

WYROK
z dnia 5 maja 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) L. F., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Garden Konserwacja Terenów Zieleni L. F. (pełnomocnik wykonawców), (2) E. O.-P., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Platan E. O.-P., adres dla pełnomocnika: Bojano, ul. Turystyczna 5, 84-207 Koleczkowo w** postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Pruszcz Gdański, ul. Grunwaldzka 20, 83-000 Pruszcz Gdański**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Zielen Sp. z o.o., ul. Partyzantów 76, 80-254 Gdańsk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 oraz decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a także nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego w zadaniu nr 1;
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miejską Pruszcz Gdański, ul. Grunwaldzka 20, 83-000 Pruszcz Gdański** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) L. F., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Garden Konserwacja Terenów Zieleni L. F.**

1

-
- (pełnomocnik wykonawców), **(2) E. O.-P., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Platan E. O.-P., adres dla pełnomocnika: Bojano, ul. Turystyczna 5, 84-207 Koleczkowo** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Gminy Miejskiej Pruszcz Gdański, ul. Grunwaldzka 20, 83-000 Pruszcz Gdański** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) L. F., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Garden Konserwacja Terenów Zieleni L. F. (pełnomocnik wykonawców), (2) E. O.-P., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Platan E. O.-P., adres dla pełnomocnika: Bojano, ul. Turystyczna 5, 84-207 Koleczkowo** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

W dniu 20 kwietnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust 1 w związku z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia L. F., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Garden Konserwacja Terenów Zieleni L. F. oraz E. O.-P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Platan E. O.-P., z siedzibą dla Lidera Bojano Turystyczna 5,84-207 Koleczkowo.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Zamawiający: Gmina Miejska Pruszcz Gdański. Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Zieleń Sp. z o.o. w postępowaniu na wykonanie usługi utrzymania czystości, odśnieżania i utrzymania zieleni na terenie miasta Pruszcz Gdański, z podziałem na cztery zadania częściowe - zadanie częściowe nr 1: utrzymanie zieleni oraz oczyszczanie letnie i zimowe chodników i parkingów na terenie miasta Pruszcz Gdański. Ogłoszenie o zamówieniu nr 2015/S 024-040247 opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 4 lutego 2015 r.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucono:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp polegające na dokonaniu zaskarżonych czynności w sposób sprzeczny z zasadą zachowania uczciwej konkurencji poprzez badanie ceny oferty Odwołującego zasadniczo jedynie w porównaniu do cen Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego Zieleń Sp. z o.o. (zawartych w ofercie tego wykonawcy i w określeniu szacunkowej wartości zamówienia zaczerpniętej z poprzedniej umowy zamawiającego z tym wykonawcą),
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy Zamawiający nie zbadał ceny oferty Odwołującego w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz jedynie w stosunku do oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego Zieleń Sp. z o.o. oraz szacunkowej wartości zamówienia,
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy Odwołujący wykazał rynkową wysokość oferowanej ceny przekraczającą poziom ponoszonych kosztów,
- 4) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na ogólnikowym oraz niepełnym uzasadnieniu faktycznym przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego poprzez brak

3

odniesienia się do załączonego do wyjaśnień Odwołującego kosztorysu oraz niewskazanie wątpliwości co do konkretnych pozycji podniesionych w notatce stanowiącej załącznik do protokołu postępowania sporządzonej przez pracownika zamawiającego Pana W. K. .

W związku podniesionymi zarzutami oraz charakterem wskazanych w nich naruszeń, które miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia doprowadzając do odrzucenia oferty Odwołującego, wnoszono o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Dnia 10 kwietnia 2015 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Przedsiębiorstwa Produkcyjno- Usługowego Zieleń Sp. z o.o. (dalej również jako PPU Zieleń). Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego potwierdziły, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek wadliwej czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PPU Zieleń. Interes Odwołującego przejawia się w tym, że korzystne rozstrzygnięcie zarzutów odwołania wobec czynności Zamawiającego spowodowałoby, iż oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza w postępowaniu. Szkoda grożąca Odwołującemu to utracone korzyści w postaci zysku

z realizacji zamówienia, którego nie uzyskałby, gdyby w obrocie pozostała wadliwa czynność Zamawiającego.

W uzasadnieniu podniesiono, że celem postępowania wyjaśniającego jest umożliwienie Zamawiającemu dokonania oceny czy badana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca dostarczył istotnych informacji pozwalających na ocenę prawidłowości zaoferowanej ceny.

Po pierwsze, taką informację stanowiła będąca częścią wyjaśnień kalkulacja cenowa zawierająca wskazanie kosztu pracy, szacowanych nakładów pracy oraz sprzętu dla każdej czynności oraz kosztu materiałów niezbędnych do jej wykonania. Kalkulacja w takiej postaci umożliwia zarówno Zamawiającemu jak i PPU Zieleń kontrolę rzetelności i prawidłowości przyjętych założeń i wykonanych wyliczeń, gdyż nie została zastrzeżona jak tajemnica przedsiębiorstwa pomimo możliwości jakie daje w tym zakresie art. 8 ust. 3 Pzp.

