, czyli wyodrębnione składniki cenotwórcze obejmujące robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk ze wskazaniem ewentualnych rabatów, upustów lub innego rodzaju okoliczności, które są przynależne tylko wykonawcy". Zatem obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie są wyczerpujące, szczegółowe i rzetelne oraz nie zawierają dowodów. Na ich podstawie nie sposób uznać, że mogą rozwiewać wątpliwości Zamawiającego związane ze wskazaną w ofercie wykonawcy ceną.

III Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty oraz zaniechania jej wyboru jako najkorzystniejszej zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty niezgodnie z przepisami ustawy na skutek niewłaściwego zastosowania art. 89 ust. 4 i bezpodstawnego odrzucenia oferty, co nastąpiło przez mylne przyjęcie, że oferta zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy Odwołujący na wezwanie Zamawiającego złożył pełne i kompletne wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu : unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oceny oferty Odwołującego oraz o zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania w kwocie 7500 zł wraz z kosztami zastępstwa procesowego w kwocie 3600 zł oraz kosztami opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w trakcie oceny ofert Zamawiający stwierdził, że cena całkowita oferty złożonej przez Odwołującego jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia. Podejrzenie Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny oferty skutkuje przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego w tym zakresie. W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny oferty. Zakres zapytania Zamawiającego określa art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, jak wskazał, wymagał przedłożenia wyjaśnień zawierających obiektywne czynniki mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia, uzasadniające wysokości i rodzaj niezbędnych kosztów dla realizacji zamówienia.
W odpowiedzi na powyższe Odwołujący przedłożył Zamawiającemu 3-stronicowe pismo zawierające szczegółowe wyliczenie kosztów, na których oparł się kalkulując złożoną ofertę. W piśmie w sposób jasny i precyzyjny wskazano doświadczenie, posiadany potencjał kadrowy i sprzętowy. Wykonawca dokonał również szczegółowego odniesienia się do kosztów pracy, jakie uwzględnił kalkulując ofertę. W zakresie zakupu materiałów przedstawił zasady, na jakich sporządził kosztorys ofertowy, który stanowi dokładne wyliczenie kalkulacji sporządzonej oferty. Kosztorys został złożony wraz z ofertą, dzięki czemu Zamawiający mógł dokonać pełnej analizy wyliczeń. Dodatkowo Odwołujący w sposób konkretny i precyzyjny opisał dotychczasowe realizacje zamówień, których przedmiot był analogiczny do przedmiotu zamówienia opisanego przez Zamawiającego. Zakres wyjaśnień w pełni odpowiadał zapytaniu Zamawiającego. Pomimo powyższego Zamawiający odrzucił ofertę praktycznie nie przeprowadzając żadnej analizy złożonych wyjaśnień. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający skupił się jedynie na lakonicznej ocenie wyjaśnień. Arbitralnie przyjęto, że przedłożona oferta oraz wyjaśnienia nie są wystarczające, aby uznać, że nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jak się wydaje, nie przeprowadzono żadnej analizy złożonej oferty.

Zamawiający niewłaściwie ustalił szacunkową wartość zamówienia. Istotną dla wyceny oferty

jest wartość opraw oświetleniowych, która przez Zamawiającego została przyjęta prawdopodobnie po cenie katalogowej. Tymczasem każdy z wykonawców z biegiem lat, dzięki stałym relacjom handlowym, otrzymuje istotne opusty na zakup materiałów. Jak zostało wykazane w wyjaśnieniach, Odwołujący zrealizował szereg inwestycji, dla których kupował znaczne ilości opraw oświetleniowych. Powyższy czynnik wpływa na uzyskanie dużych opustów w stosunku do cen katalogowych, na jakich opierał się Zamawiający dokonując szacowania wartości zamówienia.

Ponadto Odwołujący opisał precyzyjnie w punktach swoje zasoby sprzętowe oraz zaplecze magazynowo-techniczne. Zamawiający zupełnie pominął ten zakres wyjaśnień przyznając jedynie, że wykonawca szczegółowo wyjaśnił koszty pracownicze.

