

WYROK
z dnia 27 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2015 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Mielec, ul. Żeromskiego 26, 39-300 Mielec**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), T. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych DROKAM T. W. (Partner Konsorcjum) i W. C., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno Handlowo Usługowa BRUKPOL W. C. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum: ul. Wolności 44, 39-300 Mielec, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** na rzecz **Gminy Miejskiej Mielec, ul. Żeromskiego 26, 39-300 Mielec** kwotę **3 600 zł 00 gr**

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Mielec (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Przebudowę *ulicy Wiesiołowskiego w Mielcu*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 marca 2015 r. pod nr 62438.

W postępowaniu tym wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 13 maja 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynności, której dotyczył zarzut złożonego odwołania, została przekazana

Odwołującemu przez Zamawiającego w dniu 8 maja 2015 r. drogą faksową.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 13 maja 2015 r. W dniu 15 maja 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), T. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych DROKAM T. W. (Partner Konsorcjum) i W. C., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno Handlowo Usługowa BRUKPOL W. C. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum w Mielcu (dalej: „Przystępujący”). Kopie zgłoszenia przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 27 maja 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne żądanie od Odwołującego na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo przyjętej w ppkt 10.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) metody wyceny w oparciu o kalkulację własną wykonawcy, przedłożenia kosztorysu szczegółowego kalkulacji ceny ofertowej wraz z zestawieniami: robocizny, sprzętu i materiałów.
- 3) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zmianę na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny - metody kalkulacji ceny ofertowej w stosunku do przyjętej w SIWZ w wyniku żądania przeliczenia cen wskazanych zgodnie z wymogami SIWZ w kosztorysie uproszczonym wg. kalkulacji metodą kosztorysu szczegółowego,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez niesłuszne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 5) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezgodny z wskazanymi w SIWZ kryteriami oceny ofert wybór jako najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Przystępującego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. nakazanie Zamawiającemu niezwłocznego powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
5. zasądzenie kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający odrzucił jego ofertę, powołując się na fakt, iż jego wyjaśnienia były niewystarczające i nie potwierdzają, że Odwołujący nie zaproponował w swojej ofercie rażąco niskiej ceny. Wskazał, że powyższe poprzedzone było wezwaniem Zamawiającego, który zwrócił się do Odwołującego o złożenie w terminie 3 dni wyjaśnień 4

dotyczących wyliczenia ceny w złożonej przez Odwołującego ofercie, w tym

do przedstawienia szczegółowego kosztorysu kalkulacji ceny ofertowej wraz z zestawieniami robocizny, sprzętu i materiałów. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wskazał, że wycena jego oferty przeprowadzona została zgodnie z wymaganiami zapisanymi przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności pkt 10.3, z którego wynika, że cena podana w ofercie powinna być ustalona w oparciu o kalkulację własną wykonawcy. Tak więc w ocenie Odwołującego Zamawiający nie ustanawiał obligatoryjnych podstaw wyliczenia ceny i w ten sposób powstała ryczałtowa cena ofertowa, którą Odwołujący podał w Formularzu Oferty, jednocześnie zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego Odwołujący wskazał jej rozbitcie na żądane przez Zamawiającego pozycje w Formularzu Cenowym 2.2. W pkt 10.2 SIWZ Zamawiający wskazał natomiast, że wykonawca w cenie ofertowej powinien ująć wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, zaś § 7 ust. 1 projektu umowy, że za wykonanie przedmiotu zamówienia należne jest wykonawcy wynagrodzenie w kwocie ryczałtowej. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał także, że skoro Zamawiający za wykonanie zamówienia przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, a ponadto wskazał, że cena podana w ofercie powinna być ustalona w oparciu o kalkulację własną wykonawcy, to obecnie nie ma jakichkolwiek podstaw do żądania przedstawienia szczegółowego kosztorysu kalkulacji ceny ofertowej wraz z zestawieniami robocizny, sprzętu i materiałów. Jednocześnie Odwołujący wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego potwierdził, że przedstawiona przez niego oferta uwzględnia wszystkie związane z wykonaniem robót koszty oraz uwzględnia wszystkie okoliczności charakterystyczne dla przedmiotu zamówienia, jakie Zamawiający podał i opisał w dokumentach przetargowych wraz z uwzględnieniem warunków rynkowych. Podkreślił, że kalkulacja ceny ofertowej wynika z realizacji przez Odwołującego szerokiego zakresu robót budowlanych w województwie podkarpackim, w tym z realizacji dużych inwestycji autostradowych, dzięki czemu Odwołujący posiada w pobliżu miejsca wykonania zamówienia zgromadzony sprzęt, ludzi, jak i korzystne umowy handlowe z dostawcami, pozwalające na zrealizowanie zamówienia w oferowanej cenie. Wskazał, że mimo przedłożonych wyjaśnień Zamawiający odrzucił najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego. Według niego Zamawiający nie był uprawniony do badania oferty Odwołującego jako rażąco niskiej ceny, bowiem nie zostały spełnione przesłanki z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jego zdaniem jego oferta nie może budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, bowiem cena tej oferty jest i tak wyższa w stosunku do kwoty budżetu przeznaczonej na realizację w/w zadania przez Zamawiającego (oferta Odwołującego opiewała na kwotę brutto 2 669 335,92 zł i jest wyższa niż kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zamówienia, podana przez