4

Zamawiający nie odniósł się merytorycznie do informacji przedstawionych przez Odwołującego w kosztorysie.

Po drugie, przedstawione Zamawiającemu wyjaśnienia zmierzały do rzetelnego przedstawienia cen, które funkcjonują na rynku, usług utrzymania zieleni i oczyszczania. W niniejszym postępowaniu, pomimo wielu podmiotów funkcjonujących na rynku, oferty złożyło jedynie dwóch wykonawców. Nie tworzy to więc realnego obrazu rynku, tym bardziej, że obie oferty istotnie różnią się ceną.

Przypatrując się przepisom art. 90 ust. 1-3 Pzp widać, że celem postępowania wyjaśniającego jest umożliwienie Zamawiającemu dokonania oceny czy badana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiającego należy traktować jako podmiot biorący udział w obrocie gospodarczym (choć dodatkowo obostrzonym ustawowo), który ma obowiązek zadbać, by oferty, które przyjmuje były wiarygodne cenowo. Cel ten można zrealizować na różne sposoby. Ich wspólnym mianownikiem jest wytłumaczenie Zamawiającemu przez wykonawcę dlaczego jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tłumaczenie to musi pozwolić Zamawiającemu na ocenę wyjaśnień wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Odwołujący zadośćuczynił celowi postępowania wyjaśniającego. Udzielone przez Odwołującego informacje co do kosztów wykonania zamówienia oraz cen rynkowych pozwalają na pozytywną ocenę realności zaoferowanej ceny.

Pomimo tego Zamawiający najwyraźniej oczekiwał innych informacji i nie wykonał ciążącego na nim obowiązku określonego w art. 90 ust. 3 oceny wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami. Zamawiający poprzestał na stwierdzeniu, iż Odwołujący nie wskazał okoliczności, które pozwoliłyby na istotną (o 37%) redukcję kosztów wykonania zamówienia. Zamawiający jednak nie zwrócił uwagi na fakt, iż takie uzasadnienie miałoby sens jedynie w sytuacji, gdyby cena zaoferowana przez Odwołującego różniła się tak znacznie od cen normalnie funkcjonujących na rynku. Ona jednak różni się tak znacznie jedynie od oferty PPU Zieleń oraz szacunkowej wartości zamówienia, którą określono na podstawie wcześniejszej umowy zawartej z PPU Zieleń. Podobną sytuację szczegółowo opisano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2531/14.

W ocenie Odwołującego koszt wykonania zamówienia jest podstawowym kryterium badania ceny czy nie jest rażąco niska. Koszt wykonania pozwala z jednej strony na ocenę czy wykonawca zaoferował cenę przewyższającą koszt wykonania zamówienia, z drugiej zaś pozwala na ocenę wiarygodności twierdzeń co do poziomu kosztów danego wykonawcy. Podstawową rolę kosztów w badaniu ceny zaoferowanej przez wykonawcę za wykonanie zamówienia podkreśla również orzecznictwo, m.in. sygn. akt KIO 2531/14. Jak wynika z orzecznictwa dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze

5

podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny rażąco niskiej, a nie ceny niskiej. Te dwa pojęcia nie są tożsame. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla

wykazania rażąco niskiej ceny którejś z ofert. Oferta wykonawcy nie może być zatem uznana za rażąco zaniżoną w oparciu o kryterium arytmetyczne, dla którego punktem odniesienia jest ustalona przez zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT oraz ceny ofert innych wykonawców, tak KIO w wyroku o sygn. akt KIO 1680/14.

Zgodnie z powyższymi wyrokami oraz powszechną wiedzą na cenę wpływa głównie poziom kosztów każdego z wykonawców. Tenże poziom kosztów został wskazany w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu. Kalkulacja ta została przygotowana w oparciu o stworzony przez Zamawiającego na potrzeby postępowania formularz cenowy zawierający podział na poszczególne czynności składające się na wykonanie zamówienia. Odwołujący wskazał koszt pracy przyjęty do wyliczenia ceny oferty oraz przygotował dla każdej czynności szacunek czasu pracy potrzebnej na jej wykonanie, szacunek czasu pracy sprzętu koniecznego do wykonania czynności oraz koszt materiałów niezbędnych do jej wykonania. Dzięki przedstawieniu powyższych danych Zamawiający mógł się odnieść:

- czy jest dla niego wiarygodny przyjęty koszt roboczogodziny - Zamawiający nie wypowiedział się w tym zakresie,
- czy jest dla niego wiarygodny czas wykonania poszczególnych czynności przyjęty przez Odwołującego - Zamawiający nie wypowiedział się w tym zakresie,
- czy jest dla niego wiarygodny czas wykorzystania specjalistycznego sprzętu przyjęty przez Odwołującego - Zamawiający nie wypowiedział się w tym zakresie,
- czy jest dla niego wiarygodne zużycie materiałów przyjęte przez Odwołującego - Zamawiający nie wypowiedział się w tym zakresie,
- czy jest dla niego wiarygodny koszt materiałów przyjęty przez Odwołującego - Zamawiający nie wypowiedział się w tym zakresie.

