Sygn. akt: KIO 2712/12

WYROK
z dnia 20 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sanitex sp. z o.o. w Tryńczy** oraz **G…….. S…….., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą G…….. S……., Eko Projekt, Zakład Usługowy, Projektowanie i Nadzory, w Przeworsku**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji „Wodociągi Puławskie" sp. z o.o. w Puławach**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sanitex sp. z o.o. w Tryńczy** oraz **G…….. S……., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą G…….. S……., Eko Projekt, Zakład Usługowy, Projektowanie i Nadzory, w Przeworsku** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sanitex sp. z o.o. w Tryńczy** oraz **G…….. S……., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą G…….. S……., Eko Projekt, Zakład Usługowy, Projektowanie i Nadzory, w Przeworsku** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sanitex sp. z o.o. w Tryńczy** oraz **G…….. S……., prowadzącego**

---

działalność gospodarczą pod nazwą G…… S……., Eko Projekt, Zakład Usługowy, Projektowanie i Nadzory, w Przeworsku na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji „Wodociągi Puławskie" sp. z o.o. w Puławach** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie.**

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 2712/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji „Wodociągi Puławskie" sp. z o.o. w Puławach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą

Pzp", którego przedmiotem jest „zaprojektowanie i budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Młynki, Wronów, Opoka, Witowice wraz z rurociągiem tłocznym z Osin do Wronowa" w ramach projektu pn.: „Międzygminny system wodno-ściekowy w ramach aglomeracji Puławy"- współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007- 2013 - kontrakt nr 11".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 sierpnia 2012 r., nr 2012/S 159- 265568. W dniu 3 grudnia 2012 r. zamawiający za pośrednictwem faksu zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sanitex sp. z o.o. w Tryńczy oraz G…… S……, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą G…… S……., Eko Projekt, Zakład Usługowy, Projektowanie i Nadzory, w Przeworsku, zwanych dalej „odwołującym" o odrzuceniu złożonej przez nich oferty, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Skanska S.A. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym".

Wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty a także wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący wniósł w dniu 7 grudnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego,
2) przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezgodny z ustawą wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, który nie złożył najkorzystniejszej oferty w postępowaniu wg przyjętego w SIWZ kryterium oceny ofert,
3) przepisu art. 7 ust 1 i ust. 3 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i nie zachowanie uczciwej konkurencji w wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia

czynności badania i oceny ofert, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w postępowaniu wpłynęło 16 ofert, z czego zdecydowana większość oscylująca w podobnych przedziałach cenowych, tj. oferta odwołującego z ceną: 7 233 630,00 zł, kolejne oferty odpowiednio z cenami zbliżonymi do oferty odwołującego: 7 342 318,95 zł; 7 378 287,89 zł (oferta wybrana); 7 815 302,20 zł; 8 364 000,00 zł; 8 724 693,81zł; 9 274 998,06 zł.; 9 791 661,00 zł. Zamawiający określił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 19 000 539,00zł, co daje brutto 23 317 627,00 zł. Tymczasem z szesnastu ofert złożonych w przetargu nawet najdroższa oferta była z ceną o ponad 7 000 000, 00 zł (słownie: siedem milionów złotych) niższą od szacunkowej wartości dokonanej przez zamawiającego (cena oferty najdroższej: 15 648 429,00 zł.).

Odwołujący podniósł, że mimo to zamawiający wezwał wykonawców, w tym odwołującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Argumentował, że w dniu 15.11.2012r., złożył wyjaśnienia obszerne i wyczerpujące wszystkie podnoszone przez zamawiającego elementy oferty. Wykazał swój zysk netto na poszczególnych elementach (str. 3 wyjaśnień), co stanowi o złożeniu pełnych i wyczerpujących wyjaśnień. Uważał, że wskazał na szereg czynników przyczyniających się do skalkulowania ceny, tj. własny sprzęt, własne zaplecze produkcji i prefabrykacji, system akordowy wynagradzania pracowników, brak kredytowania zewnętrznego, wiążące i wieloletnie umowy o współpracy z dostawcami materiałów oraz z ubezpieczycielami i inne szczegółowo opisane w wyjaśnieniach. Ponadto w przywołanym piśmie ponownie złożył oświadczenie, że wykona zadanie w zaoferowanej cenie i zgodnie z wymogami SIWZ.