Zamawiającego do publicznej wiadomości przed otwarciem ofert, wynosząca brutto 2 400 000,00 zł). W przeciwnym razie zdaniem Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na ustaleniu budżetu na usługi poniżej kosztów ich wytworzenia byłaby oceniana negatywnie z punktu widzenia zasady ochrony konkurencji, podstawowej zasady wynikającej z ustawy Pzp, jak i dyscypliny finansów publicznych w przypadku wszczęcia postępowania przetargowego bez zabezpieczenia środków na finansowanie zamówienia. Podniósł też, że oferta Odwołującego nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, bowiem średnia arytmetyczna ofert wynosi brutto 3 060 104,58 zł, tj. netto 2 487 889,90 zł. Wskazał, że cena wynikająca z oferty Odwołującego pozostaje zbliżona do ofert złożonych przez innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, a różnica pomiędzy jego ofertą, a kolejną ofertą wynosi 9%, zatem gdy cena ofertowa złożona przez Odwołującego nie odbiega od cen rynkowych nie sposób przyjąć, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przywołał orzecznictwo (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r.; sygn. akt: XIX Ga 3/07). Odwołujący podkreślił, że Zamawiający mimo wezwania dwóch wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia do złożenia wyjaśnień w zakresie badania czy oferowana przez nich cena nie stanowi rażąco niskiej badania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp rażąco niskiej ceny w istocie nie przeprowadził, a niezgodnie z SIWZ i przepisami prawa zażądał od wykonawcy w ramach wskazanego trybu badania oferty przedłożenia kosztorysu szczegółowego, a następnie bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego. Podkreślił, że Zamawiający, powołując się na stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych,

z którego wynika uprawnienie do żądania - w przypadku robót rozliczanych ryczałtowo - kosztorysu ofertowego celem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pominął fakt, że zgodnie z postanowieniami SIWZ w niniejszym postępowaniu już żądał od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu uproszczonego, a oferta Odwołującego zawiera prawidłowo wypełniony kosztorys, gdzie wycenione są wszystkie pozycje kosztorysowe, a suma wycen kosztorysowych stanowi cenę oferty. Zgodnie z postanowieniem SIWZ (pkt 10, ppkt 10.1, s.11), to suma kwot brutto za poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego stanowiła cenę oferty. W ppkt 10.3 SIWZ wskazano natomiast, że cena podana w ofercie powinna być ustalona w oparciu o kalkulację własną wykonawcy. Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt: V Ga 122/10). Podkreślił, że Zamawiający nie zważając na ustanowione przez siebie wymogi SIWZ, na złożony przez Odwołującego wraz z ofertą kosztorys, a także dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, na etapie wyjaśnień Zamawiający zażądał od dwóch wykonawców opracowania szczegółowego kosztorysu, zawierającego kalkulację ceny ofertowej wraz