Zamawiający miał szansę na rzetelne zbadanie realności ceny zaoferowanej przez Odwołującego, jednak z niej nie skorzystał. Zamawiający swoim stwierdzeniem: „dołączenie do wyjaśnień kosztorysu w sytuacji, gdy wyjaśnienia nie rozwiewają wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, nie zmienia oceny; że cena pozostaje rażąco niska. Kosztorys stanowi tylko potwierdzenie prawidłowego w sensie matematycznym obliczenia ceny” zanegował całkowicie sens przedkładania kosztorysu w ramach wyjaśnień niskiej ceny oferty. W opinii Odwołującego jest to jeden z głównych elementów wyjaśnień. Jak w takim razie Zamawiający chciałby ocenić realność oferty? Jedynie na podstawie czynników, które

6

pozwoliły na obniżenie ceny oferty? Do czego, by je jednak odniósł? Takimi naturalnym punktem odniesienia jest poziom kosztów danego wykonawcy. Ten najważniejszy element wyjaśnień Zamawiający jednak neguje.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2014 r. (sygn. akt KIO 1833/14) „Nie ma obowiązku w ramach uczynienia zadość wezwaniu do wyjaśnienia elementów kalkulacyjnych oferty dokładnej, "co do grosza" kalkulacji ceny. Konieczne jest zaprezentowanie istotnych z perspektywy jej kalkulacji, elementów ceny. Wynika to wprost z przepisów. [...] Chodzi tu więc o uprawdopodobnienie poprawności kalkulacji - rozwianie wątpliwości Zamawiającego, nie zaś o przedstawienie szczegółowego biznes - planu. Takiego wymagania nie stawia w każdym razie ustawodawca.”

Doświadczenie Odwołującego wskazuje, iż postępowania tego typu potrafią być bardzo konkurencyjne. Tak się jednak nie stało w tym przypadku i zostały złożone jedynie dwie oferty.

Z braku większej konkurencji złożoną ofertę PPU Zieleń trudno określić jako wyznacznik cen rynkowych. Z uwagi na to, przedstawione wyjaśnienia zmierzały do rzetelnego przedstawienia Zamawiającemu cen, które funkcjonują na rynku utrzymania zieleni i oczyszczania letniego i zimowego. Ceny te zostały zaczerpnięte z zeszłorocznego postępowania prowadzonego przez Gminę Miasta Gdyni - Zarząd Dróg i Zieleni na pielęgnację zieleni miejskiej i utrzymanie czystości na terenie miasta Gdyni. Tamto postępowanie zostało podzielone na 8 części zamówienia, na które 20 ofert złożyło jedenastu wykonawców.

Wskazywane przez Odwołującego w wyjaśnieniach ceny jednostkowe za poszczególne czynności oferowane w tamtym postępowaniu obrazowały poziom cen rynkowych. Wskazywane ceny dotyczyły wielu wykonawców i jako takie stanowią lepszy punkt odniesienia niż tylko ceny jednostkowe PPU Zieleń.

Jednocześnie należy zauważyć, że wskazywane zamówienie jest jak najbardziej porównywalne do obecnego. Usługi utrzymania zieleni i oczyszczania mają charakter standardowy i umożliwiają bezproblemowe porównywanie cen jednostkowych za takie czynności jak np. koszenie, zakładanie i nawożenie trawników, podlewanie trawników i kwiatów, grabienie liście, cięcie krzewów.

Ograniczone grono wykonawców w niniejszym postępowaniu nie wynika ze skomplikowania przedmiotu zamówienia, lecz jedynie jego rozmiaru. Wiele innych podmiotów byłoby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie, gdyby było ono mniejsze i mniejsze były wymagania Zamawiającego. Dodatkowo bliskość geograficzna miejsca realizacji obu zamówień sprawia, iż Ci sami wykonawcy byłiby w stanie wziąć udział w realizacji obu zamówień, co tym bardziej pozwala na ich porównywanie.

7

Wskazując na to postępowanie przeprowadzone przez Gminę Miasta Gdyni - Zarząd Dróg i Zieleni Odwołujący pokazał, iż oferowana przez niego cena nie jest oderwana od poziomu cen rynkowych. A dopiero cena nie spełniająca tych wymogów powinna zostać uznana za rażąco niską, tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 1121/14.