Dlatego nie zgadza się z rozstrzygnięciem zamawiającego, który odrzucił ofertę odwołującego wskazując, że „nie odpowiedział na pytanie zadane przez Zamawiającego co do przyjętych przez Wykonawcę składników cenotwórczych", więc - zdaniem Zamawiającego — „nie złożył czytelnych i jednoznacznych wyjaśnień pozwalających ustalić, czy oferta zawiera rażąco niską cenę".

Odwołujący podniósł, że cena za wykonanie całego zdania jest ceną ryczałtową, zgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt. 1.1. SIWZ - „Wykaz cen"). Przywołał orzecznictwo Izby dotyczące ustalania, czy cena oferty ma charakter ceny rażąco niskiej, tj. wyrok KIO z dnia 05.10.2011 r. sygn. akt KIO 2052/11, KIO 2055/11, KIO 2064/11. Punktem odniesienia dla zamawiającego pod kątem rażąco niskiej ceny w przetargu nie powinna być wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, ponieważ odbiegała w znacznym stopniu od wszystkich szesnastu ofert złożonych w przetargu, lecz ceny ofert złożonych w przetargu. Skoro tak, to porównanie cen ofert wskazuje na fakt, że cena oferty odwołującego

nie mogła być uznana za rażąco niską, skoro różnice pomiędzy tymi ofertami były niewielkie, a w stosunku do oferty wybranej różnica ta wynosi zaledwie 144 657 zł, co z uwagi na cenę ryczałtową za przedmiot zamówienia nie może stanowić o rażąco niskiej cenie całej oferty. Przyczyną odrzucenia oferty z powodu uznania rażąco niskiej ceny oferty nie mogą być ceny jednostkowe za poszczególne elementy oferty, ponieważ pojecie rażąco niskiej ceny należy odnosić do całego przedmiotu zamówienia. Przywołał w tym zakresie orzecznictwo Izby i sądów okręgowych. Różnica pomiędzy ofertą wybraną a ofertą odwołującego wynosi zaledwie 2 %. Skoro zatem zamawiający uznał i ocenił, że oferta przystępującego jest realna do wykonania za zaoferowaną cenę, to również realną jest cena zaoferowana przez odwołującego.

Odrzucenie oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny i wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego nastąpiło z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w normie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz z rażącym naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Uważał, że na Zamawiającym z mocy art. 6 KC, ciążył dowód uzasadnienia uznania rażąco niskiej ceny w decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z 17 grudnia 2012 r., w której wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu przystąpił wykonawca Skanska S.A. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, ofertę złożoną przez przystępującego, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia złożone przez odwołującego, wyjaśnienia złożone przez przystępującego, pismo zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania kierowane do odwołującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego

przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy, w sytuacji gdy oferta wybrana przez zamawiającego na podstawie kryterium oceny ofert jest ofertą od niej mniej korzystną prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ustalenie, iż zamawiający odrzucił ofertę z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do nakazania unieważnienia czynności odrzucenia i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy wykazuje cechy wynagrodzenia ryczałtowego. Zgodnie z pkt 1.1. SIWZ „wykaz cen", „płatności za wszystkie pozycje robót zostaną dokonane na podstawie ustalonej kwoty ryczałtowej, zgodnie z Umową. Opisy poszczególnych pozycji podane w Wykazach Cen nie powinny być traktowane jako ograniczające zobowiązania Wykonawcy wynikające z Kontraktu na wykonanie robót, które zostały wyczerpująco opisane w innych dokumentach".

Zamawiający na sfinansowanie przedmiotu zamówienia przeznaczył kwotę 23.317.627 zł brutto. Do upływu terminu składania złożono 16 ofert, w tym oferta odwołującego z ceną brutto 7.233.630 zł brutto, oferta przystępującego z ceną brutto 7.378.287,89 zł, oferta najdroższa z ceną brutto 15.648.429,00 zł.

Ustalono nadto, że zamawiający pismem z dnia 12 listopada 2012 r., działając w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności czy ceny w poszczególnych pozycjach tabeli cen elementów robót:
- gwarancje i ubezpieczenia,
- zaplecze wykonawcy,
- obsługa geodezyjna,
- próby końcowe,
- wykonanie dokumentacji projektowej,
- budowa kanalizacji ciśnieniowej -budowa i montaż przepompowni,
- budowa kanalizacji grawitacyjnej

uwzględniają wszystkie koszty niezbędne do właściwego wykonania i odbioru robót, w tym wartość robocizny, materiałów, pracy sprzętu, robót przygotowawczych i towarzyszących, itp. Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie żądał również potwierdzenia przez wykonawcę, że zaproponowana cena za wykonanie zamówienia pozwoli na pełną i terminową realizację zadania, zgodnie z SIWZ. Zamawiający wskazał, że oczekuje wyjaśnień wyczerpujących, które powinny być sporządzone w sposób możliwie najbardziej szczegółowy. Poinformował, że wykonawca może przedstawić dowody na poparcie złożonych wyjaśnień. Wskazał, że to wykonawca winien wykazać, „w jakim stopniu wskazane elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie".