6

z zestawieniami robocizny, sprzętu i materiałów, co oznacza, że mimo żądanego w SIWZ kosztorysu uproszczonego, na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny Zamawiający zażądał kosztorysu opracowanego inną metodą kosztorysowania, opartą o wypracowane Katalogi Nakładów Rzeczowych (KNR), gdzie wszelkie roboty budowlane są podzielone na poszczególne elementy robót konieczne do prawidłowego ich wykonania z określeniem nakładów rzeczowych jakie należy ponieść, takich jak: robocizna, materiały, sprzęt. Wskazał, że jedyną podstawą weryfikacji przez Zamawiającego ceny ofertowej w aspekcie rażąco niskiej ceny jest jej rynkowość, tj. brak rażącego zaniżenia, rozważany w kontekście cen za całe zamówienie. Dlatego też Zamawiający nie miał podstawy żądać przeliczenia cen wskazanych w kosztorysie uproszczonym - zgodnie z wymaganym przez Zamawiającego - formularzem cenowym na kalkulację metodą kosztorysu szczegółowego, ponieważ nie ma do tego podstaw ani w SIWZ, ani w ustawie Pzp. Jak wynika z SIWZ cena ofertowa miała być sumą kwot za poszczególne pozycje kosztorysu, a w efekcie zamiast badania rażąco niskiej ceny Zamawiający niezgodnie z postanowieniami SIWZ zażądał od dwóch, z czterech wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, przedłożenia w terminie 3 dni od otrzymania wezwania kosztorysu opracowanego całkowicie odmienną niż przewidziana w SIWZ metodą wyceny. Na marginesie Odwołujący zauważył, że wezwanie do przedłożenia szczegółowego kosztorysu kalkulacji ceny ofertowej wraz z zestawieniami robocizny, sprzętu i materiałów zawierało bardzo krótki, bo trzydniowy termin do przedłożenia szczegółowych kosztorysów, a dodatkowo termin ten został faktycznie skrócony o 2 dni, ponieważ wezwanie zostało wysłane do wykonawców przez Zamawiającego w dniu 24 kwietnia 2015 r. (w piątek). Wskazał, że Zamawiający, żądając przedłożenia na etapie badania rażąco niskiej ceny kosztorysu szczegółowego całkowicie pominął fakt, że opisując sposób kalkulacji ceny w SIWZ wskazał, że podstawą jest kalkulacja indywidualna, nie podał przedmiarów (kosztorysu ślepego), nie wskazał podstaw wyceny. Podniósł, że żaden z dwóch wykonawców wezwanych do przedłożenia kosztorysu szczegółowego nie spełnił żądania Zamawiającego, ponieważ było to niemożliwe do wypełnienia, skoro w materiałach przetargowych Zamawiający nie załączył przedmiarów (tzw. kosztorysów ślepych), które miały być wypełnione przez wykonawców poprzez wpisanie cen jednostkowych dla każdej pozycji kosztorysowej. W konsekwencji pomimo braku przyjęcia w SIWZ metody wyceny zamówienia zgodnie z zasadami kosztorysowania szczegółowego, Zamawiający rozstrzygając postępowanie wyciągnął z tego faktu negatywne konsekwencje dla Odwołującego, odrzucając jego ofertę. W jego ocenie w świetle przytoczonych okoliczności, jak i tego, że SIWZ nie zawierała przedmiaru robót, opracowanie szczegółowego kosztorysu, do złożenia którego Odwołujący został wezwany, nie było możliwe. Powyższe wskazuje, że działania Zamawiającego nie były nakierowane na badanie czy nie ma on do czynienia

7

z rażąco niską ceną, ale na odrzucenie oferty Odwołującego, co doprowadziło do tego, że Zamawiający, pomimo wskazanych w SIWZ kryteriów oceny ofert, całkowicie dowolnie decyduje o wyborze oferty.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania, dodatkowo wskazując że Zamawiający, podając wysokość kosztorysu ofertowego na poziomie około 5 mln zł brutto, biorąc pod uwagę wysokość ofert złożonych w postępowaniu, a także kwotę podaną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, podał kwotę wygórowaną, co w jego ocenie wskazuje na niewiarygodność kosztorysu Zamawiającego, a także na niezasadność wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień w sprawie cen ofertowych, które są rynkowe. Wątpliwości Odwołującego budziła okoliczność, w jaki sposób Zamawiający dokonał oceny przedłożonego przez Przystępującego, w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień, kosztorysu szczegółowego, skoro Zamawiający nie mógł dokonać takiego racjonalnego porównania, z uwagi na to, że tak dokumentacja z postępowania o zamówienie publiczne, jak i oferty złożone w postępowaniu, nie zawierały wyszczególnienia poszczególnych elementów wchodzących w zakres takiego szczegółowego kosztorysu. Tym samym zatem – zdaniem Odwołującego – Zamawiający naruszył przepisy wskazane w odwołaniu, poprzez posługiwanie się na etapie oceny ofert niedookreślonymi kryteriami oceny ceny ofertowej i żądając w tym zakresie dokumentu, który nie był wymagany w SIWZ.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na bezzasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego.