Pomimo powyższych argumentów Zamawiający uznał, iż wskazane postępowanie nie może stanowić bazy odniesienia w niniejszej sprawie, gdyż odbyło się w poprzednim stanie prawnym. Jest to błędne twierdzenie. Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wpłynęła na zdefiniowane wcześniej w orzecznictwie pojęcie rażąco niskiej ceny. Rażąco niska cena funkcjonowała jako instytucja prawa zamówień publicznych zarówno przed wejściem nowelizacji w życie jak i później. Wprowadzone zmiany dotyczyły wyraźnego określenia sytuacji, kiedy Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, uwzględnienia minimalnego wynagrodzenia za pracę w kosztach pracy czy ciężaru dowodu. Dla przykładu często cytowany wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 t., sygn. akt XIX Ga 3/07 jest nadal aktualny pomimo upływu 8 lat od czasu jego wydania. Zamawiający powinien poddać analizie wskazane przez Odwołującego podobne zamówienie, a nie je pominać.

Odwołujący ma wątpliwości czy Zamawiający w niniejszym postępowaniu jest w stanie ocenić rzetelność cen zaoferowanych przez wykonawców. Z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, iż Zamawiający dokonał sprawdzenia kalkulacji Odwołującego jedynie pod kątem matematycznej prawidłowości obliczenia ceny. Nie był natomiast w stanie odnieść się do poziomu kosztów wskazanego w kalkulacji. Skoro zaś Zamawiający nie potrafi odnieść się do realnego poziomu kosztów wykonania zamówienia, to można zastanawiać się na jakiej podstawie opiera swoje stanowisko, iż cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska? Zapewne Zamawiający nie opierał się na cenach rynkowych uzyskanych w innych postępowaniach, skoro przywołane przez Odwołującego przykłady cen z zeszłorocznego przetargu zostały uznane „jedynie za pokazujące kształtowanie się cen w przeszłości”. W opinii Odwołującego wskazanie kosztów, tak samo jak i wskazanie cen rynkowych podobnych zamówień może pokazać, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zamawiający jednak nie uznał obu tych wyjaśnień. Czym w takim razie kierował się Zamawiający w swojej ocenie?

Wydaje się, że jedynym punktem odniesienia dla Zamawiającego była ustalona przez niego szacunkowa wartość zamówienia oraz druga oferta złożona w postępowaniu. Są to jednak jedynie swoiste „sygnalizatory”, które mogą spowodować konieczność wyjaśnienia ceny oferowanej w postępowaniu. Nie ma możliwości odrzucenia oferty jedynie na tej podstawie, że Zamawiający oszacował wyżej wartość postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Nie ma też możliwości odrzucenia oferty jedynie na tej podstawie,

8

że oprócz niej została złożona jedna (!) oferta, która zawiera wyższą cenę. Jest to tym bardziej prawdziwe, gdy szacunkowa wartość zamówienia została określona jedynie na podstawie poprzedniej umowy z PPU Zieleni. Jeżeli zaoferowana cena różni się znacznie od ustalonej szacunkowej wartości zamówienia, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień co do zaoferowanej ceny. Nie można wykorzystywać szacowania jako absolutnego miernika czy zaoferowana cena jest rażąco niska; gdyż inaczej zaniknąłby sam sens składania przez wykonawców wyjaśnień niskiej ceny oferty.

Jeżeli Zamawiający nie ma wystarczającej wiedzy, by ocenić rzetelność oferty Odwołującego powinien w tym celu, zgodnie z art. 21 ust. 4 ustawy Pzp, powołać biegłego spośród osób dysponujących odpowiednią wiedzą.

Odwołujący odniósł się również do notatki sporządzonej przez pracownika Zamawiającego, Pana W. K. . Przede wszystkim należy wyrazić zdziwienie tym, iż Zamawiający nie ujawnił w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego swoich wątpliwości wyrażonych w treści tej notatki, stanowiącej załącznik do protokołu o udzielenie zamówienia. Takie postępowanie utrudniło poznanie motywów jakimi kierował się Zamawiający przy podejmowaniu czynności w postępowaniu.

Odnosząc się do treści samej notatki należy wskazać, iż tylko umacnia ona tezę, iż albo Zamawiający nie zdecydował się dokonać kompleksowej oceny oferty Odwołującego pod kątem zaoferowanej ceny, albo nie był w stanie dokonać takiej oceny. Notatka wyrażająca wątpliwości co do ceny Odwołującego dotyczy jedynie 2 z 76 pozycji zawartych w formularzu cenowym. Czy Zamawiający oceniał realność cen dla pozostałych pozycji? Nie, a w każdym razie nie ma w tym zakresie żadnego śladu w dokumentach, pomimo zasady pisemności wyrażonej w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp.