Odwołujący w piśmie z dnia 15 listopada 2012 r. wskazał na następujące okoliczności, które jego zdaniem miały wpływ na wysokość ceny:
a) posiadanie własnego sprzętu,
b) akordowy system wynagrodzenia,
c) niekorzystanie z kredytów,
d) umowy z dostawcami materiałów,
e) niskie koszty ubezpieczenia, posiadanie własnych kontenery,
f) zatrudnianie doświadczonej kadry projektantów,
g) zatrudnianie specjalistycznych brygad.

Do ww. pisma odwołujący nie załączył żadnych dowodów. Nie wskazał też, w jaki sposób przywołane okoliczności wpłynęły na możliwość obniżenia ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

7

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego zarzucając, że nie odpowiedział na pytania co do przyjętych przez wykonawcę składników cenotwórczych, zaś wyjaśnienia są nieczytelne i niejednoznaczne i nie pozwalają ustalić czy cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. Odwołujący wywodził zaś, że czynność zamawiającego nie była zasadna. Przechodząc do rozpoznania podniesionych przez odwołującego zarzutów w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że brak jest definicji legalnej ceny rażąco niskiej. Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne i nie można ustalić ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską cenę. Podzielono stanowisko wyrażone w wyroku SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez danego wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Ponadto, stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.* Dostrzeżenia wymaga, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Domniemanie to upada z chwilą wystosowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień. Z momentem wezwania to na wykonawcy spoczywa obowiązek ujawnienia czynników, które umożliwią zamawiającemu prawidłową weryfikację biorąc również pod uwagę wskazówki wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawa określa również sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienia za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp

8

wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Co do konieczności złożenia przez wykonawcę wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień podzielono stanowisko wyrażane wcześniej w orzecznictwie. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06). „Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 pzp”. (por. Wyrok SO w Poznaniu

z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że opisanych wyżej wymogów dot. konkretności, szczegółowości, umotywowania i precyzji nie spełniły wyjaśnienia, które odwołujący złożył zamawiającemu. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego należało uznać za nazbyt ogólne, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie oceny, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że zamawiający w wezwaniu z 12 listopada 2012 r. skierowanym do odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp domagał się wyjaśnienia dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W szczególności domagał się wyjaśnień czy kluczowe i podstawowe elementy przedmiotu zamówienia:

- Gwarancje i ubezpieczenia,
- Zaplecze wykonawcy,
- Obsługa geodezyjna,
- Próby końcowe,
- Wykonanie dokumentacji projektowej,
- Budowa kanalizacji ciśnieniowej,

- Budowa i montaż przepompowni strefowej,
- Budowa kanalizacji grawitacyjnej

uwzględniają wszystkie koszty niezbędne do właściwego wykonania i odbioru robót, w tym wartość robocizny, użytych i wbudowanych materiałów, pracy sprzętu, koszty robót przygotowawczych i towarzyszących, w tym ewentualnego pompowania wody z wykopów, tymczasowych budowli, odtworzenia nawierzchni, zajęcia pasa drogowego.

Wezwał do złożenia wyjaśnień wyczerpujących, które pozwolą na stwierdzenie, że kalkulacja oferty została dokonana wiarygodnie i realistycznie, w sposób zapewniający realizację robót powyżej kosztów ich wykonania. Wskazał na możliwość załączenia dowodów. Podkreślił, że wykonawca winien wykazać, „w jakim stopniu wskazane elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie". Zamawiający wymagał zatem złożenia wyjaśnień wyczerpujących, szczegółowych, realistycznych. Zwłaszcza interesowały go czy kluczowe dla realizacji przedmiotu zamówienia 8 elementów (wyczerpujących prawie w całości wartość oferty) uwzględnia koszty robocizny, materiałów, sprzętu.