Wskazał, że zarzut niezasadności skierowania do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest zarzutem spóźnionym. Podkreślił też, że kwota na sfinansowanie zamówienia podana przez niego przed otwarciem ofert w wysokości 2 400 000 zł brutto, to nie były jedyne środki, które Zamawiający posiada na sfinansowanie tego zamówienia, gdyż wskazana kwota stanowiła jedynie środki zabezpieczone w budżecie Zamawiającego na to zamówienie. Oprócz tego Zamawiający dysponował jeszcze na sfinansowanie tego zamówienia – jak wskazał - środkami w wysokości 2 368 463 zł brutto pochodzącymi z Narodowego Programu Przebudowy Dróg Lokalnych - Etap II Bezpieczeństwo – Dostępność – Rozwój, na potwierdzenie czego przedłożył jako dowód w sprawie, oświadczenie Skarbnika Miasta z dnia 25 maja 2015 r. wraz z dokumentami stanowiącymi wyciąg z budżetu, wniosku o dofinansowanie projektu oraz pism związanych z uzyskaniem wskazanego dofinansowania. Zamawiający podkreślił też, że w protokole z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (pkt 2) Zamawiający określił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę: 3 912 035,19 zł

netto, zaś w zakresie niniejszego przedmiotu zamówienia obowiązująca stawka podatku VAT to 23%, stanowiąca kwotę: 899 768,09 zł, co daje łącznie kwotę: 4 811 803,28 zł brutto. Zamawiający podkreślił, iż biorąc pod uwagę wartość ceny ofertowej Odwołującego w tym przypadku występowała różnica minimum 30% pomiędzy tą ceną ofertową, a szacunkiem Zamawiającego. Zauważył także, iż art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje na prawo Zamawiającego skierowania wezwania do wykonawcy w każdej sytuacji, jeżeli powstanie po jego stronie podejrzenie rażąco niskiej ceny. Podkreśla, że wezwanie skierowane do Odwołującego było wezwaniem o wyjaśnienie podejrzenia rażąco niskiej ceny, na co wskazuje chociażby podstawa prawna w nim wskazana, tj. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a Odwołujący jest profesjonalistą i powinien mieć wiedzę w tym zakresie, iż w przypadku skierowania do niego wezwania we wskazanym trybie to na nim spoczywa obowiązek wykazania, że jego cena ofertowa nie jest rażąco niską. Podniósł też, że udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia w żadnej mierze nie uzasadniają wyceny ceny ofertowej na tak niskim poziomie, gdyż w większości wyjaśnienia te stanowią jedynie polemikę z wezwaniem Zamawiającego, a ostatecznie dwa akapity tego pisma mają charakter bardzo ogólnych wyjaśnień; w związku z powyższym można było potraktować je *de facto* jako brak złożonych wyjaśnień. Zamawiający podkreślił, że w wyniku skierowanego do Odwołującego wezwania przyjąłby każde wyjaśnienia, każdy przedłożony przez wykonawcę kosztorys, jeśliby uzasadniał wycenę robocizny, sprzętu i materiałów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia na określonym poziomie w sposób obiektywny. Wskazał, że wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie skierował jedynie do jednego wykonawcy, którego oferta była najdroższa. Według Zamawiającego, żądając w formularzu nr 2.2 do SIWZ przedstawienia wyceny poszczególnych rodzajów robót nie żądał tym samym przedłożenia uproszczonego kosztorysu

w rozumieniu przepisów odnoszących się do robót budowlanych.