Wyjęcie z formularza cenowego Odwołującego dwóch pozycji i ich badanie z pominięciem pozostałych, jest sprzeczne z utrwaloną linią orzecniczą, która wymaga, by badaniu i ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny była poddawana cena całkowita oferty, tak wyrok KIO o sygn. akt KIO 2634/14, wyrok KIO o sygn. akt KIO 686/14 oraz wyrok KIO o sygn. akt KIO 1068/13.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż w postępowaniu nie zachodzą wyjątkowe okoliczności, które orzecznictwo Izby uznaje za uprawniające do badania cen jednostkowych, a nie tylko ceny całkowitej.

Po pierwsze, w ofercie Odwołującego nie ma takich różnic w stosunku do szacowania, które uzasadniałyby pogląd, iż Odwołujący część cen jednostkowych istotnie zaniżył, a część istotnie zawyżył, aby wykorzystać te różnice przy faktycznym rozliczeniu wykonywanych prac, których ilość mogłaby się różnić od oszacowanej przez Zamawiającego. Przeciwnie, Odwołujący - konsekwentnie proponuje ceny niższe od wartości wynikających z szacowanej wartości zamówienia ustalonej na podstawie obecnej umowy

9

z PPU Zieleni. Dodatkowo Odwołujący nie wykonywał wcześniej podobnego zakresu prac na rzecz Zamawiającego, stąd nie ma dodatkowej wiedzy niż wynikająca ze specyfikacji Istotnych warunków zamówienia co do faktycznej ilości wykonywanych prac.

Po drugie, Zamawiający nie określił kilku kryteriów oceny ofert odnoszących się do ceny, stąd brak możliwości manipulowania cenami w celu uzyskania wyższej oceny złożonej oferty.

Nie naruszając wyżej określonej zasady Odwołujący odniósł się do dokonanej przez Zamawiającego oceny dwóch cen jednostkowych zawartych w jego ofercie.

Co do ceny za skoszenie 100 m² trawnika „analiza” Zamawiającego przedstawia się następująco: „mało prawdopodobne jest wykonanie usługi polegającej na skoszeniu 100m² trawnika za kwotę 9,00 zł, gdzie w koszt tej usługi wchodzi skoszenie, zgrabienie, załadunek i wywóz na wysypisko łącznie z opłatą na wysypisku.

Zamawiający, po pierwsze, wcale nie odniósł się do kosztorysu Odwołującego, po drugie, zignorował przykłady cen z przedstawionego mu podobnego postępowania, po trzecie, sam nie wykluczył możliwości wykonanie tej usługi za oferowaną cenę, po czwarte, nie odniósł się jak oferowana cena jednostkowa mogłaby spowodować, iż cena całkowita oferty Odwołującego byłaby rażąco niska.

Warto tu wrócić jeszcze do zeszłorocznego postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Gminę Miasta Gdyni - Zarząd Dróg i Zieleni na pielęgnację zieleni miejskiej i utrzymanie czystości na terenie miasta Gdyni. Oferowane tam ceny za skoszenie 100 m² trawnika to:

- 6,00 zł - cena zawarta w czterech ofertach
- 6,20 zł
- 6,30 zł
- 6,50 zł
- 6,90 zł
- 6,85 zł
- 7,00 zł

- 12,00 zł-cena dla rejonu II - Kamienna Góra (stawka miesięcznego utrzymania 100m2 trawników, przy czym na tym terenie koszenie odbywa się dwukrotnie w ciągu każdego miesiąca - na pozostałych rejonach jednokrotnie)
- 15,00 zł - cena zaoferowana przez PPU Zieleń.

Zamawiający w trakcie badania ceny oferty Odwołującego nie wziął tej informacji pod uwagę. Zauważyć należy jednak, iż w sposób jaskrawy pokazuje ona, iż poziom cen rynkowych jest niższy niż postrzegany przez Zamawiającego.

Co do drugiej zakwestionowanej ceny jednostkowej, za zbieranie i wywóz odpadów bytowych Odwołujący przyznaje, iż popełnił błąd przy sporządzaniu wyliczenia. Wartość tej

10

pozycji dla jednego roku świadczenia usługi jest jednak znikoma i nawet w ofercie PPU Zieleń wynosi jedynie 12,000 zł: Nie ma więc wpływu na realność ceny całkowitej oferty.

Wezwanie do wyjaśnienia niskiej ceny oferty, które otrzymał Odwołujący zostało bardzo ogólnie sformułowane. Zamawiający przytoczył jedynie treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał na cenę oferty Odwołującego oraz ustaloną szacunkową wartość postępowania powiększoną o wartość podatku VAT i różnicę pomiędzy nimi. Do wezwania dołączono załącznik, który w żaden sposób nie został opisany w wezwaniu, a rozstrzygnięcie jego znaczenia zostało powierzone Odwołującemu.