Stanowisko Zamawiającego opiera się jedynie na stwierdzeniu, że wykonawca nie przedłożył dowodów dotyczących wyliczenia oferty. Do tak postawionego zarzutu nie sposób się odnieść. Tylko przez dedukcję można wnioskować, że Zamawiający wymagałby przedłożenia dowodów rejestracyjnych pojazdów, odpisów ksiąg wieczystych, listy zatrudnionych pracowników, ujawnienia siatki kontrahentów.

Zapytanie Zamawiającego sprowadzało się do zacytowania przepisu oraz pozostawiło dowolność w zakresie sporządzenia wyjaśnień. Zgodnie z przyjętą praktyką w przypadku, kiedy wyjaśnienia wykonawcy okazałyby się nie wystarczające, Zamawiający ma możliwość doprecyzowania zapytania skierowanego do wykonawcy poprzez przesłanie tabel, zestawień, czy pytań do konkretnych kalkulacji.

Zamawiający w sposób automatyczny przyjął, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Dokonując oceny oferty Zamawiający przyjął, jak się wydaje, własne kalkulację jako kalkulacje rynkowe. Pominięto zupełnie indywidualne podejście do kalkulacji każdego z wykonawców. Tymczasem w orzecznictwie jasno wskazane jest, że każdy z wykonawców ma prawo, a nawet obowiązek, do indywidualnej kalkulacji złożonej oferty.

Odwołujący dokonał prawidłowego wyjaśnienia złożonej oferty. W złożonym piśmie odniesiono się do złożonej oferty zgodnie z przyjętą praktyką oraz orzecznictwem, m.in. w wyroku KIO 198/20: „Wezwany wykonawca, oprócz odniesienia się do okoliczności wskazywanych w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 p.z.p., tj.: oszczędności metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomocy publicznej, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy itd., powinien przede wszystkim odnieść się do kalkulacji własnej ceny ofertowej. Zresztą także odnosząc się do wyżej wskazanych elementów z art. 90 ust. 1 p.z.p. - jeśli w danym przypadku któreś z nich dotyczą jego oferty - powinien odnieść się do kalkulacji własnej ceny ofertowej.”

Podtrzymanie decyzji Zmawiającego jako prawidłowej spowoduje znaczne zawyżenie wartości realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż oferta Odwołującego jest o przeszło 34.000 zł tańsza niż oferty konkurentów.

IV Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podtrzymał swoją dotychczasową decyzję i wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 89 ust. 4, podczas gdy art. 89 ust. 4 nie został w ogóle powołany przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktyczno-prawnym odrzucenia oferty Odwołującego i nie stanowił podstawy jej odrzucenia, albowiem oferta została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powołany przez Odwołującego przepis art. 89 ust. 4 ustawy brzmi następująco: „W przypadku, gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że roboty budowlane, dostawy lub usługi będące przedmiotem oferty nie są zgodne z normami, europejskimi ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których się ona odnosi, jeżeli wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą środków, o których mowa w art. 30b ust. 1, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia”. Treść art. 89 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazuje Zamawiającemu odrzucenia oferty w sytuacji, gdy wykonawca udowodni, że proponowane przez niego rozwiązania, dotyczące w tym konkretnym postępowaniu oferowanych opraw ulicznych, w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu

zamówienia. Oferta Odwołującego nie była oceniana pod względem równoważności zaoferowanych produktów, gdyż czynność ta byłaby przeprowadzona dopiero w drugim etapie oceny ofert, jeżeli wykonawca złożyłby wyjaśnienia potwierdzające, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dopiero wtedy wykonawca zostałby wezwany do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezpodstawny, gdyż nie był on podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący w treści zarzutu dwukrotnie powołał art. 89 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z czym Zamawiający przyjął, że właśnie tę przesłankę Odwołujący chciał powołać, a nie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzuca mylne przyjęcie, że oferta zawierała rażąco niską cenę w sytuacji, gdy faktycznie Odwołujący nie wyjaśnił i nie wykazał, że oferowana cena nie jest rażąco niska. W wezwaniu do wyjaśnienia Zamawiający wyraźnie, poprzez zastosowanie powiększonego, pogrubionego druku, podkreślenia, zwrócił się nie tylko o udzielenie wyjaśnień, ale też złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie: 1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265); 2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Na obecnym etapie postępowania można jedynie stosować przypuszczenia o materiałach równoważnych przy sporządzaniu oferty, które mogły mieć wpływ na cenę. Ani treść oferty, ani wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, a także treść odwołania, nie wskazują na to, by Odwołujący posługiwał się w ofercie rozwiązaniami równoważnymi.

Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowana rażąco niska cena. Zarzut rażąco niskiej ceny nie został wyjaśniony przez Odwołującego ani też okoliczności powołane w piśmie nazwanym „Wyjaśnienia" nie zostały potwierdzone dowodami, których przedstawienia wymagał Zamawiający. Wobec powyższego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 4 ustawy jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutu w zakresie „bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawcy, co nastąpiło przez mylne przyjęcie, że oferta zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył pełne i kompletne wyjaśnienie w zakresie zaoferowanej ceny", Zamawiający wskazał, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny z uwagi na to, że w opinii Zamawiającego cena była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów za oferowaną cenę. Obowiązek Zamawiającego, wynikający z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaktualizował się w stosunku do Odwołującego po przeprowadzeniu czynności badania treści jego oferty. Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia (ok. 64,5% wartości zamówienia stanowi koszt opraw drogowych) oferta Odwołującego wzbudziła uzasadnione wątpliwości, gdyż cena ofertowa była niższa o 38,79% od wartości brutto zamówienia ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością, dlatego Zamawiający zdecydował o konieczności wystąpienia do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, gdyż wydała się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Kolejna oferta niepodlegająca odrzuceniu na tym etapie postępowania była niższa od wyceny Zamawiającego o 28, 83 %, co stanowi, że oferta Odwołującego odbiega od drugiej najniższej oferty aż o ok. 10%, co również przemawia za zakwalifikowaniem zaproponowanej ceny jako rażąco niskiej. Przy porównaniu ofert Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego odbiega również od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert aż o 20,87% i tylko oferta Odwołującego w tak dużym stopniu odbiega od średniej pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu z postępowania. Powyższe również przemawia za zakwalifikowaniem ceny zaproponowanej przez Odwołującego jako rażąco niskiej.

Zamawiający żądał od Odwołującego złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w zakresie obszarów, które ustawodawca wymienia w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący był zobowiązany odnieść się do każdego obszaru oddzielnie i swoje wyjaśnienia poprzeć stosownymi dowodami.

Zgodnie z opinią prawną UZP w temacie badania rażąco niskiej ceny: „Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie, czy

dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. O tym, czy

cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku i w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. (...) Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. (...) Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień. (...) Izba w swoim orzecznictwie (por. wyrok z dnia 17 lipca 2015 r.; sygn. akt KIO 1410/15, czy z dnia 27 lipca 2015 r. sygn. akt. KIO 1479/15) niejednokrotnie wskazywała, że żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzania procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne zadanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę <<na pierwsze wezwanie>>. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli wykonawca nie rozwiał jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ciężaru dowodu.” Powyższe stanowisko jest utrwalone w doktrynie i orzecznictwie KIO: „Kolejne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie w ocenie Izby nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty.” (wyrok KIO 2212/17).
Z taką sytuacją mamy do czynienia w konkretnym przypadku.

Wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oznaczało dla Odwołującego obowiązek wykazania, iż zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Odwołujący składając wyjaśnienia, a w szczególności dowody dotyczące wyliczenia zaoferowanej ceny, miał uwzględnić wszelkie obiektywne czynniki mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia, uzasadniając rodzaje i wysokość niezbędnych kosztów realizacji robót składających się na przedmiot zamówienia, będących podstawą obliczenia ceny. Celem procedury wyjaśniającej było umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej kalkulacji ceny, a nie złożenie przez Odwołującego ogólnego zapewnienia, że wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę lub ogólnego oświadczenia o poprawności wyliczeń.