Przystępujący w toku rozprawy poparł w całości stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, że treść wezwania, podstawa prawna w nim wskazana i ciężar dowodowy wynikający w tym zakresie z przepisów ustawy Pzp, wskazywały na to, iż obligatoryjne jest złożenie przez Odwołującego Zamawiającemu odpowiednich wyjaśnień uzasadniających kalkulację ceny ofertowej. Podniósł, że takie wezwanie Przystępujący także otrzymał i w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie przygotował kosztorys szczegółowy dla Zamawiającego. Zwrócił uwagę, że nawet jeśli ewentualnie mógł sporządzić Przystępujący nie takiego kosztorysu, udzieliłby Zamawiającemu stosownych wyjaśnień w innej formie, które to wyjaśnienia uzasadniałyby kalkulację jego ceny ofertowej. Wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego były zaś - jego zdaniem -

9

lapidarne i nie pozostawiały Zamawiającemu innej możliwości, aniżeli uznanie, iż takie wyjaśnienia nie zostały złożone zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy oraz oświadczenie skarbnika Miasta Mielec wraz z załącznikami, przedłożone przez Zamawiającego w toku rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wymogi formalne związane ze skutecznym wniesieniem przystąpienia do postępowania odwoławczego, wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zostały wypełnione, w związku z czym Przystępujący uzyskał status uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ jego oferta została przez Zamawiającego odrzucona, co Odwołujący w ramach zarzutów odwołania kwestionuje. Postawione przez Odwołującego zarzuty na moment wniesienia odwołania – zdaniem Izby - wskazują, że Odwołujący w wystarczający sposób wykazał się możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z udzieleniem niniejszego zamówienia innemu wykonawcy.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

10

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez zamieszczenie ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu w dniu 20 marca 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych (pkt 5.1 protokołu z postępowania – druk ZP-PN), na tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego (pkt 5.2 protokołu z postępowania – druk ZP-PN) i na swojej stronie internetowej (pkt 5.3 protokołu z postępowania – druk ZP-PN).

Zamawiający zgodnie z pkt 2.2 protokołu z postępowania (druk ZP-PN) ustalił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę: 3 912 035,19 zł netto, co przy doliczeniu do tej kwoty równowartości 23% podatku VAT daje łączną kwotę: 4 811 803,28 zł brutto. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę na sfinansowanie niniejszego zamówienia w wysokości: 2 400 000 zł brutto (pkt 7.1 protokołu z postępowania – druk

ZP-PN).

Zamawiający określił w niniejszym postępowaniu, że przysługujące wykonawcy wynagrodzenie będzie miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego (§ 7 ust. 1 wzoru umowy, stanowiący załącznik do SIWZ). W pkt 10 SIWZ Zamawiający określił opis sposobu obliczenia ceny ofertowej wykonawcy, wskazując m.in., że cena podana w Formularzu oferty powinna być ustalona przez wykonawcę w oparciu o kalkulację własną wykonawcy, zaś Zamawiający nie ustanawia obligatoryjnych podstaw ustalenia ceny (pkt 10.3 SIWZ). Wskazał on jednocześnie, że cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o formularz 2.2, tj. Formularz Cenowy i cena ta będzie wpisana do Formularza Oferty określonego jako 2.1 (pkt 10.1). W Formularzu Cenowym (2.2) Zamawiający wymagał wyceny 11 pozycji wyszczególnionych przez siebie rodzajów robót (1. budowa kanalizacji deszczowej roboty przygotowawcze, 2. budowa kanalizacji deszczowej roboty ziemne, 3. budowa kanalizacji deszczowej odwodnienie korpusu drogowego, 4. przebudowa ulicy – roboty przygotowawcze, 5. przebudowa ulicy – roboty ziemne, 6. przebudowa ulicy – odwodnienie korpusu drogowego, 7. przebudowa ulicy – podbudowa, 8. przebudowa ulicy – nawierzchnia, 9. przebudowa ulicy – roboty wykończeniowe, 10. przebudowa ulicy – elementy ulic (chodnik, krawężniki, obrzeża betonowe, ścieżki uliczne), 11. oświetlenie uliczne).

W postępowaniu tym do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 21 kwietnia 2015 r., wpłynęły cztery oferty:

1. oferta Odwołującego z ceną: 2 669 335,92 zł brutto,
2. oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. w Mielcu z ceną: 3 399 795,64 zł brutto,
3. oferta Przystępującego z ceną: 3 261 286,76 zł brutto,
4. oferta wykonawcy KALBRUK s.c. M. K. i B. K. z siedzibą w Mielcu z ceną: 2 910 000 zł brutto.

11

Zamawiający pismami z dnia 22 kwietnia 2015 r. wezwał trzech wykonawców, których oferty cenowe były najniższe – w tym Odwołującego – do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W wezwaniach tych wskazywał, że powziął wątpliwości na temat poprawności wyliczenia ceny ofertowej i w celu wyjaśnienia rozbieżności cen wezwał wykonawców do przedstawienia szczegółowego kosztorysu kalkulacji ceny ofertowej wraz z zestawieniami: robocizny, sprzętu i materiałów. Wyzначzył wykonawcom trzydniowy termin na złożenie wyjaśnień w tym przedmiocie.