Z uwagi na tak ogólną treść wezwania Odwołujący przygotował odpowiedź w sposób jak najbardziej przekonujący odnosząc się m.in. do podobnych zamówień oraz załączając szacunkowy kosztorys. Zamawiający nie może z uwagi na ogólny charakter wezwania czynić zarzutu, iż oczekiwał wyjaśnień zawierających inny rodzaj informacji.

Odpowiedź Odwołującego w żadnej mierze nie była ogólnikowa jako całość. Owszem, można tak określić jej wstęp, ale to nie on przesądza o całokształcie następnie udzielonych zamawiającemu informacji. Odwołujący odniósł się zarówno do podobnych zamówień, jak i załączył kosztorys dotyczący przedmiotowego zamówienia. Jak wskazano wcześniej w odwołaniu, te dwa elementy powinny mieć kluczowy wymiar dla badania ceny oferty Odwołującego. Skoro zaś Odwołujący udzielił rzetelnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, a ten potrzebuje jeszcze dodatkowych informacji to należałoby oczekiwać, iż Zamawiający zwróci się do odwołującego o ich udzielenie.

Procedura wyjaśnienia ceny oferty nie jest ograniczona do jednorazowego wezwania. Jej celem jest określenie czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Nie dotyczy to oczywiście sytuacji, kiedy wykonawca nie złożył wyjaśnień lub de facto nie złożył wyjaśnień przedkładając pismo pełne ogólników.

Zaskarżone czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PPU Zieleń nie mogą się ostać. Zostały podjęte bez zachowania oraz na dowolnie przez należytej staranności podstawie wybranych Zamawiającego okoliczności.

Udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia umożliwiały weryfikację zaoferowanej przez niego ceny. Taka rzetelna weryfikacja wykracza poza przyrównanie ceny oferty do ceny drugiej złożonej oferty oraz niedokładnie ustalonej wartości szacunkowej zamówienia. W szczególności to, iż Zamawiający nie wziął pod uwagę informacji przedstawionych przez odwołującego w wyjaśnieniach spowodowało odrzucenie oferty Odwołującego oraz wybór oferty PPU Zieleń.

Z uwagi na powyższe wnoszono jak w petitum odwołania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania

11

Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, a także potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Zieleń Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** (dalej jako „Przystępujący”). Przystąpienie uznano za skuteczne.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał wnioski, zarzuty i żądania przedstawione w odwołaniu.

Zamawiający oraz Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania w całości.

Skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający w dniu 19 marca 2015 roku wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. W wezwaniu wskazano, że w wyjaśnieniach Wykonawca ma się odnieść do obiektywnych czynników, w szczególności: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomocy publicznej udzielonej Wykonawcy na podstawie odrębnych przepisów w szczególności w odniesieniu do pozycji wymienionych w tabeli, którą Zamawiający stworzył na potrzeby skierowanego wezwania.

12

W dniu 25 marca 2015 roku wykonawca złożył obszernie wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dowody dotyczące elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym także kalkulację wykonaną na podstawie załączonego przez Zamawiającego zestawienia tabelarycznego.

W wyjaśnieniach, wykonawca podał, że cena zaoferowana przez Konsorcjum jest realna, nie odbiega od realiów rynkowych i pozwala na wykonanie zamówienia bez ryzyka ponoszenia strat.

Zaznaczono, że nie ma aktualnie obowiązujących norm pracy i innych zasad, które służyłyby do precyzyjnej wyceny każdej z usług. Sektor usług sprzątania i pielęgnacji zieleni opiera się na kalkulacji kosztów za poszczególne rodzaje prac, a składają się na nie takie czynniki jak znajomość branży, posiadany potencjał sprzętowy, efektywność i organizacja pracy. Wykonawca dodał, że przedmiotem zamówienia nie jest usługa szczególnie skomplikowana, wymagająca wiedzy specjalistycznej, zastosowania wyszukanych technologii, czy wyspecjalizowanej kadry pracowniczej.

Podkreślono, że obie firmy mogą pochwalić się 20 letnim doświadczeniem zawodowym w wykonywaniu prac przy pielęgnacji zieleni miejskiej. Firmy mają wyspecjalizowaną kadrę kierowniczą oraz potencjał pracowniczy z wieloletnim doświadczeniem. Wykorzystywany jest sprzęt własny, wysokiej klasy o dużej wydajności, czołowych producentów sprzętu komunalnego. Z uwagi na wieloletnie korzystanie z usług dostawców materiałów niezbędnych do realizacji usług komunalnych, Wykonawca korzysta z preferencyjnych cen i rabatów przy zakupach paliw, smarów, nawozów czy piasku. Szczegółowe koszty firmy wykonawca przedstawił w osobnym załączniku jako kosztorys szacunkowy.