Odwołujący, w zawitym terminie określonym w art. 182 ustawy Pzp nie zakwestionował czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień. W tej sytuacji, tak opisany zakres wezwania w ocenie Izby wiązał odwołującego i obligował go do wyjaśnienia zamawiającemu sposobu kalkulowania całej oferty, ze szczegółowym uwzględnieniem wymienionych w wezwaniu 8 elementów. Kalkulacja zaś tych 8 elementów powinna przedstawiać przede wszystkim koszty robocizny, materiałów i sprzętu i to w taki sposób, aby wykazać w jakim stopniu wskazane elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie.

W ocenie Izby, odwołujący nie sprostał obowiązkowi wynikającymi z wezwania skierowanego do niego przez zamawiającego, gdyż w ogóle nie wyjaśnił jakiego rzędu koszty robocizny, sprzętu i materiałów skalkulował w owych 8 elementach. Zamiast odpowiedzieć na wezwanie zamawiającego odwołujący w swych wyjaśnieniach skupił się na ogólnych zapewnieniach co do wykonania przedmiotu zamówienia, zapewnieniach o rzetelności i dobrej kondycji finansowej, swym doświadczeniu, które to elementy w postępowaniu o udzielenie zamówienia badane są innymi dokumentami (jak np. bilansem czy referencjami). Uszło uwadze odwołującego, że instytucja wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny służy umożliwieniu zamawiającemu zbadania prawidłowości dokonania kalkulacji ceny. Celem wyjaśnień jest zbadanie, czy kalkulacja, dokonana przez tego konkretnego wykonawcę jest prawidłowa. Powyższe wskazuje na element ekonomiczny wyjaśnień. Determinuje to konieczność przedstawienia tych elementów, które pozwoliły wykonawcy zaoferować taką a nie inną cenę, a także wyliczenie jak te elementy zaważyły na cenie, tj. w jakim stopniu (o ile) pozwoliły obniżyć cenę.

Tymczasem odwołujący w wyjaśnieniach wskazał na następujące elementy:

a) posiadanie własnego sprzętu,
b) akordowy system wynagrodzenia,
c) niekorzystanie z kredytów,
d) umowy z dostawcami materiałów,
e) niskie ubezpieczenia, posiadanie własnych kontenerów,
f) zatrudnienie doświadczonej kadry projektantów,
g) zatrudnienie specjalistycznych brygad.

Co do zasady niektóre z wymienionych elementów mogą być uznane za takie, które potencjalnie mogą pozwolić na obniżenie ceny, choć w dużej części są to elementy które mogą charakteryzować większość firm działających na badanym rynku. Jednakże w wyjaśnieniach tych w ogóle zabrakło kalkulacji pozwalającej na ustalenie wpływu przywołanych czynników na wysokość ceny. Uniemożliwiło to przeanalizowanie oddziaływania wymienionych elementów na możliwość obniżenia przez niego ceny.

Chybioną była argumentacja odwołującego wyprowadzana z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Odwołujący usiłował z niej wywieść, że zamawiający pojęcie ceny rażąco niskiej nie odniósł do całości przedmiotu zamówienia, lecz niektórych elementów ceny. Jednakże zamawiający w wezwaniu wskazał w sposób wyraźny, że oczekuje wyjaśnień dotyczących całej ceny ofertowej. Wyliczenie 8 elementów cenotwórczych, które należało wyjaśnić miało charakter przykładowy, na co wskazuje sformułowanie „w szczególności". Po drugie, w samych wyjaśnieniach zamawiający wskazał, że przywołane elementy stanowią podstawowy czynnik cenotwórczy. Powyższa argumentacja została powtórzona w trakcie rozprawy przez zamawiającego, zaś odwołujący jej nie zaprzeczył. Zatem Izba na zasadzie 190 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp uznała te okoliczności faktyczne za przyznane, albowiem nie budziły one wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem faktycznym.

Odwołujący wywodził również, że w przedmiotowym przetargu różnica pomiędzy ofertą wybraną a ofertą odwołującego wynosi zaledwie 2 %. Uważał, że skoro zatem zamawiający uznał i ocenił, że oferta przystępującego jest realna do wykonania za zaoferowaną cenę, to również realną jest cena zaoferowana przez odwołującego. Stanowisko odwołującego jest niezasadne.