Odwołujący pismem z dnia 27 kwietnia 2015 r. złożył Zamawiającemu formalne wyjaśnienia, nie przedkładając żadnych dodatkowych dokumentów czy kalkulacji ceny ofertowej.

Zamawiający w dniu 8 maja 2015 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Przystępującego, a jednocześnie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, uznając, że jest to oferta, która zawiera rażąco niską cenę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego z powodu uznania, że zawiera ona cenę rażąco niską i naruszenia w tym względzie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdziły się.

Zwrócić należy uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie prowadzone jest w oparciu o znowelizowany w 2014 r. (ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych – Dz. U. poz. 1232) przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na etapie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu poweźmie podejrzenie zaniżenia ceny ofertowej konkretnego wykonawcy ma obowiązek wystąpić do niego o wyjaśnienie swoich podejrzeń i w takiej sytuacji rolą wykonawcy jest wykazanie zamawiającemu, że jego cena ofertowa nie jest rażąco niską. Ustawodawca - niezależnie od powzięcia samodzielnie przez zamawiającego takich wątpliwości, czy podejrzeń co do rażącego zaniżenia wyceny ofertowej przez wykonawcę - wskazał w przywołanym przepisie ustawy, że podejrzenie takie

jest zawsze uzasadnione, jeżeli wypełniona jest co najmniej jedna z dwóch przesłanek określonych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Mianowicie, jeżeli cena oferty badanej jest co najmniej o 30% niższa od wartości szacunkowej zamówienia lub średniej wartości wszystkich ofert złożonych w postępowaniu Zamawiający ma ustawowy obowiązek zwrócenia się do danego wykonawcy z prośbą o wyjaśnienie przez niego podstaw wyceny

12

swojej ceny ofertowej, jej poszczególnych elementów, a także przedstawienia dowodów i uzasadnienia, że nie odbiega ona od realnych, rynkowych cen. W takiej sytuacji właśnie ciężar wykazania, że oferta wykonawcy jednak nie jest rażąco niską spoczywa, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, na wykonawcy udzielającemu zamawiającemu stosownych wyjaśnień.

Izba stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znalazła wypełnienie jedna z przesłanek wynikających z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, obligująca Zamawiającego do wszczęcia wobec Odwołującego procedury wyjaśniania podejrzenia rażąco niskiej ceny. Jak bowiem wynika z wyliczeń dokonanych przez Izbę różnica pomiędzy ceną ofertową Odwołującego (cena brutto zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług – Dz. U. poz. 915), a wartością szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT wynosi ponad 44%. Izba w tym miejscu podziela prezentowane dotychczas jednolicie w orzecznictwie KIO stanowisko (wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.; sygn. akt: KIO 165/15, wyrok KIO z dnia 6 lutego 2015 r.; sygn. akt: KIO 148/15, wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r.; sygn. akt: KIO 439/15, czy wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.; sygn. akt: KIO 500/15), że dla celów zweryfikowania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp czy cena nie jest rażąco niska, wartość oferty konkretnego wykonawcy należy porównać z wartością szacunkową zamówienia (wartość netto przedmiotu zamówienia stanowiącą przedmiot danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc wartość zamówienia bez ewentualnych zamówień uzupełniających), powiększoną o wartość podatku VAT. Tak więc należy dokonywać oceny wartości porównywalnych ze sobą. Nieuprawnionym w tym względzie jest działaniem jest natomiast zgodnie z przywołanym przepisem porównywanie wartości oferty danego wykonawcy z kwotą podawaną przed otwarciem ofert na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta bowiem stanowi jedynie o możliwościach finansowych zamawiającego co do konkretnego zamówienia weryfikowanym w danym momencie (na dzień otwarcia ofert).