Wykonawca nadmienił, że doświadczenie oraz niewielkie koszty pracowników administracyjnych pozwalają na utrzymanie się na rynku, choć istnieje na nim zauważalne rozbieżności cenowe i silna konkurencja. Wykonawca dla porównania przywołał ceny zaoferowane w postępowaniu z 2014 roku w ZDiZ w Gdyni, w częściach, na które oferty składali członkowie konsorcjum oraz ceny za niektóre usługi ujęte w kosztorysie ofertowym za koszenie trawników, koszenie nieużytków, zakładanie trawników, sadzenie kwiatów, nawożenie trawników, nawożenie żywopłotów, podlewanie trawników, podlewanie kwiatów,

pielenie żywopłotów, grabienie liści, usuwanie śmieci z trawników, jednokrotne czyszczenie terenu, cięcie krzewów, montaż ławek, mycie ławek, ustawianie koszy. Z zestawienia tego wynika, że większość cen jest porównywalna, a niejednokrotnie znacznie wyższa od cen obowiązujących na rynku.

Konsorcjum wskazało, że zgodnie z orzecznictwem punktem wyjścia do rozważań o rażąco niskiej cenie może być tylko cena całkowita oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe.

13

Na koniec Wykonawca zauważył, że wysokie wymagania Zamawiającego ograniczyły ilość ofert złożonych w postępowaniu do dwóch. Konkurencyjna firma znana jest z wysokich cen, a więc być może jest tak, że zaoferowano cenę tak wysoką, że każda inna wydaje się rażąco niska.

Załącznikiem do złożonych wyjaśnień był sporządzony przez wykonawcę kosztorys szacunkowy w rozbiciu na poszczególne czynniki kosztotwórcze i nakłady.

Zamawiający uznał, że wyjaśnienia złożone odnośnie rażąco niskiej ceny są niewiarygodne i dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia nie odnosiły się do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawca w piśmie odniósł się do czynników mających w jego ocenie wpływ na cenę swojej oferty, tj. doświadczenia, znajomości branży, posiadanej kadry, sprzętu, efektywności i organizacji pracy, niewielkich kosztów pracowników administracyjnych oraz kosztorysu, jednakże nie określono oraz nie udowodniono wpływu podanych czynników na wysokość zaoferowanej ceny. Dołączony kosztorys stanowi tylko potwierdzenie prawidłowego obliczenia ceny w sensie matematycznym. Zamawiający w skierowanym wezwaniu domagał się wyjaśnienia dla określonych szczegółowo pozycji. Nie wszystkie spośród wskazanych zostały przez wykonawcę objęte treścią wyjaśnień, a dla objętych treścią wyjaśnień Wykonawca pokazał tylko kształtowanie się cen w przeszłości. Wykonawca odwoływał się także do postępowania przetargowego, które najprawdopodobniej odbyło się w poprzednim stanie prawnym. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie obalił domniemania o złożeniu oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Czynność ta poprzedzona musi być wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.

14

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż

wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, kosztów pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. 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. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Znowelizowany art. 90 ustawy Pzp formułuje więc dwie podstawowe przesłanki wezwania do wyjaśnień, których łączne spełnienie skutkuje obowiązkiem zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy. Zamawiający musi ustalić, czy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także czy cena oferty budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnymi przepisami. Zamawiający dokonując oceny ofert musi odnieść się do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić, czy powzięte wątpliwości są uzasadnione.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, jednoznacznie podkreślić należy, że w ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie,

15

wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Zauważyć jednak należy, iż wezwanie to nie musi być szczegółowo rozpisane. Zamawiający oceniając czy może mieć do czynienia z rażąco niską ceną, niejednokrotnie, formułując wezwanie, nie jest przecież w stanie przewidzieć, jakie okoliczności lub czynniki mogą wpływać na wysokość ceny oferty. Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej ceny zdecydowały.

Zamawiający, po otrzymaniu odpowiedzi na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśniania składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i muszą pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09).

W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, metod wpływających na obniżenie czasu pracy czynnika ludzkiego, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia, proponowanego sposobu wykonywania zamówienia oraz realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawił bardzo szczegółowe stwierdzenia i wyliczenia. Jednocześnie zauważyć należy, że nie były to tylko własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy), nie poparte żadnymi dowodami ale do wyjaśnień załączono przede wszystkim szczegółową kalkulację (której przyjętych założeń de facto ani Zamawiający ani Przystępujący nie zdołali

16

skutecznie zakwestionować i podważyć), potwierdzającą, że przyjęte założenia co do oszczędności metod wykonywania przedmiotu zamówienia są prawidłowe. Trudno wyobrazić sobie bardziej szczegółowe złożenie wyjaśnień niż przedstawienie szczegółowego kosztorysu, w którym rozpisano wszystkie czynności, nakłady i koszty konieczne do poniesienia, aby realizacja przedmiotu zamówienia odbywała się w sposób prawidłowy. Zamawiający w decyzji o wyborze nie wskazał na ani jedną pozycję złożonego kosztorysu, w której wydawać mogłoby się, że przejęto nieprawidłowe składniki robocizny, materiałów. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, kosztorys nie stanowi prostego, matematycznego odzwierciedlenia obliczenia ceny, jeżeli kosztorys ten samodzielnie, na podstawie własnych założeń normatywnych tworzy Wykonawca. To do Zamawiającego należało wykazanie, że przyjęte nakłady i stawki są nierealne, nieprawidłowe, nierynkowe, to zaś przekłada się na cenę oferty i czyni tę cenę rażąco niską.