Odwołujący w wyjaśnieniach w sposób bardziej szczegółowy odniósł się tylko do minimalnego wynagrodzenia za pracę (przedstawił wyliczenia dotyczące wysokości wynagrodzenia pracowników), jednak do pozostałych aspektów, które zostały wyartykułowane w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, odniósł się bardzo powierzchownie. Odwołujący złożył ogólne oświadczenia, niepoparte dowodami, informujące, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także że zaoferowana przez niego cena jest niższa od ustalonej przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim dzięki:

wypracowanym warunkom handlowym u dostawców i producentów materiałów, metodom prowadzenia prac wpływającym na oszczędność realizacji zadań, posiadanym rabatom u producenta dostarczanych opraw, dysponowaniu własnym parkiem maszynowym oraz posiadania własnej bazy materiałowo-sprzętowej firmy, jednak nie potwierdził swojego oświadczenia żadnymi dowodami ani też szczegółowym przedstawieniem własnej kalkulacji. Pismo Odwołującego to same oświadczenia niepoparte żadnymi dowodami. Nie jest ważna liczba stron, a merytoryczna zawartość pisma. Powołany argument o 3-stronicowych wyjaśnieniach bez faktycznej, merytorycznej treści pisma był irrelewantny dla skutecznego wypełnienia przez Odwołującego obowiązku złożenia wyjaśnień.

Dokonując analizy treści wyjaśnień Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie precyzuje, na czym polegają wypracowane przez niego bardzo dobre warunki handlowe, ani też, jakie to metody prowadzenia prac powodują znaczące oszczędności, które to czynniki miały wpływać na wartość oferty firmy. Dopiero wskazanie konkretnych warunków ekonomicznych lub technologicznych i ich wpływu na kształtowanie się ekonomicznej strony oferty Odwołującego dawałoby Zamawiającemu szansę zrozumienia sposobu ukształtowania oferty i merytorycznej oceny jej poprawności w zakresie wysokości ceny w niej zawartej.

KIO w wyroku KIO 2664/19 wskazuje, że: „Ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi - w zależności od rodzaju zamówienia i treści wyjaśnień - mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy o pracę, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk." Zamawiający nie zaprzecza możliwości otrzymywania przez Odwołującego bonusów u sprzedawców, jednakże jest to wyraz wiary w możliwości Odwołującego, a nie oparcie się na konkretnych dowodach w postaci umów handlowych, regulaminów hurtowników, porozumień o współpracy, porównania cen wg cennika z zastosowanymi wobec Odwołującego.

Deklaracja dotycząca wykorzystania sprzętu budowlanego nie jest poparta żadnymi dowodami w zakresie twierdzenia, iż sprzęt budowlany stanowi rzeczywiście własność

Odwołującego; Odwołujący nie wskazuje, jaki sprzęt i w jakim zakresie będzie

wykorzystywany do realizacji zamówienia, nie precyzuje również, jaki wpływ na sposób kalkulacji ceny i jej wysokość będą mieć okoliczności wskazane w punkcie 2. wyjaśnień. Dla wielu przedsiębiorców właśnie dzierżawa, najem, leasing sprzętu może powodować obniżenie kosztów wykonywania przez nich usług.

Podobnie co do kwestii bazy sprzętowej - nie można znaleźć informacji, jak wyżej powołany fakt wpływa na cenę zaoferowaną przez Odwołującego, a także, czy w ogóle wpływa na cenę. Jest to kolejne ogólne stwierdzenie o takim stopniu ogólności, iż niemożliwa jest jego weryfikacja. Przy tym własność to nie tylko prawa, ale i obowiązki polegające m.in. na utrzymywaniu w należytym stanie (podatki, ubezpieczenia, koszty utrzymania personelu dbającego o rzeczy, koszty związane z administrowaniem i zarządzaniem własnością itp.).

W punkcie 4. i 5. wyjaśnień wykonawca ograniczył się wyłącznie do oświadczenia, że miesięczne wynagrodzenie pracownika wynosi 4.838,40 zł i że przekracza ono wartość minimalnej płacy w 2020 r. Takie oświadczenie jest niewystarczające. Brak dowodów na podane przez wykonawcę wynagrodzenie (np. zanonimizowanych umów o pracę, zlecenia), brak informacji, ile osób będzie zatrudnionych przy realizacji zamówienia i jak to wpłynie na czas wykonania zamówienia. Wobec braku informacji i dowodów na składniki tworzące cenę usługi i jak zbudowana jest cena usługi, nie jest możliwym dokonanie oceny, jak wskazana wysokość wynagrodzenia przyjęta do kalkulacji ceny oferty wpływa na nią.