Skoro zatem rozbieżność pomiędzy wskazanymi wartościami w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wynosiła ponad 30%, Zamawiający miał ustawowy obowiązek wystąpić do Odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. Zamawiający takie wezwanie skierował do Odwołującego w piśmie z dnia 22 kwietnia 2015 r. (jak i dwóch innych wykonawców) i brak jest w tym zakresie jakichkolwiek wątpliwości, że było to wezwanie skierowane do tego wykonawcy właśnie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Na powyższe przede wszystkim wskazuje podstawa prawna wezwania. Ponadto treść tego pisma także wyraźnie wskazuje, że Zamawiający wzywa Odwołującego do: „złożenia wyjaśnień

13

dotyczących wyliczenia ceny” w złożonej przez Odwołującego ofercie. Zamawiający podkreślił tam również, że Odwołujący zaproponował w postępowaniu w swojej ofercie cenę brutto w wysokości ponad 30% niższą niż wartość przedmiotu zamówienia. Brak jest zatem jakichkolwiek wątpliwości, że Zamawiający prosił Odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z tym, że po stronie Zamawiającego powstało uzasadnione podejrzenie, że cena ofertowa Odwołującego jest w sposób nieuprawniony zaniżona.

Okoliczność, na którą powoływał się Odwołujący, wskazując jednocześnie jako odrębny zarzut odwołania, iż Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp bowiem na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny zmienił metodę kalkulacji ofertowej w stosunku do przyjętej w SIWZ, poprzez żądanie do Odwołującego przedłożenia kosztorysu ofertowego szczegółowego, Izba także uznała za niepotwierdzającą zarzutów odwołania. To, że Zamawiający w piśmie skierowanym do Odwołującego w oparciu

o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp żądał dodatkowo przedstawienia szczegółowego kosztorysu kalkulacji ceny ofertowej wraz z zestawieniami robocizny, sprzętu i materiałów, zdaniem Izby, nie narusza przepisów ustawy Pzp. Zamawiający w tym zakresie bowiem zażądał od wykonawcy bardziej szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej po to, aby móc zweryfikować, czy dokonana przez Odwołującego wycena ma charakter rynkowy i znajduje oparcie w kosztach wykonawcy związanych z realizacją wszystkich prac objętych przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego. Powyższe stanowiło pewne wytyczne dla wykonawcy, aby przedstawił Zamawiającemu podstawy wyceny swojej oferty, które zostały przyjęte przez niego przy sporządzaniu oferty. Nie oznacza to, że Zamawiający nie stosował się do wymogów SIWZ w zakresie obliczenia ceny ofertowej, która miała być ustalona przez wykonawcę w oparciu o jego kalkulację. Tę kalkulację własną należało Zamawiającemu w trybie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień przedstawić i uzasadnić czy przewidziane wszystkie koszty wyceny robot budowlanych objętych przedmiotem zamówienia znajdują pokrycie w cenie ofertowej Odwołującego oraz czy ta wycena ma charakter rynkowy. Zdaniem Izby Zamawiający nie wymagał wprost w wezwaniu skierowanym do Odwołującego sporządzenia ściśle, według właściwych regulacji prawnych, kosztorysu szczegółowego. Nawet jednak, gdyby przyjąć, że Zamawiający wymagał przedłożenia takiego kosztorysu, wykonawca nie sporządzając go, a prezentując własną, bardziej szczegółową niż w treści oferty kalkulację swojej ceny ofertowej z uzasadnieniem wyceny poszczególnych robót i uwzględnieniem w tym zakresie kosztów robocizny, sprzętu czy materiałów, przedstawiłby stosowne wyjaśnienia podlegające obiektywnej ocenie Zamawiającego. Tymczasem Odwołujący na wezwanie Zamawiającego przedstawił jedynie polemikę z samym wezwaniem Zamawiającego. Jedyne argumenty, które stanowią element właściwych

wyjaśnień, których wykonawca udzielił Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to argumenty o charakterze ogólnym, w których Odwołujący jedynie potwierdza, że jego oferta uwzględnia wszystkie związane z wykonaniem robót budowlanych, objętych przedmiotem zamówienia, koszty z uwzględnieniem także warunków rynkowych. Odwołujący podniósł też, iż uwzględnił w swojej ofercie wszystkie wymagania SIWZ oraz ryzyka związane z realizacją tych robót. Podniósł także argument, iż kalkulacja jego ceny ofertowej wynika z szerokiego zakresu robót budowlanych realizowanych przez tego wykonawcę w województwie podkarpackim, związanych z realizacją dużych inwestycji autostradowych, dzięki czemu Odwołujący posiada w pobliżu miejsca wykonania zamówienia zgromadzony sprzęt, ludzi i korzystne umowy z dostawcami, pozwalające na zrealizowanie zamówienia w zaproponowanej cenie. Podkreślił też, że jest on przygotowany do realizacji zadania, a przedmiot zamówienia został przez niego wyceniony o własne bogate doświadczenie w realizacji podobnych kontraktów i wynikającą z tego tytułu znajomość rynku oraz ofert firm specjalizujących się w wykonywaniu określonych robót i dostaw materiałów w tym porozumień z przyszłymi wykonawcami.