Zastrzec od razu należy, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materialne” dowody, czy też jakiegokolwiek wyliczenia ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat.

W ocenie więc składu orzekającego Izby okoliczności obiektywne wpływające na wysokość ceny oferty w swoich wyjaśnieniach wykonawca Odwołujący przedstawił, natomiast czynniki te nie zostały skutecznie zanegowane przez Zamawiającego i Za wyjaśnień również Przystępującego. prawidłowością złożonych przemawiała okoliczność, że dotyczą one kosztów tego konkretnego postępowania, szczegółowo odnoszą się które do wszystkich być czynników kosztotwórczych, powinny uwzględnione w prawidłowo sporządzonej kalkulacji. Wykonawca odrębnie dla poszczególnych pozycji przedmiarowych wynikających i ujętych w SIWZ rozpiął koszty. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący oszacował pracochłonność, podał konkretne stawki, uwzględnił niezbędne ryzyko przy realizacji przedmiotu zamówienia, uwzględnił także inne elementy cenotwórcze, do których nie odnosiło się odwołanie. Nie jest również prawdą, że Odwołujący w wyjaśnieniach odniósł się tylko do niektórych pozycji wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. W samych bowiem wyjaśnieniach Wykonawca tylko przykładowo przedstawił kształtowanie się cen dla części kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji. Całą zaś kalkulację dla wymienionych w wezwaniu pozycji zawierał przedłożony kosztorys szacunkowy. Dostrzeżenia wymaga, że dopiero w pismach procesowych i zgłoszeniu przystąpienia nastąpiła analiza stawek

17

przedstawionych w kalkulacji i kwestionowanie przyjętych przez Odwołującego założeń. Zauważyć należy, że taka analiza powinna zostać przeprowadzona na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny była wiarygodna.

Zamawiający tymczasem przedstawił jedynie szereg twierdzeń przeciwnych do twierdzeń ze złożonych wyjaśnień, a nie pokazał, że dokonał szczegółowej analizy złożonych wyjaśnień. Słuszne wydają się również twierdzenia Odwołującego, że jedynymi punktami odniesienia oceny oferty były dla Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia i druga oferta złożona w postępowaniu. De facto oznacza to porównanie oferty Odwołującego tylko do jednego czynnika, ponieważ szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na podstawie umowy realizowanej przez Przystępującego, w której ceny zbliżone są do poziomu oferty Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu. Oczywistym jest, że w przypadku małej lub dużej liczby ofert w postępowaniu, niska lub zawyżona cena jednej

z tych ofert niewątpliwie wpływa na średnią cenę wszystkich ofert i staje się sztucznym odniesieniem do badania ceny rażąco niskiej. Zamawiający mógł przecież przeprowadzić analizę rynku lokalnego, chociażby przez porównanie stawek w innych postępowaniach o tożsamym lub zbliżonym zakresie przedmiotowym, które realizowane są lub były w trybie zamówień publicznych. Informacje o stawkach umownych z racji jawności umów objętych reżimem Prawa zamówień publicznych, są informacjami powszechnie dostępnymi. Można było sprawdzić także, czy rzeczywiście informacje wynikające z wyjaśnień o stawkach jednostkowych w innych postępowaniach kształtują się na danym poziomie.

W ocenie Izby złożone przez Odwołującego wyjaśnienia mają charakter kompleksowy i rzeczowy. Odwołujący udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby, złożone Zamawiającemu wyjaśnienia były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, że nie zachodziła konieczność dodatkowego dowodzenia przed Izbą w postępowaniu odwoławczym i składania dodatkowych dokumentów, a w tym zakresie wystarczające okazało się odwołanie do treści złożonych wyjaśnień.

Zdaniem składu orzekającego Odwołujący pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako niewystarczające i niesłusznie uznał, że złożono ofertę z rażąco niską ceną. Izba stwierdza, że Zamawiający nienależycie dokonał oceny wyjaśnień. Wezwany Wykonawca uczynił zadość obowiązkowi spoczywającemu na podmiocie zobowiązanym do złożenia wyjaśnień. Z tych powodów nakazano unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 oraz decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a także nakazano przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

18

Działania i zaniechania Zamawiającego naruszyły więc przepisy ustawy Pzp. Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej.

Przewodniczący:

19