Na obecnym etapie postępowania Zamawiający jedynie na podstawie informacji z Internetu zamieszczonych przez producenta lamp zaoferowanych przez Odwołującego, może dokonać porównania zgodności oferty z zamówieniem. Wobec braku dowodów w postaci dokumentów dotyczących oferowanych do montażu lamp, przy rażąco odbiegającej cenie o 38% od kalkulacji ceny dokonanej ceny przez Zamawiającego oraz o 20,87% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, braku jakichkolwiek dowodów doręczonych przez wykonawcę na okoliczności podane w wyjaśnieniach takich jak np. udzielane mu wysokie rabaty, z całą pewnością należy stwierdzić, że wyjaśnienia wykonawcy niczego nie wyjaśniają.

Same oświadczenia niepoparte dowodami w postaci umów z pracownikami, ilości pracowników przewidzianych do wykonania zamówienia, dokumentów technicznych lamp, dowodów na uzyskane rabaty, bonifikaty, upusty należy traktować jako jednostronne oświadczenie wykonawcy, a nie wyjaśnienie poparte dowodami.

Wykonawca w wyjaśnieniach oświadcza, że otrzymuje wysokie rabaty od firmy produkującej oprawy LED ze względu na długoletnią współpracę i wiele wspólnie zrealizowanych projektów, przy czym podaje tylko cztery przykłady montażu lamp, nie podając dat, co nie pozwala na ocenę tej długoletniej współpracy. KIO w wyroku KIO 1875/17 stoi na stanowisku, że „możliwość negocjacji ofert nie dowodzi jeszcze skutków tych negocjacji". Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, w ocenie Zamawiającego, były niewystarczające w zakresie potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia powinny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami, czego wykonawca nie uczynił.

W art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca wskazał, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Szczegółowy przepis wskazujący na sposób ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, został określony w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast skutki braku udowodnienia lub złożenia takich wyjaśnień zawiera art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym oferta złożona przez Odwołującego została oceniona jako oferta z rażąco niską ceną, co wymagało odrzucenia z postępowania na podstawie art. 90 ust. 3

ustawy Prawo zamówień publicznych. Decyzja o odrzuceniu oferty wynikała z faktu, że Odwołujący nie udowodnił Zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożone wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi dowodami, na podstawie których Zamawiający mógłby się przekonać, że oferta została rzetelnie wyceniona i które by potwierdzały, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający zauważył też, że wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień zostało wysłane do Odwołującego w 22 kwietnia 2020 r. o godz. 11.09, natomiast potwierdzenie doręczenia jest z godz. 14.24. Wyjaśnienia zostały odesłane w tym samym dniu o godz. 14.55 i być może jest to przyczyna, dla której wyjaśnienia niczego nie wyjaśniają.

V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść oferty Odwołującego, treść wezwania do wyjaśnień i udzielonych wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 3, art. 89 ust. 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „poprzez odrzucenie oferty niezgodnie z przepisami ustawy na skutek niewłaściwego zastosowania art. 89 ust. 4 i bezpodstawnego odrzucenia oferty, co nastąpiło przez mylne przyjęcie, że oferta zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy Odwołujący na wezwanie Zamawiającego złożył pełne i kompletne wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny".

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Z art. 89 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że w przypadku, gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że roboty budowlane, dostawy lub usługi będące przedmiotem oferty nie są zgodne z normami, europejskimi ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których się ona odnosi, jeżeli wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą środków, o których mowa w art. 30b ust. 1, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Stosownie do dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r.;

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z informacją przekazaną Odwołującemu przez Zamawiającego oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący w sposób ewidentny w postawionym zarzucie powołał nieprawidłowe przepisy, tj. zamiast art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowił podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, art. 89 ust. 4 i art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy czym Odwołujący najprawdopodobniej miał na myśli nie art. 89 ust. 4 (który w ogóle nie przystaje do sytuacji faktycznej niniejszej sprawy), lecz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiący, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (który dotyczy sytuacji rażąco niskiej ceny, ale nie stał wskazany jako podstawa odrzucenia oferty). Jednak zarzut odwołania to nie tylko wskazanie podstawy prawnej, ale i faktycznej oraz uzasadnienia, które rozpatruje się łącznie, zatem z opisu zarzutu oraz całości odwołania wynika, jakie zastrzeżenia co do czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgłosił Odwołujący (tj. dokonanego odrzucenia jego oferty) i do tego odniosła się Izba.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Cały art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych w kolejnych ustępach zawiera opis procedury wyjaśniania kwestii poziomu ceny oferty:

„1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r.; 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie zlub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na

wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia."