Podkreślenia wymaga, że w niniejszym postępowaniu przystępujący, w przeciwieństwie do odwołującego, złożył szczegółowe, obszerne i konkretne wyjaśnienia, które stanowiły odpowiedź na wezwanie zamawiającego. W części dotyczącej gwarancji i ubezpieczeń przystępujący przedstawił w sposób konkretny koszt gwarancji wykonania i rękojmi, koszt ubezpieczenia CAR, koszt gwarancji zaliczki, koszt wadium. W części

dotyczącej dokumentacji przetargowej wymienił kwotę 285.000 zł, ustaloną na podstawie umowy podwykonawczej, którą w charakterze dowodu załączył do wyjaśnień. W elemencie prac geodezyjnych ujawnił koszt na poziomie 3,60 zł, wyjaśniając powód przyjęcia takiej stawki. W zakresie zaplecza – wskazał jakie koszty się na nie składają i uzasadnił ich wysokość. W części wyjaśnień dotyczącej kosztów realizacyjnych kanalizacji ciśnieniowej, przepompowni strefowych i kanalizacji grawitacyjnej ujawnił koszty robocizny, ilość pracowników, stawkę robocizny i to jak ją ustalono. Co do sprzętu ujawniono koszty jego wykorzystania, podając sposób skalkulowania, w rozbiciu na poszczególne urządzenia, a także koszt paliwa i energii. W zakresie kosztów materiałów przedstawiono ich zestawienie, wyjaśniono w jaki sposób ustalono ich ceny na oszacowanym poziomie, załączono w charakterze dowodów umowy rabatowe wiążące przystępującego z dostawcami i wynikające z nich wysokości rabatów. Nadto przystępujący ujawnił wysokość kosztów ogólnych, rezerwy na ryzyka i zakładany zysk. Dodatkowo wskazał na dostępne mu inne elementy umożliwiające obniżenie ceny, jak choćby posiadanie własnej wytwórni mas bitumicznych.

Zatem dzięki szczegółowości złożonych wyjaśnień zamawiający miał możliwość przeanalizowania wpływu przywołanych przez przystępującego elementów na wysokość ceny. W tej sytuacji argumentacja odwołującego sprowadzająca się do tego, że wykonawcy zostali potraktowani nierówno nie zasługuje na uwzględnienie. Odmienna ocena obu ofert

była wynikiem tego, że przystępujący w przeciwieństwie do odwołującego złożył wyjaśnienia w wymaganej szczegółowości, które stanowiły odpowiedź na wezwanie zamawiającego.

Jednocześnie z faktu, że wyjaśnienia przystępującego pozwoliły zamawiającemu na przeanalizowanie poprawności kalkulacji ceny ofertowej tego wykonawcy w wyniku czego zamawiający uznał, że może on jednak wykonać przedmiot zamówienia za określoną przez siebie cenę nie można automatycznie, bez prawidłowych wyjaśnień odwołującego, wyprowadzać faktu, że również ten wykonawca rzetelnie skalkulował cenę. Wszak elementy, które przystępujący przywołał jako umożliwiające mu obniżenie ceny niekoniecznie muszą być dostępne odwołującemu, a jeśli są dostępne, to nie wiadomo czy w taki sam sposób przełożyły się na cenę. Przykładowo nie wiadomo czy odwołujący dysponuje takimi samymi rabatami na materiały, czy dysponuje wytwórnią mas bitumicznych, jakie stawki robocizny i sprzętu założył, ile osób będzie wykonywać przedmiot zamówienia itd.

Izba podkreśla, że indywidualne czynniki umożliwiające obniżenie ceny, ich realność i wpływ podlegają bowiem zawsze ocenie w odniesieniu do każdego wykonawcy. Powyższe wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W tej sytuacji Izba uznała za

nieuzasadniony również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mający polegać na nierównym traktowaniu wykonawców.

Reasumując Izba stwierdziła, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach posłużył się w części ogólnymi sformułowaniami, nawiązującymi do nieskonkretyzowanych okoliczności (zapewnienie o poprawności kalkulacji ceny). Zasygnalizował także kilka okoliczności, które mogły być uznane za korzystne dla tego wykonawcy, lecz w oparciu o wyjaśnienia niemożliwym było ustalenie w jaki sposób czynniki te przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu. Na podstawie tak sformułowanych wyjaśnień zamawiający nie mógł przeanalizować poprawności kalkulacji ceny, a w konsekwencji zamawiający nie miał żadnych podstaw do ustalenia, czy możliwym jest wykonanie przedmiotu zamówienia przez tego wykonawcę za zaoferowaną przez niego cenę. W efekcie nie został usunięty poprzez wyjaśnienia stan niepewności co do możliwości należytego wykonania przez odwołującego przedmiotu zamówienia za oszacowaną cenę.

W konsekwencji stwierdzono, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że wykonawca ten – zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - wymienił elementy kalkulacyjne ceny i wykazał, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. Powyższe obligowało zamawiającego do odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie potwierdził się zatem podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: ……