Podniesione przez Odwołującego argumenty i okoliczność mają charakter ogólny, w większej części nie stanowią one o indywidualnej sytuacji tego wykonawcy, pozwalającej mu na znaczące obniżenie wyceny oferty w stosunku do innych wykonawców (większość firm budowlanych może przywoływać podobne okoliczności). W przypadku zaś powoływania się na realizację przez Odwołującego konkretnych inwestycji w pobliżu inwestycji Zamawiającego, Odwołujący w żadnej mierze nie wykazał jakie konkretnie koszty z tego tytułu na inwestycji Zamawiającego będą obniżone (czy będzie to przykładowo: zakup materiałów po niższych cenach, czy obniżone stawki roboczogodzin dla kadry realizującej zadanie, czy też wykorzystanie konkretnego sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia po niższych stawkach, czy też bez kosztowo i w jakim zakresie powyższe wpływa na obniżenie ceny ofertowej). Przyjęcie stanowiska Odwołującego o braku podstaw do weryfikacji przez Zamawiającego takich kosztów prowadziłoby do konkluzji, że przy określonym w warunkach danego zamówienia publicznego, przy wynagrodzeniu ryczałtowym dla wykonania robót budowlanych nieuprawniona jest ocena, czy dokonana przez wykonawcę wycena ofertowa ma charakter rynkowy czy też nie. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmujące wykonanie wszystkich niezbędnych prac do powstania określonego dzieła (wykonania robót budowlanych) także opiera się o pewną kalkulację kosztów dotyczących konkretnych robót, zakupu materiałów czy wyceny pracy określonej grupy osób, która będzie w stanie wykonać objęte zakresem zamówienia prace. Kalkulacja tych

wszystkich kosztów powinna mieć charakter wyceny rynkowej, a więc bez ponoszenia jakichkolwiek strat po stronie wykonawcy. Przy ryczałtowym wynagrodzeniu umownym

15

wykonawca także powinien uzasadnić swoją wycenę, a tego Odwołujący w niniejszej sprawie nie uczynił.

Co do kwestii krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień, to ten argument nie był podnoszony przez Odwołującego w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach, a ponadto Odwołujący – jak oświadczył w toku rozprawy – nie składał do Zamawiającego w tym zakresie żadnego wniosku o wydłużenie tego terminu.

Izba nie stwierdziła zatem w tym zakresie naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. W tym kontekście nie znalazły również potwierdzenia inne zarzuty podnoszone w odwołaniu – co do wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą – bowiem te zarzuty stanowią jedynie konsekwencję powyżej rozstrzygniętych zarzutów odwołania

Co do zarzutu bezpodstawnego żądania przez Odwołującego na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, Izba uznała, że zarzut ten formalnie jest spóźniony, a także - z drugiej strony - niemożliwy do podniesienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze bowiem wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostało skierowane do Odwołującego w dniu 22 kwietnia 2015 r., a odwołanie wpłynęło do Izby w dniu 13 maja 2015 r. Po drugie odwołanie w zamówieniach poniżej tzw. progów unijnych może dotyczyć – zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp - jedynie czterech, wyspecyfikowanych enumeratywnie w przywołanym przepisie ustawy sytuacji, w których nie mieści się skierowanie do wykonawcy, w toku czynności badania i oceny ofert, wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z tych też względów zarzut ten nie podlega rozpoznaniu stosownie do dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Niezależnie jednak od powyższego, Izba, rozpoznając zarzut odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny zobowiązana była do oceny, czy Zamawiający zasadnie skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Oceny tej Izba dokonała powyżej i jej skutkiem jest uznanie, że skierowanie przez Zamawiającego takiego wezwania w dniu 22 kwietnia 2015 r. było uzasadnione w świetle wskazanego przepisu ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania.

16

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:
stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 10 000,00 zł

stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty – wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku przedłożonego przed zamknięciem rozprawy do akt sprawy.

Przewodniczący:

17