W postępowaniu złożono czternaście ofert z cenami złotych brutto: 270.550,80; 239.133,39;

206.111,30; 250.779,19; 236.339,52; 171.996,19 (oferta Odwołującego), 271.614,27;

248.816,55; 174.887,55; 200.000,02; 216.095,47; 228.384,84; 275.445,72; 204.592,05. Według wyliczeń Zamawiającego średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert brutto to 217.358,05 zł, zaś ubruttowiona szacunkowa wartość zamówienia to 281.004,59 złotych. Zamawiający uznał więc, że zachodzą podstawy wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ofercie Odwołującego, oprócz globalnej ceny oferty, znajdował się także załącznik nr 1.A „Formularz wyceny robót - wymiana istniejących opraw oświetleniowych na energooszczędne LED na terenie Gminy Suszec" zawierający 14 pozycji wyceny - dwie odnoszące się do demontażu opraw oświetleniowych na wysięgniku (130 kpl) i na słupach parkowych (39 kpl), 10 odnoszących się do montażu opraw oświetlenia zewnętrznego - z podziałem na różne rodzaje opraw, badanie linii kablowej (159 odcinków), wymiana przewodu w wysięgniku oraz zabezpieczenia oprawy oświetleniowej w razie konieczności (159 kpl), a także wskaźniki: stawka roboczogodziny 18 zł, koszty pośrednie 60%, zysk 10%.

Pismem z 22 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, w terminie do 27 kwietnia 2020 r. W wezwaniu tym Zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, „W TYM ZŁOŻENIE DOWODÓW, DOTYCZĄCYCH WYLICZENIA CENY OFERTY, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, 2) wybranych rozwiązań technicznych, 3) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, 4) oryginalności projektu wykonawcy, 5) kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej (...). Składając wyjaśnienia, a w szczególności DOWODY DOTYCZĄCE WYLICZENIA ZAOFEROWANEJ CENY, należy uwzględnić wszelkie obiektywne czynniki, mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia, uzasadniając rodzaje i wysokość niezbędnych kosztów realizacji robót składających się na przedmiot zamówienia, będących podstawą obliczenia ceny. Wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oznacza dla Państwa obowiązek wykazania, iż zaproponowana przez Państwa cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Celem procedury wyjaśniającej jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowanie poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie przez wykonawcę ogólnego zapewnienia, że wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę lub ogólnego oświadczenia o poprawności wyliczeń."

W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że

1. jego firma działa w branży elektroenergetycznej od 27 lat i wypracowała bardzo dobre warunki handlowe u dostawców i producentów materiałów oraz metody prowadzenia prac powodujące znaczące oszczędności przy realizacji zadań,

2. wykorzystywany sprzęt budowlany jest własnością firmy, co powoduje ograniczenie kosztów związanych z jego pracą,

3. baza sprzętowa z budynkami i terenem jest własnością firmy, co pozwala na znaczące ograniczenie kosztów administracyjnych,

4. koszty pracy nie są niższe od ustawowego minimalnego wynagrodzenia za pracę - miesięczne wynagrodzenie pracownika przyjęte do kalkulacji kosztów to 4.838,40 zł; kalkulacja wynagrodzenia pracownika to: wartość r-g 18,00 zł, wartość z narzutami 28,80 zł,

5. koszty zakupu w kosztorysie ofertowym zostały ujęte w cenie materiałów,

6. zakupy materiałów realizowane są w większej części bezpośrednio u producentów z pominięciem pośredników, a koszty transportu są pokrywane przez dostawców,

7. posiada bardzo wysokie rabaty u producenta opraw LED - firmy Signify (Philips),

8. oferowana cena jest kwotą realną, za którą jest w stanie wykonać prace zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, obowiązującymi normami oraz sztuką budowlaną.

Pełną treść wezwania do wyjaśnień i udzielonych wyjaśnień zawarto w punkcie I

uzasadnienia.

Po zapoznaniu się z powyższymi wyjaśnieniami Izba uznała, że postępowanie Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o dyspozycję art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych było prawidłowe, a argumentacja przedstawiona przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wezwał Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez niego ceny. Wezwania tego nie można uznać za idealne, gdyż Zamawiający nie zawarł w swoim wezwaniu szczegółowych wytycznych co do zakresu wyjaśnień odnosząc się do pozycji załącznika 1.A do oferty - odwołał się głównie do punktów wskazanych w art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wskazał na „wszelkie obiektywne czynniki, mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia, uzasadniając rodzaje i wysokość niezbędnych kosztów realizacji robót składających się na przedmiot zamówienia". Było jednak na tyle czytelne, że należy uznać je za poprawne.

Niemniej jednak powyższe nie zwalnia wezwanego wykonawcy z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, na co zwrócił uwagę Zamawiający w przedmiotowym wezwaniu, a który to obowiązek nakłada art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak podkreślił Zamawiający, w swoim wezwaniu podkreślił szczególną wagę konieczności przedstawienia dowodów, co zaakcentował stosując majuskułę („W TYM ZŁOŻENIE DOWODÓW, DOTYCZĄCYCH WYLICZENIA CENY OFERTY"). Zamawiający wskazał też, że Odwołujący powinien uzasadnić rodzaje i wysokość niezbędnych kosztów realizacji robót składających się na przedmiot zamówienia, będących podstawą obliczenia ceny, zaś celem wyjaśnienia jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny.

Zatem wezwany wykonawca, oprócz odniesienia się do okoliczności wskazywanych w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.: oszczędności metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomocy publicznej, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy (Odwołujący akurat zadeklarował wykonanie zamówienia bez udziału podwykonawcy, zatem ten punkt go nie dotyczy), powinien przede wszystkim odnieść się do kalkulacji własnej ceny ofertowej. Zresztą także odnosząc się do wyżej wskazanych elementów z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - jeśli w danym przypadku któreś z nich dotyczą jego oferty - powinien odnieść się do kalkulacji własnej ceny ofertowej. Odwołujący zaś tego w żaden sposób nie zrobił. Jedyną nową i konkretną informacją, którą zawarł w wyjaśnieniach, była nazwa producenta opraw oświetleniowych, gdyż odniesienie do stawki roboczogodziny zawarte już było w załączniku 1.A do oferty. Samo zaś wynagrodzenie pracowników czy przyjęta stawka godzinowa - a w zasadzie osoboroboczogodzina - nie znalazły przełożenia na wartość prac, tj. liczbę roboczogodzin ekipy czy osoboroboczogodzin (nie wiadomo, jak liczna ma być ekipa do wykonania poszczególnych prac). Tym samym nawet te informacje trudno przełożyć na cenę oferty.

Zamawiający stwierdził w informacji o odrzuceniu oferty oraz podczas rozprawy, że informacje podane przez Odwołującego w wyjaśnieniach nie były dla niego przekonujące, ponieważ nie zawierały żadnych konkretnych informacji i nie pozwoliły mu na ocenę poziomu ceny oferty. Również w ocenie Izby są one jedynie ogólnikowe i niczego nie wnoszą w zakresie wyceny, mogłyby stanowić jedynie generalny wstęp do wyjaśnień, które nie mogły obyć się bez wskazania obliczeń, a w samych wyjaśnieniach zabrakło właśnie elementu wyceny prac czy jakichkolwiek danych kosztowych. W tym przypadku bowiem prawidłowe wyjaśnienia powinny polegać na przedstawieniu danych analogicznych jak przy sporządzaniu kosztorysu szczegółowego (w tym liczba roboczogodzin, wartość materiałów, koszt pracy maszyn i urządzeń) oraz przedstawieniu kosztów zakupu materiałów - przede wszystkim opraw oświetleniowych, np. w postaci oferty firmy Signify (jak wskazał Zamawiający, wartość opraw to ok. 70% wartości całego zamówienia). W ocenie Izby w przypadku, kiedy stawka osoboroboczogodziny nie budzi wątpliwości, nie jest konieczne przedstawianie umów o pracę (to zależy jednak od danej sytuacji i zakresu wezwania zamawiającego).

Tym samym - z braku danych - Zamawiający prawidłowo przyjął, że wyjaśnienia de facto nie zostały złożone (pismo Odwołującego niczego bowiem nie wyjaśniło) i nie jest w stanie dokonać oceny - co więcej: pozytywnej oceny - oferty Odwołującego na podstawie złożonych wyjaśnień. I takiej (pozytywnej) oceny nie może również dokonać Izba. Udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia powinny potwierdzić, że złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Odwołujący w żaden sposób tego nie uczynił.

Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera dwukrotne odesłanie do sankcji odrzucenia oferty w związku z rażąco niską ceną - nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4, ale też w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pierwszy z nich zawiera bardziej kategoryczne stwierdzenie (wystąpienia rażąco niskiej ceny), drugi zaś jest bardziej formalno-proceduralny i wskazuje na brak złożenia wyjaśnień oraz ich negatywną ocenę przez zamawiającego lub brak możliwości dokonania oceny pozytywnej, co w konsekwencji również skutkuje oceną negatywną.

W przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano bowiem, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przy czym - na co wskazuje liczne orzecznictwo Izby - nieudzieleniem wyjaśnień, o którym mowa w tym przepisie, jest nie tylko brak reakcji wykonawcy na wezwanie zamawiającego, ale też co prawda przedstawienie pisma typu „wyjaśnienia", lecz nie zawierające żadnych szczególnych merytorycznych informacji i danych (tzw. „merytorycznej treści") - przy czym w zależności od rozmiaru braku owych informacji i danych konkretną sytuację albo uznaje się za brak złożenia wyjaśnień w ogóle, albo za brak wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny pozwalającej na pozytywną ocenę przez zamawiającego, czyli niedopełnienie obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, ze względu na brak merytorycznej treści wyjaśnień, tym stanie faktycznym ponowne wezwanie Odwołującego do wyjaśnień byłoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wezwanie to nie polegałoby bowiem jedynie na uzupełnieniu (uszczegółowieniu) wyjaśnień lub wyjaśnieniu dodatkowych elementów, lecz - aby wyjaśnienia w ogóle mogły być zaakceptowane - musiałyby polegać na złożeniu kompletnie nowych wyjaśnień. Odwołujący otrzymał szansę wyjaśnienia swojej oferty w zakresie ceny, lecz jej nie wykorzystał.

Jak wynika z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który odnosi się do „niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego" (lub zaniechania) Izba ocenia poprawność czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego. W niniejszym przypadku, w ocenie Izby, na podstawie tak udzielonych wyjaśnień, Zamawiający nie mógł dokonać pozytywnej ich oceny, jak i w konsekwencji - samej oferty. W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 7.500 złotych oraz koszty dojazdu pełnomocników na rozprawę w kwocie 575 zł 03.

Izba nie uwzględniła wnioskowanych przez Zamawiającego kosztów opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw ze względu na to, że zgodnie z art. 7 pkt 3 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej (Dz.U. z 2019 r. poz. 1000) zwalnia się od opłaty skarbowej jednostki samorządu terytorialnego. Zostało to potwierdzone w załączniku do ustawy „Wykaz przedmiotów opłaty skarbowej, stawki tej opłaty oraz zwolnienia" część IV „Złożenie dokumentu", pozycja „Dokument stwierdzający udzielenie pełnomocnictwa lub prokury oraz jego odpis, wypis lub kopia - od każdego stosunku pełnomocnictwa (prokury)", kolumna „Zwolnienia" pkt 4 - jeżeli mocodawcą jest podmiot określony w art. 7 pkt 1-5 ustawy. Tym samym Izba stwierdziła, że kosztem tym, poniesionym przez Zamawiającego, nie można obciążyć Odwołującego jako kosztem postępowania odwoławczego,

a Zamawiający może dochodzić od organu zwrotu kwoty nadpłaconej kwoty tytułem opłaty

skarbowej.

Przewodniczący: .....